

CONSEIL D'ETAT
N°386296
6ème sous-section

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR
MEMOIRE EN REPLIQUE

A

MESDAMES ET MESSIEURS LES PRESIDENT ET
CONSEILLERS COMPOSANT LE CONSEIL D'ETAT

POUR:

Maître Philippe KRIKORIAN, né le 13 Juin 1965 à Marseille, de nationalité française, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille) - **adresse postale BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20** - Tél. 04 91 55 67 77 - Fax 04 91 33 46 76 - Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr – Site internet www.philippekrimorian-avocat.fr,

Représenté par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille), dont le Cabinet est sis 14, Rue Breteuil 13001 MARSEILLE – **adresse postale BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20** - Tél. 04 91 55 67 77 - Fax 04 91 33 46 76 - Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr – Site internet www.philippekrimorian-avocat.fr,

(cf CEDH 11 Février 2014, Masirevic c. Serbie, n°3067/08 – irrévocable le 11 Mai 2014)

inscrit au **RPVA** et à **Télérecours**;

.../...

CONTRE:

L'ETAT pris en la personne de :

Monsieur le Premier ministre, domicilié Hôtel de Matignon, 57, Rue de Varenne 75700
PARIS,

A raison du **décret** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux **modes de communication des Avocats** (JORF 29 Octobre 2014, texte 27 sur 132) (*pièce n°4*) :

PLAISE AU CONSEIL D'ETAT

Le **rappel des faits**, de la **procédure** et du **contexte de l'affaire (I)** précédera la **discussion (II)**.

I-/ RAPPEL DES FAITS, DE LA PROCEDURE ET DU CONTEXTE DE L'AFFAIRE

Seront, ici, exposées la **demande du requérant (I-A)**, puis la **problématique présentement étudiée**, en rappelant son **contexte (I-B)**.

I-A/ LA DEMANDE DU REQUERANT EN DATE DU 08 DECEMBRE 2014 DEVANT LE CONSEIL D'ETAT – DOSSIER N°386296

Aux termes de son **recours pour excès de pouvoir** en date du 08 Décembre 2014, **Maître Philippe KRIKORIAN** a demandé l'**annulation** du **décret n°2014-1251** du 28 Octobre 2014 relatif aux **modes de communication des Avocats (pièce n°4)**.

A l'occasion et à l'appui de son recours, **Maître KRIKORIAN** a concomitamment posé au **Conseil d'Etat**, par **mémoire distinct et motivé**, la **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** des articles **3 bis, alinéa 2** et **66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

La **QPC** a été appelée à l'**audience publique** du 04 Février 2015.

Par **arrêt n°386296** du 18 Février 2015 le **Conseil d'Etat** (6ème et 1ère sous-sections réunies) a **refusé de renvoyer la QPC** au **Conseil constitutionnel**, aux motifs notamment :

*« 5. Considérant, en dernier lieu, qu'il est également soutenu que le **principe d'égalité** est méconnu au motif que les dispositions des articles 2 et 3 du **décret du 25 août 1972** relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques instituent des restrictions au recours à la publicité par les avocats sans les imposer aux administrations, associations, syndicats professionnels ni à certains organismes et entreprises ; que, cependant, M. Krikorian ne saurait utilement invoquer à l'appui d'une **question prioritaire de constitutionnalité** l'**illégalité de dispositions réglementaires** ;
(...) »*

Ont été ultérieurement communiqués à **Maître KRIKORIAN** :

- Le 11 Mars 2015, le **mémoire en défense au fond** reçu au Secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 10 Mars 2015, à 12h14, par lequel le **Premier ministre** déclare s'associer « *aux observations présentées en défense par la garde des sceaux, ministre de la justice.* »

- Le 17 Mars 2015, le **mémoire en défense au fond de la Garde des sceaux, ministre de la justice**, reçu au Secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 11 Mars 2015, à 17h15.

Un délai de **quinze jours** a été imparti à **Maître KRIKORIAN** pour la **réplique**, soit jusqu'au 1er Avril 2015, que le requérant met présentement à profit.

I-B/ LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE

Conservant la mémoire intacte de l'antique **Tribun de la Plèbe** dont il revendique et recueille l'héritage direct (v. **QPC de Maître Philippe KRIKORIAN** publiée le 02 Février 2013 sur le site www.philippekrikoriant-avocat.fr et éditorial du **Bâtonnier Christian CHARRIERE – BOURNAZEL**, alors Président du Conseil National des Barreaux, du 28 Mai 2013) et des **cahiers de doléances** rédigés, à l'aube de la **Révolution française** par ses illustres prédécesseurs, le requérant est mû par la volonté notamment de réintégrer l'**Avocat** dans son **véritable et naturel statut constitutionnel**. La présente action, comme celles qui l'ont précédée, se définit, ainsi, comme la mise en œuvre effective de l'**Agir juridictionnel** (v. article de **Maître Philippe KRIKORIAN** publié dans la Gazette du palais 324-325, des 19-20 Novembre 2008 « *L'Avocat et le juge face au besoin normatif : esquisse d'une théorie générale de l'Agir juridictionnel* »).

Le requérant adhère pleinement à l'aphorisme d'**Ernest RENAN**, selon lequel « *Il est téméraire de poser des bornes au pouvoir réformateur de la raison* » et se réfère, pour ce faire, aux considérations suivantes qui constituent les motifs de la **proposition de loi constitutionnelle** qu'il a précédemment adressée aux parlementaires français (publiée sur le site www.philippekrikoriant-avocat.fr), demeurée, à ce jour, sans suite :

« I-/ EXPOSE DES MOTIFS

Mesdames et Messieurs les Députés,

Portalis affirmait, à juste raison, que « *la justice est la première dette de la souveraineté* » (1).

Qui, aujourd'hui, pourrait mettre en doute le rôle central et croissant de la justice dans l'équilibre des forces politiques, sociologiques et économiques, tant sur le plan interne qu'international?

A cet égard, nul ne contestera, comme le juge la **Cour européenne des droits de l'homme** que l'**Avocat** occupe, dans une **société démocratique**, une **place éminente**, étant rappelé que le **Conseil Constitutionnel** lui a reconnu, il y a près de trente ans, un statut constitutionnel dans sa mission de défense (2). Avec la mise en œuvre du **droit à un procès équitable** l'**Avocat** est, en outre, exonéré, selon la **Cour de justice de l'Union européenne**, des obligations d'information et de coopération avec les pouvoirs publics en matière de lutte contre le blanchiment (3). C'est, en réalité, conférer à l'**Avocat** défenseur une nécessaire **immunité** dès lors que son intervention se situe dans le champ d'application du **droit à un procès équitable** garanti notamment par l'article 6 de la **Convention européenne des droits de l'homme** et l'article 14 du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966.

A l'évidence, les relations qu'entretiennent avocats et magistrats appartiennent au **champ politique** à l'instar de celles que nouent parlementaires et membres du gouvernement au sein des Assemblées. Le prétoire se présente, dès lors, comme l'**interface entre l'Etat et la Société civile** permettant d'assurer une **protection juridictionnelle effective** aux justiciables. Ainsi, l'**Avocat** évolue nécessairement, notamment, dans l'enceinte de justice qui implique tous les acteurs étatiques et non-étatiques du procès, au sein d'une **société ouverte** – par opposition à la société fermée (4 et 5), ce qui **exclut tout régime disciplinaire** le concernant.

.../...

La **constitutionnalisation** et donc la **politisation** du rôle de l'Avocat étaient déjà annoncées par le même **PORTALIS** « orateur par don et avocat par mission » :

« (...) **quiconque ose mettre des bornes à la science de l'avocat n'a jamais conçu une parfaite idée de la vaste étendue de la profession** (...). *Que les orateurs du barreau se rassurent, leur carrière n'est pas moins brillante que celle de la chaire (professorale), que celle même de la tribune (de l'Assemblée). Je sais que les causes qu'ils ont à discuter ou à défendre viennent expirer dans l'étroite enceinte des tribunaux, mais elles naissent sur le vaste théâtre de la société; elles se lient à l'histoire de l'homme; elles forment le tableau le plus fidèle des mœurs de chaque pays et de chaque siècle. Un recueil bien fait des causes célèbres serait, à chaque époque, le recueil le plus instructif pour l'observateur philosophe. Il avertirait le législateur de la bonté ou de l'insuffisance de ses lois; le magistrat, de la tendance qu'il doit donner à ses décisions; le citoyen des vices qu'il doit redouter et des pièges contre lesquels il doit se prémunir de la part des hommes avec lesquels il est obligé de vivre. Les controverses judiciaires ne sont obscures, que lorsqu'on ne rencontre pas des hommes qui sachent les ennoblir. Les orateurs pourront manquer aux circonstances, mais les circonstances ne manqueront jamais aux orateurs.* » (6).

Il apparaît, ainsi, que l'Etat, dans une Société démocratique, s'acquitte de l'obligation de justice qu'il a contractée avec la Nation - assurer à chacun une **protection juridictionnelle effective** - par des **organes endogènes**, d'une part (les magistrats, greffiers, huissiers de justice, experts, mandataires de justice et autres collaborateurs du service public de la justice) et par des **entités exogènes et totalement indépendantes évoluant au sein de la Société civile**, savoir, les **Avocats**, d'autre part.

Le couple politique **Etat – Société civile** peut être traduit par la formule empruntée à **Edmund HUSSERL**: « **la transcendance dans l'immanence** ». L'Etat fournit les **conditions a priori** (nécessaires et universelles) de l'**expérience juridictionnelle** alimentée par la Société civile (les justiciables et leurs Avocats).

1. - Cependant, d'une part, le droit positif se trouve, à certains égards, en **nette discordance** avec le **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur** qu'il convient, partant, de consacrer expressément dans notre loi fondamentale.

Ainsi, la dénomination d' « **auxiliaires de justice** » qui figure à l'article **3, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est **manifestement incompatible** avec le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur. Elle devra, en conséquence, être supprimée et remplacée, dans la **loi organique**, par la formule « *Les avocats, dans l'exercice de leur mission constitutionnelle de défenseur, sont des **autorités de la Société civile** et ont droit au respect par tous des prérogatives qui s'attachent à cette qualité. Ils participent, à l'égal des magistrats, à la mise en oeuvre concrète et effective du droit à un procès équitable, mission de service public assumée par l'Etat.* »

2. - De deuxième part, la nouvelle **question prioritaire de constitutionnalité** dont l'exercice est ouvert depuis le 1er Mars 2010 aux justiciables et à leurs Avocats, si elle constitue une avancée significative dans la construction de l'Etat de droit, sous réserve du double filtrage discutable qu'elle impose, n'en demeure pas moins inefficace, - eu égard à sa **fonction régulatrice et non pas constitutive** -, lorsqu'il ne s'agit pas de critiquer **l'excès de la loi**, ou de faire **constater son abrogation implicite** (7), mais, à l'inverse, quand il y a lieu de se plaindre légitimement de **la carence en loi**: que faire quand des droits et libertés fondamentaux ne sont pas protégés efficacement par la loi ou quand le législateur tarde à transposer une directive ou une décision-cadre de l'Union européenne?

Il convient, en effet, de se rappeler, ici, le mot de **Lacordaire**: « *Entre le fort et le faible (...) c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui affranchit* ».

Une **solution juridique** existe et s'exprime à travers l'**Agir juridictionnel** (8) qui prolonge et met en oeuvre le voeu du **Doyen Paul DUEZ** lequel préconisait magistralement dès les années 1930 l'abandon de la **fausse théorie des actes de gouvernement dépourvue de tout fondement juridique**: « (...) *tout régime qui a l'ambition de réaliser l'Etat de droit doit biffer de ses institutions ce symbole défectueux qu'est l'acte de gouvernement. A la solution simpliste et rudimentaire qu'il consacre en faveur de la liberté de l'Exécutif, nous demandons que soit substituée la solution plus souple, plus nuancée de la réserve du pouvoir discrétionnaire. Tout aussi bien que l'acte de gouvernement, elle nous préservera du 'gouvernement des juges' demeurant strictement cantonnés dans leur rôle naturel de gardiens de la légalité; mais elle assurera un équilibre plus harmonieux entre les idées antagonistes d'autorité et de liberté.*

Dans les pays à contrôle juridictionnel développé qui consacrent encore l'acte de gouvernement et qui n'ont pas renié dans leur conception du droit public toute idée de liberté garantie des individus, la substitution vaut d'être tentée. Et nous formulons l'espoir que la France donnera l'exemple. 'La théorie de l'acte de gouvernement cessera automatiquement dans le monde entier lorsque la France en aura reconnu l'inopportunité' (R. LAUN, Rapport sur les actes de gouvernement – Institut international de Droit public, Annuaire, 1931, p. 191). Que l'opinion publique, que le Parlement aident, par leur attitude, les juges à vaincre une timidité qui, jusqu'à ce jour, ne leur a pas permis de regarder en face l'acte de gouvernement, mais seulement d'éliminer par des procédés obliques, ses conséquences les plus abusives. » (9).

Notons, au passage, que d'autres pays, comme **l'Espagne**, n'ont pas attendu un sursaut français et ont franchi le pas à la fin du vingtième siècle (article **2.a**) de la loi espagnole du 13 Juillet 1998).

Au demeurant, **aucune raison juridique** ne permet d'exclure du contrôle du juge le refus du Premier ministre de déposer, sous forme de **décret**, un projet de loi tendant à la protection de certains droits et libertés fondamentaux. Dans cette perspective, dès lors que le Droit commande l'intervention d'une telle loi protectrice, le juge, selon la belle formule du **Professeur René CHAPUS**, ne fait qu'**explicitement la chose jugée** lorsqu'il donne injonction, non pas au Parlement, mais au Gouvernement – ce qui nous préserve du spectre du « *gouvernement des juges* » - d'inscrire le texte à l'ordre du jour de l'une des deux Assemblées.

Ainsi, serait rendu effectif le droit constitutionnel des citoyens de « **concourir personnellement** » à la formation de la loi (art. 6 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789).

L'injonction du juge au Chef du Gouvernement d'**amorcer le débat parlementaire** sur une **question impérieuse d'intérêt général** - qu'autorise aujourd'hui la **loi** du 8 Février 1995 - ne serait pas davantage une atteinte au principe de séparation des pouvoirs que la transposition d'une directive de l'Union européenne n'est une violation de la souveraineté de la France, dès lors que dans l'un et l'autre cas la mesure exécutée s'inscrit dans un **rapport de nécessité** avec une norme que l'Etat s'est expressément engagé à respecter.

De même, dans un juste retour de balancier, l'intervention du juge dans le processus législatif, au nom du **principe de constitutionnalité**, n'est pas plus choquante au regard du principe de séparation des pouvoirs, que la **validation législative et rétroactive**, pour d'**impérieux motifs d'intérêt général**, d'actes administratifs objet d'un procès en cours (10).

Enfin, la mise en oeuvre de la **question prioritaire de constitutionnalité** confirme que des autorités juridictionnelles, comme la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat qui renvoient la question préjudicielle au Conseil Constitutionnel – et ce, faisant, font état officiellement de leur appréciation d'inconstitutionnalité de la loi déférée -, sont **étroitement associées à la formation d'une décision** – abroger ou déclarer une loi conforme à la Constitution – sans, pour autant, avoir la compétence d'édicter elles-mêmes cette décision, que sans leur concours le Juge constitutionnel ne pourrait pas davantage prendre puisqu'il ne peut s'en saisir d'office.

D'une **séparation hermétique des pouvoirs**, comme on pouvait la concevoir à l'époque de **Montesquieu**, on arrive, dans la perspective d'une **modernisation des institutions de la V^o République**, à une **conjugaison raisonnée des compétences** réparties entre chaque organe, aux fins de réduire toujours plus le fossé démocratique entre le Peuple, détenteur de la souveraineté nationale (art. 3 de la Constitution), et ses représentants.

Dans ces conditions, la loi est bien la résultante d'une **initiative citoyenne** (demande de dépôt d'un projet de loi éventuellement suivie d'un **recours pour excès de pouvoir universel** et d'une injonction du juge), **parlementaire** (dépôt d'une proposition de loi) ou **gouvernementale** (dépôt d'un projet de loi) sanctionnée par le **vote** du Parlement.

Où est donc le « *gouvernement des juges* » ?

3. - De troisième part, comme l'exprime la **Charte de l'Environnement de 2004**, adossée à notre Constitution, à travers le **principe de précaution** (article 5), l'**irréversibilité**, quand elle est nuisible à la Société doit être combattue et quand elle est nécessaire doit être maîtrisée, ce, dans tous les actes pris par ou au nom de la Puissance publique.

De surcroît, le **principe de cohérence**, selon lequel **nul ne peut se contredire au détriment d'autrui** (11) qui est applicable à toutes les personnes physiques et morales, y compris l'Etat, empêche notamment celui-ci, en lui opposant une **fin de non-recevoir**, de tenter de justifier l'exécution d'une **mesure irréversible gravement dommageable** par l'existence d'un régime d'indemnisation *a posteriori* des dysfonctionnements du service public de la justice. En d'autres termes, le **principe de responsabilité** de la Puissance publique ne saurait absoudre *a priori* les atteintes au **principe de légalité** dont il est le volet sanctionnateur.

La **relativisation de la chose jugée** opérée par le Conseil Constitutionnel lui-même, à l'occasion de l'examen de la loi organique mettant en oeuvre la question prioritaire de constitutionnalité, achève la démonstration: « *ni* (l'article **23-3** de la loi organique n°2009-1523 du 10 Décembre 2009 relative à l'application de l'article **61-1** de la Constitution, prévoyant le sursis à statuer) *ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel* » (12).

Autrement dit, l'irrévocabilité d'une décision juridictionnelle ne sera pas opposable à un justiciable pouvant se prévaloir d'une abrogation d'une loi décidée postérieurement par le Conseil Constitutionnel.

Ce principe n'est pas sans rappeler celui qu'a dégagé le Conseil d'Etat dans son arrêt **Gestas** du 18 Juin 2008 (13): l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat « *dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers.* », ce qui revient à faire du Droit de l'Union européenne une **véritable exception spécifique et perpétuelle** à l'autorité de la chose jugée, sauf au législateur à réglementer l'exercice de cette exception.

C'est donc avec une extrême prudence que devra être exécutée une mesure à objet ou effet irréversible, alors même que celle-ci ne serait que la conséquence d'une décision juridictionnelle **en apparence irrévocable**.

De même, le caractère de **nécessité** de la mesure irréversible, condition de son exécution, devra pouvoir être examiné, dans le cadre d'un **recours juridictionnel effectif**, en fonction de l'évolution des circonstances de fait ou de droit: **irréversibilité ne signifie pas perpétuité**.

*

Les motifs qui précèdent conduisent naturellement à faire porter la **révision constitutionnelle** qu'ils appellent sur les trois grands thèmes suivants:

- Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur;
- L'abandon de la théorie des actes de gouvernement;
- La maîtrise de l'irréversibilité des actes de la Puissance publique.

.../...

II- PROPOSITION DE LOI CONSTITUTIONNELLE

« *Vu le principe de prééminence du Droit,*

Vu le bloc de constitutionnalité, notamment les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, les articles 1er et 89 de la Constitution du 4 Octobre 1958,

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

Vu le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 Décembre 1966,

Vu le Traité de Lisbonne signé le 13 Décembre 2007 et entré en vigueur le 1er Décembre 2009,

Article 1er

Le Titre VIII de la Constitution est modifié. Il s'intitule: « **La Garantie des droits et la protection juridictionnelle dues par l'Etat** » et comprend les articles 64 à 66 ainsi rédigés:

« Art. 64: *La garantie des droits est assurée, sous la responsabilité de l'Etat et la vigilance de la Société civile, sur tout le territoire de la République, par la conjugaison des prérogatives précisées dans la loi organique dont sont investis respectivement les Avocats, les Magistrats de l'ordre judiciaire et administratif et le Défenseur des droits.* »

« Art. 64-1: *L'Etat garantit à tous le droit à une protection juridictionnelle effective et le droit à un procès équitable. Tout justiciable, quels que soient la nature et le stade du procès, a droit à l'assistance ou la représentation d'un Avocat, autorité de la Société civile dont la mission de défense relève de l'ordre public de protection individuelle qui ne s'oppose pas à l'ordre public d'intérêt général, mais l'équilibre.* »

« Art. 65: *Toute action ou omission de la puissance publique, sans exception, susceptible de porter atteinte à un ou plusieurs droits fondamentaux garantis par la Constitution, le Droit de l'Union européenne, un traité ou accord régulièrement ratifié ou approuvé, ou les règles du droit public international, est soumise à contrôle juridictionnel par l'exercice du droit à un recours effectif, apte à en faire cesser les effets et, le cas échéant, réparer ses conséquences dommageables.* »

« Art. 66: *Nulle mesure à objet ou effet irréversible ne peut être exécutée, sauf risque contraire, actuel et sérieusement opposable d'irréversibilité gravement dommageable, si elle cesse d'être nécessaire au moment de son exécution, ni sans présentation, à cette date, d'une décision irrévocable au fond de l'autorité publique compétente la prononçant expressément.*

Statuant, le cas échéant, sur une demande alléguant ou contestant l'existence d'un tel risque d'irréversibilité, le juge, lorsque les circonstances permettent utilement sa saisine, détermine, parmi les intérêts en présence et selon les règles de droit en vigueur, ceux qui méritent la protection juridictionnelle la plus appropriée. »

Article 2

Les articles 64 à 66-1 deviennent respectivement les articles 66-1 à 66-4.

*

Fait à Marseille, le 18 Décembre 2012

Maître Philippe KRIKORIAN

NOTES

1. Cité par **Raymond CARRE de MALBERG**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey 1920-1922, réédition Dalloz 2004, p. 736
2. **CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; article de **Maître Philippe KRIKORIAN** « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* » publié dans la **Gazette du Palais** des 2-4 Décembre 2007 et sur le site Internet **www.philippekrikorian-avocat.fr**
3. **CJUE, 26 Juin 2007, Ordre des Barreaux francophones et germanophones**, C-305/05 (question préjudicielle sur la validité de l'article 2 bis, point 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 Juin 1991, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 04 Décembre 2001)
4. **Henri BERGSON**, Les deux sources de la morale et de la religion, 1932
5. **Karl POPPER**, La société ouverte et ses ennemis, 1942
6. Eloge du Président Séguier, p. 40 in Portalis, père du Code civil par **Jean-Luc A. CHARTIER**, Fayard 2004, p. 51
7. **CE, Ass. 16 Décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice**, n°259584
8. **Maître Philippe KRIKORIAN**, « *L'Avocat et le Juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », **Gazette du Palais** 19-20 Novembre 2008, p. 10
9. **Paul DUEZ**, Les actes de gouvernement, Sirey 135, réédition Bibliothèque Dalloz Novembre 2006, p. 210, préface de **Fabrice MELLERAY**, Professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (CERCCLE)
10. **CE, Ass. 08 Février 2007, GARDEDIEU c/ Ministère de la Santé et des Solidarités**, n°279522
11. **Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a.**, n°M 07-19.841; **Dimitri HOUTCIEFF**, note sous **Cass. 3° Civ., 28 Janvier 2009**, D. 2009, p. 2010, § 11
12. **CC, décision n°2009-595 DC du 3 Décembre 2009**, consid. 18

.../...

13.CE, 18 Juin 2008, GESTAS, n°295831, JCP 2008, II, 10141, note J. Moreau cité par **Maître Philippe KRIKORIAN** in « *L'Avocat et le Juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* », Gazette du Palais 19-20 Novembre 2008, p. 17

*

Aux fins de garantir le libre l'exercice de sa **mission constitutionnelle d'Avocat défenseur** (**CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; **article de Maître Philippe KRIKORIAN « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* »**, publié dans la **Gazette du Palais - Doctrine**, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007, pp. 3 à 8, sur le site Internet www.philippekrikoriant-avocat.fr et référencé sur le site officiel du Conseil constitutionnel www.conseil-constitutionnel.fr – Revue doctrinale française et étrangère), le **requérant**, selon actes du 04 Juillet 2013, reçus le 08 Juillet 2013, a demandé à **Monsieur le Président de la République**, en vertu des articles **6, 16 combinés de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789** (ci-après « **DDH** ») et **89, alinéa 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958** (ci-après « **la Constitution** »), sur la proposition que **Monsieur le Premier ministre** devait lui faire, en application de ce dernier texte, le dépôt d'un projet de loi constitutionnelle relative à la reconnaissance à l'Avocat de son statut constitutionnel de défenseur et tendant à l'instauration d'une garantie des droits effective.

Monsieur Pierre VALLEIX, Conseiller justice de **Monsieur le Président de la République**, a, par deux lettres en date des 09 Juillet et 06 Août 2013 (*pièce n°1*), accusé bonne réception de la demande de **Maître KRIKORIAN « concernant le statut constitutionnel de la profession d'avocat »** (lettre du 06 Août 2013 – *pièce n°1*) à qui il a confirmé « *qu'il a été pris attentivement connaissance des points* » abordés par le requérant et que **Madame la Garde des Sceaux** avait été saisie de la démarche de **Maître KRIKORIAN** qui serait tenu informé « *de la suite susceptible de lui être réservée.* »

Ces deux **courriers officiels** ayant valeur de **lettres d'attente** ne contenant aucune décision positive, dans un sens ou dans l'autre, **Maître KRIKORIAN** a attaqué, par la voie du **recours pour excès de pouvoir** le refus implicite opposé par les deux autorités constitutionnelles précitées, résultant de leur silence pendant plus de **deux mois**, à compter du 08 Juillet 2013, décisions dont le requérant a demandé au **Conseil d'Etat l'annulation pure et simple**.

Le présent **recours pour excès de pouvoir** dirigé contre le **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014** relatif aux **modes de communication des Avocats** (*pièce n°4*) s'inscrit dans la problématique ci-dessus rappelée.

II-DISCUSSION

La **recevabilité** (**II-B**), comme le **bien-fondé** (**II-C**) de la présente requête dont le contentieux est de la **compétence de l'ordre juridictionnel français** (**II-A**), sont parfaitement établis en l'espèce.

II-A/ LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT POUR STATUER SUR LA PRESENTE REQUETE DIRIGEE CONTRE UN DECRET EN CONSEIL D'ETAT DU PREMIER MINISTRE

Elle découle de l'article **R. 311-1** du Code de justice administrative (CJA) qui **attribue** compétence de premier et dernier ressort au **Conseil d'Etat** pour connaître notamment des recours dirigés contre les **décrets et actes réglementaires** des ministres :

Art. **R. 311-1** CJA :

« Le **Conseil d'Etat** est compétent pour connaître en premier et dernier ressort :

(...)

*1° Des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les **décrets**;*

*2° Des recours dirigés contre les **actes réglementaires des ministres** et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale ;*

(...) »

II-B/ LA RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE

Les conditions de recevabilité relatives tant au **requérant** (**II-B-1**), qu'au **recours** (**II-B-2**) sont entièrement réunies en l'espèce.

II-B-1/ LES CONDITIONS DE RECEVABILITE RELATIVES AU REQUERANT

La **capacité** de **Maître KRIKORIAN** n'appelant pas d'observations particulières, seront, ici, envisagés son **mode de comparution** devant le **Conseil d'Etat** (**II-B-1-a**), d'une part et son **intérêt à agir**, d'autre part (**II-B-1-b**).

II-B-1-a/ LA PRESENTE REQUETE DE MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN EST DISPENSEE DU MINISTERE D'AVOCAT ET D'AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT

Aux termes de l'article **R. 432-1** du Code de justice administrative (CJA):

Article R 432-1

« La requête et les mémoires des parties doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés par un avocat au Conseil d'Etat.

Leur signature par l'avocat vaut constitution et élection de domicile chez lui. »

Article R 432-2

*« Toutefois, les dispositions de l'article **R. 432-1** ne sont pas applicables :*

*1° Aux **recours pour excès de pouvoir** contre les actes des **diverses autorités administratives** ;*

*2° Aux **recours en appréciation de légalité** ;*

*3° Aux **litiges en matière électorale** ;*

*4° Aux **litiges concernant la concession ou le refus de pension.***

Dans ces cas, la requête doit être signée par la partie intéressée ou son mandataire. »

Le **recours pour excès de pouvoir** est, en effet, traditionnellement, dispensé du ministère d'Avocat et d'Avocat aux Conseils.

S'agissant, en l'occurrence, d'un **recours pour excès de pouvoir** dirigé contre un décret en Conseil d'Etat du Premier ministre, la requête présentée et signée par **Maître Philippe KRIKORIAN** est **dispensée du ministère d'Avocat**.

Cependant, étant lui-même **Avocat**, **Maître KRIKORIAN**, est, en tout état de cause, au vu notamment de la jurisprudence de la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH 11 Février 2014, Masirevic c. Serbie**, n°3067/08 – **irrévocable** le 11 Mai 2014), en mesure d'assurer sa **propre représentation**, comme il l'a fait précédemment, via **TELERECOURS**, devant le **juge des référés du Tribunal administratif de Marseille** et, en **appel**, devant le **juge des référés du Conseil d'Etat** (v. **ordonnance n°384871 du Président de la Section du contentieux** du 1er Octobre 2014).

**II-B-1-b/ LE DECRET N°2014-1251 DU 28 OCTOBRE 2014 PREJUDICIE
AUX INTERETS PROFESSIONNELS DE MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN,
AVOCAT INSCRIT AU BARREAU DE MARSEILLE, QUI A DONC BIEN INTERET
ET QUALITE A AGIR**

Il est constant que le **décret attaqué** – pris en application de l'article **3 bis, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa rédaction issue de l'article **13** de la **loi n°2014-344 du 17 Mars 2014** relative à la consommation - réécrit l'article **15** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'Avocat, lequel, par son **alinéa 2**, renvoie, en matière de **publicité**, au **décret n°72-785 du 25 Août 1972** relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques.

Or, ce texte, en son article **2**, **interdit** la « *publicité en vue de donner des consultations, de rédiger des actes ou de proposer son assistance en matière juridique (...) par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées.* »

En outre, les **Avocats** ne figurent pas, de façon **discriminatoire**, dans la **liste limitative** des organismes auxquels cette interdiction n'est pas applicable, telle que la dresse l'article **3** du même décret :

« *Les dispositions de l'article 2 ne sont pas applicables aux **administrations et services publics**, aux **associations, syndicats professionnels et autres organismes à but non lucratif**. Elles ne sont pas applicables non plus aux **entreprises** qui fournissent des renseignements, informations ou prestations de service comportant à titre **accessoire ou incident** des renseignements d'ordre juridique.* »

De surcroît, l'article **5** du **décret n°72-785 du 25 Août 1972** punit les infractions aux règles de publicité (« *Toute infraction aux articles 2, 3 et 4 du présent décret* ») « *d'une **amende de 90 euros à 150 euros** et d'un **emprisonnement de dix jours à un mois** ou de l'une de ces deux peines seulement.* ».

Il est, encore, prévu qu' « *En cas de **récidive**, ces peines pourront être portées au **double**.* »

Il est précisé, comme l'indique la notice explicative du décret attaqué, qu'aux termes de l'article **66-4, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, dans sa rédaction issue de l'article **130** de la **loi n°2014-344 du 17 Mars 2014**, le « *démarchage en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique* », lorsqu'il est effectué par **une personne qui n'est pas Avocat**, est, quant à lui, puni « *des peines prévues à l'article **L. 121-23** du code de la consommation* », savoir « *d'une peine d'emprisonnement de **deux ans** et d'une amende de **150 000 €*** ».

Exerçant la profession d'Avocat, Maître Philippe KRIKORIAN a, dès lors, **intérêt et qualité à agir**, et est par suite **recevable** à déférer au **Conseil d'Etat** le **décret** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 qui notamment crée pour les Avocats, par le renvoi qu'il opère à l'article 2 du **décret** n°72-785 du 25 Août 1972, une **interdiction totale** d'avoir recours à la **publicité** dans les **médias** (v. **CE, Assemblée, 9 Avril 1999, Mme Toubol-Fischer, M. Bismuth**, req. N°196177: AJDA 20 Octobre 1999, p. 834: « (...) *Considérant que Mme Toubol-Fischer et M. Bismuth, avocats, justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour attaquer les dispositions de l'article 5 du décret du 27 février 1998 qui concernent les contrats ayant pour objet des services juridiques; (...)* »).

Il y a lieu d'ajouter que l'**intérêt et la qualité à agir** de Maître KRIKORIAN, « *habitué du prétoire du Conseil d'Etat* », selon l'expression du **Ministère des Affaires étrangères** (observations du 21 Septembre 2011 devant la **Cour européenne des droits de l'homme - requête n°6459/07** introduite le 26 Janvier 2007 et communiquée au Gouvernement français le 30 Mai 2011 – décision sur la recevabilité du 26 Novembre 2013), ont été reconnus, au moins implicitement, mais nécessairement, dans toutes les instances qu'il a dû, pour la défense de ses **intérêts professionnels**, porter devant la Haute juridiction administrative.

En effet, aux termes de son **arrêt** rendu le 2 Octobre 2006 et notifié le 16 Octobre 2006, sur la requête n°**282028**, enregistrée le 30 Juin 2005, et tendant à l'annulation de plusieurs articles du **décret** n°**91-1197** du 27 Novembre 1991 modifié organisant la profession d'Avocat, le **Conseil d'Etat** a décidé:

« Article 1er: *Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête de M. KRIKORIAN dirigées contre le refus d'abroger les articles 160 et 245 du décret du 27 novembre 1991.*

Article 2: *La décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur la demande présentée par M. KRIKORIAN est **annulée** en tant que cette décision refuse l'abrogation des articles 150 et 152 du décret du 27 novembre 1991 en ce que ces articles excluent toute possibilité de publicité des débats.*

Article 3: *L'Etat versera à M. KRIKORIAN une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761 du code de justice administrative.*

Article 4: *Le surplus des conclusions de la requête de M. KRIKORIAN est rejeté.*

Article 5: *La présente décision sera notifiée à M. Philippe KRIKORIAN, au Premier ministre et au garde des sceaux, ministre de la justice. »*

*

Maître KRIKORIAN justifie, dans ces conditions, d'un **intérêt** lui donnant **qualité à agir** aux fins de demander l'**annulation**, pour **excès de pouvoir**, du **décret** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014.

.../...

II-B-2/ LES CONDITIONS DE RECEVABILITE RELATIVES AU RECOURS

Les **règles de forme** ont été parfaitement respectées en l'occurrence, de même que celles relatives au **déla**i de recours contentieux.

En effet, aux termes de l'article **R. 421-1** du Code de justice administrative:

*« Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les **deux mois** à partir de la notification ou de **la publication** de la décision attaquée.*

(...) »

La **publication** au journal officiel du décret attaqué étant intervenue le 29 Octobre 2014, le délai du recours contentieux de **deux mois** n'est pas expiré le 08 Décembre 2014, date à laquelle le présent recours pour excès de pouvoir est parvenu au **Conseil d'Etat** pour y être enregistré.

*

La demande du requérant est, partant, entièrement **recevable**.

Elle n'en est pas moins **totale**ment fondée.

II-C/ LE TOTAL BIEN-FONDE DU PRESENT RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR: L'ILLEGALITE DU DECRET EN CONSEIL D'ETAT DU 28 OCTOBRE 2014

Ainsi, après qu'auront été rappelés le **principe de légalité** et ses conséquences pour l'Administration (**II-C-1**), devront être analysées, tour à tour, les **différentes occurrences d'illégalité** (**II-C-2**).

II-C-1/ LE RESPECT DU PRINCIPE DE LEGALITE ET SES CONSEQUENCES POUR L'ADMINISTRATION

Comme le rappelle le **Professeur René CHAPUS** (Droit Administratif Général, tome 1, 15^e édition 2001, Domat Droit public, Montchrestien, n°50, p. 33):

« 50. La soumission de l'administration aux normes constitutionnelles. - Le fait que ces normes, qui sont au sommet de notre ordre juridique, s'imposent de la façon la plus immédiate au législateur ne doit pas masquer qu'elles régissent aussi l'organisation et le fonctionnement de l'administration. Les autorités administratives doivent les respecter et il n'y a ni obstacle de principe ni anomalie à ce qu'un acte administratif soit censuré (et notamment annulé par le juge administratif) pour cause de non-conformité à une disposition de la Constitution ou à un principe consacré par le Conseil constitutionnel.

A cet égard, il est peut-être bon de prévenir une confusion: le juge administratif (de même d'ailleurs que le juge judiciaire) ne peut pas contrôler la conformité d'une loi à la Constitution. Il est juge, non des lois, mais des actes administratifs. Mais il peut censurer un acte administratif pris en méconnaissance d'une règle constitutionnelle.

51. L'hypothèse de l'écran législatif. - il peut toutefois arriver qu'un acte administratif contraire à une telle règle soit insusceptible de censure de la part du juge administratif. C'est le cas lorsque cet acte a été pris conformément à une loi, dont il tient le vice d'inconstitutionnalité qui l'entache. La loi, tout inconstitutionnelle qu'elle soit, fait alors écran entre le juge et la règle constitutionnelle.

(...)

Bien entendu, l'écran n'est plus qu'apparent (en fait, il disparaît) si la loi a simplement investi le gouvernement de la mission de prendre certaines mesures, sans déterminer les principes à mettre en oeuvre. Dans une telle hypothèse, l'existence de la loi ne déliera pas le gouvernement du respect dû à la Constitution.

V. CE 17 mai 1991, Quintin, RDP 1991, p. 1429, concl. R. Abraham (et rappr., notamment, CE 19 novembre 1986, Soc. Smanor, cité n°190-1°).

(...) »

Il échet de rappeler, en outre, que la théorie de la **loi écran** ne saurait empêcher le juge administratif de censurer un acte réglementaire violant un **principe de valeur constitutionnelle** comme le **principe d'égalité** (CE 10 Octobre 1997, Fédération Nationale des Experts-Comptables, DA 1998, N° 67, p. 23, obs. D.P.).

Le Conseil Constitutionnel adopte le même principe en jugeant:

.../...

« (...) 10. *Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel: 'Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse';* »

(CC, Décision n°2003-473 DC du 26 Juin 2003 – Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit).

De surcroît, la **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** permet, depuis la **réforme constitutionnelle** du 23 Juillet 2008, entrée en vigueur le 1er Mars 2010, de critiquer la **constitutionnalité** d'une loi, **après sa promulgation**, faisant écran entre la Constitution et le règlement. L'**exception d'inconstitutionnalité** rejoint, ainsi, dans son principe, l'**exception d'inconventionnalité** (droit de l'Union européenne, droit de la Convention européenne des droits de l'homme et droit international).

On sait, de même, que depuis l'arrêt *Nicolo* (**CE Ass. 20 Octobre 1989, Nicolo**, Rec. p. 190, concl. P. Frydman), **les traités internationaux** l'emportent désormais sur les lois nationales antérieures ou même **postérieures**, avec lesquelles ils sont **incompatibles** (**v. Etude** adoptée par l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat le 29 Juin 2000 « *La norme internationale en droit français* », La Documentation française, p. 44 et s.).

De plus, la mise en oeuvre de l'engagement international par l'**Administration** comporte une **obligation de ne pas faire**, dès lors que « *les autorités nationales ne peuvent légalement prendre des mesures d'application d'une loi qui serait elle-même incompatible avec un traité* » (**CE Sect. 20 Mars 1992, Seguela**, Rec. p. 125, *ibid.* p. 51).

L'application par le **Juge** de l'engagement international le conduit, ainsi, logiquement à **écarter l'application** d'une **loi incompatible** avec celui-ci.

La **Doctrine** n'exprime pas une idée différente (**Professeur René CHAPUS** in Droit administratif général, Tome 1, 15 éd. 2001 Domat Droit public, Montchrestien, n°175, p. 137):

« *le fait que le règlement aurait été pris en application d'une disposition législative, qui lui aurait communiqué son incompatibilité, n'est pas, en l'état actuel du droit, un obstacle à l'appréciation de la légalité et (le cas échéant) à l'annulation du règlement ou de ses décisions d'application (CE Ass. 28 Février 1992, SA Rothmans International France, Rec. p. 80, concl. M. Laroque: illégalité pour cause d'incompatibilité avec les objectifs d'une directive de la réglementation relative au prix de vente des tabacs et, en conséquence, annulation des décisions prises sur le fondement de cette réglementation:*

.../...

« (...) que **les dispositions** précitées de l'article 6 de la **loi du 24 mai 1976** confèrent au gouvernement un **pouvoir spécifique** de fixation du prix des tabacs importés de pays membres de la communauté européenne, indépendamment de l'application de la législation nationale sur le contrôle du niveau des prix; qu'elles permettent ainsi au gouvernement de fixer le prix de vente des tabacs importés dans des **conditions non prévues** par l'article 5-1 de la **directive du 19 décembre 1972** et **sont incompatibles avec les objectifs définis par cette directive**; qu'il suit de là que l'article 10 précité du **décret du 31 décembre 1976**, pris sur le fondement de l'article 6 de la **loi du 24 mai 1976**, **dont il y a lieu d'écarter l'application**, est lui-même **dépourvu de base légale**; qu'il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif de Paris, **les décisions ministérielles** prises en application du décret du 31 décembre 1976 et refusant, pour la période du 1er novembre 1982 au 31 décembre 1983, de fixer le prix des tabacs manufacturés aux niveaux demandés par les sociétés requérantes sont **illégales**; que cette illégalité est de nature à engager la **responsabilité de l'Etat**; »).

Le **Conseil d'Etat** a, de même, récemment, fait application de cette règle, en faisant prévaloir le **traité international** (en l'occurrence le **traité de Rome**) sur la loi nationale:

« *Considérant que, par arrêt du 11 mars 2004, la **Cour de justice des Communautés européennes**, statuant sur la **question préjudicielle** qui lui avait été soumise par la décision susvisée du **Conseil d'Etat**, statuant au contentieux, du 14 décembre 2001, a dit pour droit que 'le **principe de la liberté d'établissement** posé par l'article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE) doit être interprété en ce sens qu'il **s'oppose** à ce qu'un Etat membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values non encore réalisées, tel que celui prévu à l'article 167 bis du code général des impôts français, en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de cet Etat* »;

*Considérant qu'il suit de là que M. X est **fondé** à à soutenir que les dispositions de l'article 167 bis du code général des impôts, issues de l'article 24 de la loi de finances pour 1999 du 30 décembre 1998, sont **inapplicables** à ceux des contribuables qu'elles visent, qui exerçant la **liberté d'établissement**, transfèrent dans un autre Etat membre de la Communauté européenne leur domicile fiscal, et est donc fondé, par ce moyen, à demander l'**annulation pour excès de pouvoir** des dispositions du **décret n°99-590 du 6 juillet 1999** en tant qu'elles ont trait à l'**application** à ces contribuables des dispositions dudit article 167 bis du code général des impôts;(...) »*

(**CE**, 9° et 10° ss-sect., 10 Novembre 2004, n°211341, **M. de Lasteyrie du Saillant**, JCP 2005 éd. G, n°4 du 26 Janvier 2005, IV, 1201, p. 180).

La Haute juridiction a, encore, plus récemment, reconnu la **primauté au traité communautaire**, ce qui l'a conduit à **écarter l'application de la loi nationale**:

« (...)
*Considérant que, par arrêt rendu le 5 octobre 2004, la **Cour de justice des Communautés européennes** a dit pour droit que l'**article 43 du traité** instituant la Communauté européenne **s'oppose à la réglementation d'un Etat membre** qui interdit à un établissement de crédit, filiale d'une société d'un autre Etat membre, de rémunérer les comptes de dépôts à vue libellés en euros, ouverts par les résidents du premier Etat membre;*

Considérant que, pour engager une **procédure disciplinaire** à l'encontre de la SOCIETE CAIXA BANK FRANCE, pour lui interdire, par la décision attaquée, de conclure avec des résidents de nouvelles conventions de comptes à vue libellés en euros prévoyant la rémunération des sommes déposées sur ces comptes et pour lui enjoindre de dénoncer les clauses de rémunération déjà incluses dans ces conventions, la commission bancaire s'est fondée sur le fait que la société requérante avait méconnu l'article 2 du règlement n°86-13 du 14 mars 1986 du comité de la réglementation bancaire et financière, pris en application de l'article **L. 312-3 du code monétaire et financier**, et aux termes duquel '**la rémunération des comptes à vue est interdite**'; **qu'en faisant application de ces dispositions, qui édictent une interdiction incompatible avec l'article 43 du traité CE**, la commission bancaire a commis une **erreur de droit**; que par suite, la SOCIETE CAIXA BANK FRANCE est **fondée à demander l'annulation de la décision attaquée**;

(...) »

(CE, 23 Février 2005, Société Caixa Bank France, n°247209)

En d'autres termes, « **L'ensemble des actes administratifs ainsi que ceux des juridictions administratives et judiciaires doivent respecter la constitutionnalité dont le contenu est identique quels que soient les actes contrôlés.** » (**L. FAVOREU** et alii, Droit constitutionnel, Dalloz 2004, n°481, cité par **S. GUINCHARD** et alii in Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès, 3è édition Dalloz 2005, p. 250).

Il y a lieu, en outre, d'invoquer les **principes de primauté et d'effectivité** qui sont, désormais, bien reçus dans la jurisprudence française, le **Conseil d'Etat** se présentant lui-même comme le « **juge de droit commun de l'application du droit communautaire** » (**CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés**, n°298348) :

« (...) Considérant que **la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du Traité instituant la Communauté européenne**, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une **obligation constitutionnelle**; que, pour chacun de ces deux motifs, il appartient au **juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques**; que **tout justiciable peut en conséquence demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives**; qu'en outre, **tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires**; (...) (**CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés**, n°298348).

La Doctrine autorisée confirme que, par cet **arrêt d'Assemblée**, - v. dans le même sens **CE, 14 Mai 2010, M. RUJOVIC**, n°312305 - le « *Conseil d'Etat s'affirme en tant que juge de droit commun de l'application du droit communautaire* » (**M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS**, sous **CE, Ass. 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés**, n°298348, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz 2011, n°117, p. 936).

Quant au **Tribunal des conflits**, qui avait désigné le **juge administratif** comme étant compétent pour connaître d'une **action en responsabilité contre l'Etat** « *du fait de sa méconnaissance de l'obligation qui incombe au législateur d'assurer le respect des conventions internationales, notamment faute d'avoir réalisé la transposition, dans les délais qu'elles ont prescrits, des directives communautaires, une telle action relev(ant) du régime de la responsabilité de l'Etat du fait de son activité législative* » (**TC, 31 Mars 2008, Société Boiron**, n°C3631), il a, peu après, réaffirmé que la **transposition des directives** procédait d'une **double obligation juridique** s'imposant à l'Etat français tant en vertu du **droit de l'Union européenne** (**TUE et TFUE**), que de l'article **88-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 :

« (...)

Considérant, d'autre part, que, s'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne ; »

(**TC, 17 Octobre 2011, SCEA du Chéneau et a. c/ Inaporc et a.**, 3828, 3829).

Il résulte de ces principes, tels que consacrés par les plus hautes juridictions nationales, cinq types d'**invocabilité des directives** devant le **juge national**, comme le rappelle la Doctrine (*ibid.*) qui se réfère aux conclusions de **Monsieur GUYOMAR**, Rapporteur public, sous l'arrêt d'Assemblée précité (**CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés**, n°298348) :

- **l'invocabilité de prévention**, « *dont il découle que dès l'édition d'une directive, ne peuvent être prises des mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive (CE 10 janv. 2001, France Nature Environnement, Rec. 9) » ;*

- **l'invocabilité de réparation**, « *qui permet d'obtenir la condamnation de l'Etat en cas de carence dans la transposition d'une directive (CE Ass. 28 févr. 1992, Société Arizona Tobacco Products et SA Philips Morris France, Rec. 78) » ;*

- **l'invocabilité de contrôle**, « *qui conduit à sanctionner sur le terrain de l'excès de pouvoir une transposition infidèle » ;*

.../...

- **l'invocabilité d'exclusion**, « qui ouvre la possibilité d'écartier la norme nationale incompatible avec les objectifs de la directive (CE Ass. 6 févr. 1998, Tête »;

- enfin, consacrée par l'arrêt d'Assemblée **Mme Perreux** susvisé, **l'invocabilité de substitution**, « qui conduit non seulement à **exclure** l'application du droit national contraire à la directive, mais à lui **substituer** les **dispositions inconditionnelles et précises** contenues dans la directive. Dans une telle perspective, rien ne s'oppose plus à ce qu'une directive puisse être invoquée à l'appui d'un recours dirigé contre un **acte administratif individuel**. »

*

On sait, de même, que l'Administration est tenue au respect de **l'autorité de la chose jugée** :

« **les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus** » (CE 26 Décembre 1925, Rodière, Lebon 1065, RD publ. 1926. 32, concl. Cahen-Salvador ; CE, Ass. 11 mai 2004, Assoc. AC ! et autres, Lebon 197, concl. C. Devys, GAJA, 16° éd., n°116).

« (...)

92. Dans l'avenir l'acte ne pourra plus, bien sûr, être exécuté. Il est donc interdit d'en proroger les effets (CE 8 mars 1972, Thfoin et autres, Lebon 190 ; 20 mai 1988, Nardin, Lebon 198) ; l'acte ne peut fonder de décisions nouvelles (CE 13 mars 1968, Élect. du maire et de l'adjoint de Talasani, Lebon 180). Il n'est pas permis de reprendre le même acte aux conditions qui ont été censurées par la décision d'annulation (CE 6 janv. 1995, Assemblée territoriale de la Polynésie française, Lebon 985) On ne peut plus exécuter la décision annulée sans commettre une voie de fait (T. confl. 28 févr. 1952, Dame veuve Japy c/ Kahn, Lebon 619).

(...)

97. Il peut arriver que l'administration soit tenue de prendre un nouvel acte. Elle doit notamment se prononcer sur les demandes dont elle avait été saisie et qui avait donné lieu à l'acte annulé (CE, sect., 7 déc. 1973, SCA des Nigritelles, 1re esp. ; Entre-prise Fayolle, 2e esp., Lebon 699 et 703, AJDA 1974. 81, chron. J. Fourré et M. Boyon, 85, note B. G ; 18 févr. 1994, Synd. des pharmaciens du Puy-de-Dôme et Conseil régional de l'ordre des pharmaciens, Lebon 89 ; 10 mai 1995, Min. de la Santé et de l'action humanitaire c. Clinique Saint-Germain, Lebon T 988 ; 8 oct. 1995, Min. de l'Intérieur c. Épx Reghis, Lebon T 989 ; 29 juill. 1998, Sté Radio Pholie, Lebon T 1113 ; 5 avr. 2002, Edelson, Lebon T 887 ; 17 mars 2004, SARL Loisirs 2000 et SA Cinémas Forum, Lebon T 839).

98. Si la décision annulée est un **refus d'abroger une décision réglementaire**, l'administration n'est pas toujours tenue de la remplacer, mais **elle est obligée de l'abroger** (CE 4 févr. 2000, Synd. général de l'éducation nationale SGEN-CFDT de la Savoie, Lebon T 1175). L'annulation d'un refus de prendre un acte réglementaire lui impose de le prendre (CE 26 juill. 1996, Assoc. lyonnaise de protection des locataires – ALPL, Lebon 293 ; 13 janv. 1997, Viscontini, Lebon T 1018 ; Ass., 28 mars 1997, Union nationale des associations familiales, Lebon 124 ; 21 mai 1997, Dobler, Lebon T 1019 ; 19 juin 1998, Dpt des Bouches-du-Rhône c. Bernardini, Lebon T 1113 ; 9 févr. 2000, Synd. national unitaire et indépendant des officiers de police, Lebon 41 ; 4 avr. 2001, Mme Larsen-Bocquet, Lebon T 1147).

(**Guillaume DELVOLVE**, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Répertoire Dalloz, contentieux administratif, v° Chose jugée).

*

.../...

Or, en l'occurrence, le décret attaqué **manque de base légale** en ce qu'il :

- se présente lui-même comme appliquant des dispositions législatives **inconstitutionnelles** et vouées, en conséquence, à l'**abrogation** (v. **mémoire distinct et motivé portant QPC**),

- viole, de façon flagrante, aussi bien la **norme constitutionnelle** que les **normes supranationales**.

- **méconnaît l'autorité de la chose jugée** par le **Conseil d'Etat** dans son **arrêt n°361593** du 13 Décembre 2013 (**Maître Bernard KUCHUKIAN c/ Garde des sceaux – pièce n°3**).

**II-C-2/ LES DIFFERENTES ILLEGALITES DU DECRET N°2014-1251 DU
28 OCTOBRE 2014**

L'article **66-4** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose :

« Sera puni des peines prévues à l'article **L. 121-23** du code de la consommation quiconque se sera livré au **démarchage** en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique. Toute **publicité** aux mêmes fins est subordonnée au respect de conditions fixées par le décret visé à l'article 66-6.

Toutefois, le premier alinéa du présent article n'est pas applicable aux **avocats** qui, en toutes matières, **restent soumis** aux dispositions de l'article **3 bis**. »

L'article **3 bis** de la loi précitée auquel renvoie l'article qui précède, précise, dans la rédaction que lui en donne l'article **13** de la **loi n°2014-344 du 17 Mars 2014** relative à la consommation :

« L'avocat peut librement se déplacer pour exercer ses fonctions.

Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, l'avocat est autorisé à recourir à la **publicité** ainsi qu'à la **sollicitation personnalisée**.

Toute prestation réalisée à la suite d'une **sollicitation personnalisée** fait l'objet d'une **convention d'honoraires**. »

Le **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014** relatif aux modes de communication des Avocats (JORF 29 Octobre 2014) dispose en son article **2** :

« Le **décret du 12 juillet 2005** susvisé est ainsi modifié :

1° L'article **15** est remplacé par les dispositions suivantes :

'Art. 15. - La **publicité** et la **sollicitation personnalisée** sont permises à l'avocat si elles procurent une information sincère sur la nature des prestations de services proposées et si leur mise en œuvre respecte les principes essentiels de la profession. **Elles excluent tout élément comparatif ou dénigrant.**

' La **publicité** s'opère dans les conditions prévues par le **décret du 25 août 1972** susvisé.

'La **sollicitation personnalisée** prend la forme d'un **envoi postal** ou d'un **courrier électronique** adressé au destinataire de l'offre de service, **à l'exclusion de tout message textuel envoyé sur un terminal téléphonique mobile**. Elle précise les modalités de détermination du coût de la prestation, laquelle fera l'objet d'une convention d'honoraires.' ;
(...) »

Quant au **décret n°72-785 du 25 Août 1972** modifié relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques, auquel renvoie l'article **15** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'Avocat, dans sa rédaction issue du décret attaqué, il prévoit en ses articles **2** et **3** :

.../...

Article 2 :

« La **publicité** en vue de donner des consultations, de rédiger des actes ou de proposer son assistance en **matière juridique** ne peut être faite par voie de **tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées.** »

Article 3

« Les dispositions de l'article 2 ne sont pas applicables aux **administrations et services publics, aux associations, syndicats professionnels et autres organismes à but non lucratif.** Elles ne sont pas applicables non plus aux **entreprises** qui fournissent des renseignements, informations ou prestations de service comportant à **titre accessoire** ou **incident** des **renseignements d'ordre juridique.** »

*

Il résulte des dispositions qui précèdent que :

1°) le « **démarchage en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique** » est un **délit** incriminé par l'article **66-4, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, dont les **éléments constitutifs** sont précisés par l'article **1er** du **décret n°72-785 du 25 Août 1972** – qu'il appartenait au **seul législateur** de déterminer en application du **principe de légalité des délits et des peines** et de l'article **34** de la **Constitution du 04 Octobre 1958** - et réprimé par l'article **L. 121-23** du Code de la consommation de **deux ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende**;

2°) la **publicité est permise**, mais demeure **réglementée** : « **Toute publicité aux mêmes fins est subordonnée au respect de conditions fixées par le décret visé à l'article 66-6.** » (article **66-4, alinéa 1er, deuxième phrase** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**) ;

3°) la **publicité** et la **sollicitation personnalisée (démarchage juridique)** sont permises à l'**Avocat** (articles **3 bis** et **66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**) dans les **conditions** prévues à l'article **15** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005**, lequel renvoie au **décret n°72-785 du 25 Août 1972**, qui traite de la **publicité** notamment à ses articles **2** et **3**.

Ainsi, le législateur a fait le **choix inconstitutionnel** d'abandonner **au pouvoir réglementaire** la tâche de déterminer les règles applicables :

1°) à la **publicité** (articles **2** et **3** du **décret n°72-785 du 25 Août 1972**) ;

2°) au **démarchage** - dit **sollicitation personnalisée** - (article **15, alinéa 3** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005**).

Comme susdit, le **décret** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 susvisé est intervenu **en application** de l'article **13** de la **loi** n°2014-344 du 17 Mars 2014 relative à la consommation, aux termes duquel :

*« L'article **3 bis** de la **loi** n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est complété par **deux alinéas** ainsi rédigés :*

*'**Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, l'avocat est autorisé à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée.***

'Toute prestation réalisée à la suite d'une sollicitation personnalisée fait l'objet d'une convention d'honoraires.' »

Or, ces dispositions législatives sont **inconstitutionnelles (II-C-2-a)** et **contraires au droit de l'Union européenne (II-C-2-b)**.

Les arguments présentés par Madame la Garde des sceaux, ministre de la justice, dans son **mémoire en défense** du 11 Mars 2015, communiqué le 17 Mars 2015, ne sont pas de nature à justifier le maintien du décret attaqué, mais militent, à l'inverse, dans le sens de son **annulation (II-C-2-c)**.

**II-C-2-a/ L'INCONSTITUTIONNALITE DES DISPOSITIONS
LEGISLATIVES APPLICABLES AU PRESENT LITIGE**

Il est renvoyé, à cet égard, aux **mémoires distincts et motivés** portant **question prioritaire de constitutionnalité** en date des 08 Décembre 2014 et 11 Janvier 2015, dont l'argumentation, si elle n'a pas été retenue par le **Conseil d'Etat**, dans son **arrêt QPC** du 18 Février 2015, n'en demeure pas moins **pertinente**.

**II-C-2-b/ L'INCONVENTIONNALITE DES DISPOSITIONS
LEGISLATIVES ET REGLEMENTAIRES APPLICABLES AU PRESENT LITIGE**

Il y a lieu de considérer, ici, la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (*pièce n°1*), que les Etats membres devaient transposer avant le 28 Décembre 2009 (art. **44, § 1er**).

Sont pertinents le **considérant 100**, de même que les articles **4** et **24** de cette norme de droit dérivé qui a **valeur supra-législative** et qui **s'impose à la France**, en vertu des principes de **primauté** et d'**effectivité** évoqués au **§ II-C-1**.

Considérant **100** :

*« Il convient de **mettre fin aux interdictions totales des communications commerciales pour les professions réglementées**, non pas en levant les interdictions relatives au **contenu** d'une communication commerciale sinon celles qui, **de manière générale** et pour une profession donnée, **interdisent une ou plusieurs formes de communication commerciale, par exemple toute publicité dans un média donné ou dans certains d'entre eux**. En ce qui concerne le **contenu** et les **modalités** des communications commerciales, il convient d'inciter les professionnels à élaborer, dans le respect du droit communautaire, des codes de conduite au niveau communautaire. »*

Article 4 **Définitions**

Aux fins de la présente directive, on entend par:

(...)

12) «communication commerciale», toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, les biens, les services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une **profession réglementée**. Ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales:

a) les **informations** permettant **l'accès direct** à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un **nom de domaine** ou une **adresse de courrier électronique**,

b) les **communications** relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une **manière indépendante**, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière.

Article 24 **Communications commerciales des professions réglementées**

.../...

1. Les Etats membres suppriment **toutes les interdictions totales** visant les **communications commerciales** des **professions réglementées**.

2. Les États membres veillent à ce que les **communications commerciales** faites par les professions réglementées respectent les règles professionnelles, conformes au droit communautaire, qui visent notamment **l'indépendance**, la **dignité** et **l'intégrité** de la profession ainsi que le **secret professionnel**, en fonction de la spécificité de chaque profession. Les règles professionnelles en matière de communications commerciales doivent être **non discriminatoires**, justifiées par une **raison impérieuse d'intérêt général** et **proportionnées**.

Ces dispositions ont fait l'objet d'une **interprétation authentique et faisant foi**, le 05 Avril 2011, par la **Cour de justice de l'Union européenne** (*pièce n°2*) :

« (...)

29 Il résulte ainsi tant de la finalité de cet article 24 que du contexte dans lequel il s'inscrit que, comme le soutient à bon droit la Commission européenne, l'intention du législateur de l'Union était non seulement de **mettre fin aux interdictions totales**, pour les membres d'une **profession réglementée**, de recourir à la **communication commerciale**, quelle qu'en soit la forme, mais également d'**éliminer les interdictions** de recourir à une ou plusieurs formes de **communication commerciale** au sens de l'article 4, point 12, de la **directive 2006/123**, telles que, notamment, la **publicité**, le **marketing direct** ou le **parrainage**. Eu égard aux exemples figurant au centième considérant de cette directive, doivent également être considérées comme des **interdictions totales**, **proscrites par l'article 24, paragraphe 1, de cette directive**, les **règles professionnelles** prohibant de communiquer, dans un **média** ou dans **certains d'entre eux**, des informations sur le prestataire ou sur son activité.

30 Toutefois, en vertu de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2006/123, lu à la lumière de la seconde phrase du centième considérant de celle-ci, les États membres restent libres de prévoir des interdictions relatives au **contenu** ou aux **modalités** de communications commerciales s'agissant des professions réglementées, pour autant que les règles prévues soient **justifiées et proportionnées** aux fins d'assurer notamment **l'indépendance**, la **dignité** et **l'intégrité** de la profession ainsi que le **secret professionnel** nécessaire lors de l'exercice de celle-ci.

(...) »

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) **dit pour droit**:

L'article 24, paragraphe 1, de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui interdit totalement aux membres d'une profession réglementée, telle que la profession d'expert-comptable, d'effectuer des actes de démarchage.

(CJUE, Grande Chambre, 05 Avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c/ Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, n°C-119/09).

Le Conseil d'Etat a été conduit à faire application de la directive aux dispositions réglementaires relatives au démarchage et à la publicité des **Avocats** :

« (...)

2. Considérant qu'aux termes de l'article 24 de la **directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur**:" 1. Les Etats membres **suppriment toutes les interdictions totales** visant les **communications commerciales** des professions réglementées. | 2. Les Etats membres veillent à ce que les **communications commerciales** faites par les **professions réglementées** respectent les règles professionnelles conformes au droit communautaire, qui visent notamment l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel, en fonction de la spécificité de chaque profession. Les règles professionnelles en matière de communications commerciales doivent être **non discriminatoires**, justifiées par une **raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées** " ; que le **paragraphe 12** de l'article 4 de la même directive définit la communication commerciale comme " toute forme de communication destinée à promouvoir directement ou indirectement, les biens, les services ou l'image d'une (.) personne exerçant une profession réglementée " mais précise, dans son a), que " les informations permettant l'accès direct à l'activité (.) de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales "; que **ces dispositions s'opposent à une réglementation nationale qui interdit totalement aux membres d'une profession réglementée de recourir au démarchage ou de proposer à leurs clients une offre personnalisée de services**, quels que soient leur forme, leur contenu et les moyens employés, ou **prohibe de manière générale le recours à la publicité dans les médias** ;

(...)

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, comme le soutient le requérant, les dispositions de l'article 66-4 de la **loi du 31 décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, comme celles du **second alinéa** de l'article 5 du **décret du 25 août 1972** et celles des **deuxième et troisième alinéas** de l'article 15 du **décret du 12 juillet 2005** qui en font application, **prohibent pour les avocats, toute activité de démarchage ou offre personnalisée de services juridiques** ; qu'en vertu des dispositions des articles 2, 3 et 5 du **décret du 25 août 1972**, **il est interdit aux avocats de recourir à la publicité dans les médias en vue de donner des consultations, de rédiger des actes ou de proposer leur assistance en matière juridique** ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point 2 que **de telles dispositions sont incompatibles avec les articles 4 et 24 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur** ; qu'en revanche, l'article 4 du décret du 25 août 1972, qui se borne à rappeler que la publicité ne doit contenir aucune indication contraire à la loi, et notamment ne pas comporter de mention méconnaissant la discrétion professionnelle ou portant atteinte à la vie privée, et à prohiber la publicité mensongère ou contenant des renseignements inexacts ou fallacieux, n'est pas contraire aux dispositions de la directive ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que **M. B. est fondé à demander l'annulation de la décision qu'il attaque** en tant seulement qu'elle **refuse d'abroger** les mots " **dès lors qu'elle est exclusive de toute forme de démarchage** " figurant au deuxième alinéa de l'article 15 du décret du 12 juillet 2005 ainsi que le troisième alinéa de cet article, et, en tant qu'ils s'appliquent aux avocats, les **articles 2 et 3 du décret du 25 août 1972**, la référence à ces deux articles figurant au **premier alinéa** de l'article 5 du même décret ainsi que le **second alinéa** de cet article 5, qui sont **divisibles** des autres dispositions de ces décrets ; qu'il y a lieu de rejeter le surplus de ses conclusions dirigées contre la décision attaquée ;

.../...

Le **Conseil d'Etat** a, ainsi, décidé :

« Article 1er : La **décision du 23 juillet 2012** du garde des sceaux, ministre de la justice, est **annulée** en tant qu'elle **refuse d'abroger** les mots " **dès lors qu'elle est exclusive de toute forme de démarchage** " figurant au second alinéa de l'article 15 du décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat et le troisième alinéa de cet article et, **en tant qu'ils s'appliquent aux avocats**, les articles **2 et 3** du **décret n° 72-785 du 25 août 1972** relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques, les chiffres " **2, 3** " figurant au **premier alinéa** de l'article **5** de ce même décret et le **second alinéa** de ce dernier article.

(...) »

(**CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 13 Décembre 2013, Maître Bernard KUCHUKIAN c/ Garde des sceaux, n°361593 – pièce n°3**).

La **Haute juridiction administrative** a, ce faisant, clairement et précisément déclaré **incompatibles** avec les articles **4 et 24** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (*pièce n°1*) :

- l'article **66-4** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa rédaction antérieure à la **loi n°2014-344** du 17 Mars 2014 relative à la consommation, art. **130, XI, 1°, b** (**prohibition générale du démarchage et réglementation de la publicité**) ;

- en tant qu'ils s'appliquent aux **Avocats**, les articles **2, 3 et 5** du **décret n°72-785** du 25 Août 1972 relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques ;

- l'article **15, alinéas 2 et 3** du **décret n°2005-790** du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'Avocat, dans sa rédaction antérieure au décret présentement attaqué.

De telles dispositions doivent, dès lors, être **laissées inappliquées** par l'ensemble des organes de l'Etat.

En outre, les **dispositions réglementaires** visées par l'arrêt du 13 Décembre 2013 **doivent être abrogées**. Il ne saurait, dès lors, légalement y être **renvoyé** par d'autres textes législatifs ou réglementaires.

Les articles **3 bis, alinéa 2** et **66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971, dans leur rédactions issues respectivement des articles **13 et 130, XI, 1°, b** de la **loi n°2014-344** du 17 Mars 2014 relative à la consommation devront, pour les mêmes raisons, être **déclarés incompatibles** avec les articles **4 et 24** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (*pièce n°1*) en tant qu'ils **renvoient** aux dispositions réglementaires susvisées.

Quant à la **sollicitation personnalisée**, telle qu'elle est réglementée par l'article **15, alinéa 3** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005**, dans sa rédaction issue du **décret** attaqué n°2014-1251 du **28 Octobre 2014** (article **2, 1°**), elle contrevient, de même, aux articles **4** et **24** de la **directive 2006/123/CE du Parlement européen** et du **Conseil du 12 Décembre 2006** relative aux services dans le marché intérieur (*pièce n°1*).

En effet :

1°) sont **incompatibles** avec l'article **24** de ladite directive « *toutes les **interdictions totales** visant les **communications commerciales** des professions réglementées.* » ;

2°) aux termes de l'article **4, 12°)** de la même directive, « *Ne constituent pas en tant que telles des **communications commerciales*** » dont le **contenu** ni les **modalités** – aux fins du considérant **100** - ne peuvent donc être réglementés :

« *a) les informations permettant l'**accès direct** à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un **nom de domaine** ou une **adresse de courrier électronique**,*

*b) les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne **élaborées d'une manière indépendante**, en particulier lorsqu'elles sont **fournies sans contrepartie financière.*** »

3°) en tout état de cause, ne peuvent être interdites, quant à leur **contenu** et leurs **modalités**, « *les communications commerciales faites par les professions réglementées* » qui « *respectent les règles professionnelles, conformes au droit (de l'Union européenne), qui visent notamment l'**indépendance**, la **dignité** et l'**intégrité** de la profession ainsi que le **secret professionnel** (...)* », étant précisé que les « *Les règles professionnelles en matière de communication commerciales doivent être **non discriminatoires**, justifiées par une **raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées.*** » (article **24 § 2** de la **directive 2006/123/CE du Parlement européen** et du **Conseil du 12 Décembre 2006** relative aux services dans le marché intérieur - *pièce n°1*).

Or, il n'existe **aucune raison impérieuse** – et non pas seulement **suffisante** - **d'intérêt général** susceptible de justifier, comme le fait l'article **15, alinéa 3, première phrase**, du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'Avocat, dans sa rédaction issue du **décret** attaqué n°2014-1251 du **28 Octobre 2014** (article **2**) :

- d'**imposer** comme forme de **sollicitation personnalisée**, un **envoi postal** ou un **courrier électronique** adressé au destinataire de l'offre,

et

- d'**interdire** « *tout message textuel envoyé sur un terminal téléphonique mobile.* »,

dès lors qu'un tel message – très couramment utilisé - pourra très bien respecter les **principes d'indépendance, de dignité et d'intégrité de la profession**, de même que le **secret professionnel**.

.../...

Une telle **interdiction générale et absolue** se révèle, au surplus, **disproportionnée**.

De même, **aucune raison impérieuse d'intérêt général** ne justifie que la réglementation française (article **15, alinéa 1er, deuxième phrase** du **décret n°2000-790** du 12 Juillet 2005, dans sa rédaction issue de l'article **2, 1°** du **décret n°2014-1251** du 28 Octobre 2014) **interdise expressément** aux Avocats d'inclure dans leurs **documents publicitaires** ou leurs **sollicitations personnalisées des éléments comparatifs**.

En effet, la **comparaison de services** n'a pas nécessairement pour **objet** ou pour **effet** le **dénigrement des concurrents**.

Un **Avocat** pourra très bien, aux fins de **promouvoir les services et/ou l'image** de son **Cabinet** mettre en exergue certaines **qualités et compétences** qui lui seront **propres**, sans, pour autant, **dénigrer** ses confrères qui n'en seront pas pourvus.

En poussant l'analyse juridique, on peut même soutenir que la **comparaison** est de l'**essence** de la **concurrence** puisqu'elle est un **moyen intellectuel**, pour tel **opérateur économique**, de **se distinguer**, auprès du **public** ou de **clients potentiels** (*prospects*), de ceux avec lesquels il **concourt**.

La référence à des **éléments comparatifs** n'est donc pas répréhensible dès lors qu'elle ne cherche pas à atteindre l'**intégrité morale** du professionnel et qu'elle se fonde sur des éléments **objectifs et vérifiables**.

Il est, ainsi, jugé par la **Cour de cassation** que l'Avocat « *a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement d'un magistrat ou d'un avocat (...)* » (**Cass. 1° Civ., 29 Octobre 2014**, n°12-27.610), dans la mesure où cette critique ne met pas en cause l'**intégrité morale** des personnes.

La **publicité comparative** est, d'ailleurs, autorisée sur les **prix en matière commerciale**.

Rien, en conséquence, ne justifie que les **Avocats** ne puissent y recourir pour leurs **communications commerciales**, au sens et pour l'application des articles **4** et **24** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

L'article **2** du **décret attaqué** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 devra, partant, être déclaré **incompatible** avec les articles **4** et **24** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (*pièce n°1*).

II-C-2-c/ L'ACQUIESCEMENT IMPLICITE DU GOUVERNEMENT AUX PRETENTIONS DU REQUERANT

Un tel **acquiescement à la demande** se révèle par l'analyse juridique du litige dont on tire :

1°) que le **recours pour excès de pouvoir a conservé son entier objet : la dénaturation** par le Gouvernement des termes du litige ;

2°) que le raisonnement du Gouvernement recèle, en réalité, une **confusion entre l'être et le devoir-être**.

1°) LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR A CONSERVE SON ENTIER OBJET : LA DENATURATION PAR LE GOUVERNEMENT DES TERMES DU LITIGE

L.-/ Il y a lieu, à titre liminaire, de préciser, contrairement à ce qu'indique le **mémoire en défense** de la **Garde des sceaux** communiqué le 17 Mars 2015 (page **4/8**), que **Maître KRIKORIAN** demande **principalement** au **Conseil d'Etat** d' « **ANNULER en toutes ses dispositions indivisibles le décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des Avocats (pièce n°4)** » (v. **requête introductive d'instance** du 08 Décembre 2014, **3°**) du dispositif, page **37/39**).

Ce n'est qu'à titre **subsidaire**, pour le cas où les dispositions attaquées seraient jugées **divisibles**, que le requérant demande au **Conseil d'Etat** d' « **ANNULER l'article 2 du décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des Avocats (pièce n°4)** » (v. **requête introductive d'instance** du 08 Décembre 2014, **4°**) du dispositif, page **37/39**).

De même, l'article **5** du **décret n°72-785 du 25 Août 1972** relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques, tel qu'il est publié sur le **site officiel Legifrance.gouv.fr** est toujours, au 30 Mars 2015, rédigé de la façon suivante :

«
Toute infraction aux articles 2, 3 et 4 du présent décret sera punie d'une amende de 90 euros à 150 euros et d'un **emprisonnement de dix jours à un mois** ou de l'une de ces deux peines seulement.

En cas de récidive, ces peines pourront être portées au double. »

S'il est exact qu'aux termes de l'article **1er** du **Décret n°93-726 du 29 mars 1993** portant **réforme du code pénal (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat)** et modifiant **certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale** :

«
Sont **abrogées** les dispositions des textes législatifs antérieurs à l'entrée en vigueur de la Constitution et des règlements :

.../...

1° Qui édictent des peines d'emprisonnement pour des contraventions ;

2° Qui prévoient la récidive de contraventions des quatre premières classes ;

3° Qui punissent des contraventions de la peine d'affichage ou de diffusion de la condamnation. »,

il n'en demeure pas moins que cette disposition est **antérieure** au **décret** attaqué n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des Avocats, lequel renvoie, en son article **2**, au **décret** n°72-785 du 25 Août 1972 susvisé, qui, **en l'absence de dispositions contraires**, doit être considéré comme **maintenu** ou **rétabli** dans la version telle que publiée sur le site **Legifrance.gouv.fr** et entré en vigueur à la même date que le **décret** attaqué n°2014-1251 du 28 Octobre 2014, savoir le 30 Octobre 2014.

Que le **juge pénal**, saisi d'une **prévention** fondée sur la violation des articles **2, 3** ou **4** du **décret** n°72-785 du 25 Août 1972 ait, en application de l'adage *Lex posterior derogat priori* (v. infra), l'obligation de lire l'article **5** du même décret **sans les mots** « *et d'un emprisonnement de dix jours à un mois ou de l'une de ces deux peines seulement* », ne signifie pas que le **Premier ministre** soit autorisé à maintenir ces dispositions réglementaires dans l'ordonnancement juridique républicain.

Le **juge administratif**, en l'occurrence le **Conseil d'Etat**, devra, en conséquence, ordonner l'**abrogation effective et dans le texte publié au Journal Officiel** – et non pas seulement **théorique et intellectuelle** – des mots « *et d'un emprisonnement de dix jours à un mois ou de l'une de ces deux peines seulement* » figurant à l'article **5** du **décret n°72-785** du 25 Août 1972.

*

II.-/ Pour tenter de justifier l'édition du **décret attaqué**, Madame la Garde des sceaux, ministre de la justice invoque l'adage *lexis specialis derogat legi generali* et l'application qu'en fait le **Conseil d'Etat** (**CE, 07 Avril 1965, Secrétaire d'Etat au commerce intérieur c/ Hurni**, Rec. p. 226 ; **CE, Ass. 04 Avril 2014, Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie**, n°362785).

Au terme d'un raisonnement qu'on a de la difficulté à suivre et qui n'a que l'apparence de la logique, le ministre en conclut que les articles **2** et **3** du **décret** du 25 Août 1972 **ne s'appliqueraient pas aux Avocats** :

« (...) »

En effet, dès lors que des dispositions propres à la profession d'avocat ont été adoptées, les dispositions générales relatives à la communication en matière juridique ne trouvent à s'appliquer que pour autant qu'elles sont compatibles avec les règles spéciales.

Or, dans la mesure où tant l'article 3 bis de la loi du 31 décembre 1971 que l'article 15 du décret du 12 juillet 2005 ne posent aucune restriction quant aux supports de publicité, le principe libéral s'applique, à l'exclusion des articles 2 et 3 du décret du 25 août 1972.

.../...

(...)

Le moyen tiré de la contrariété des articles 2 et 3 du décret du 25 août 1972, qui ne s'appliquent pas aux avocats, aux dispositions de la directive 2006/123/CE est donc inopérant et sera, par suite, écarté.

(...) »

(**mémoire en défense** communiqué le 17 Mars 2015, page 6/8).

Ainsi, selon le ministre, l'article **66-4** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** et le **décret n°72-785 du 25 Août 1972** seraient les **dispositions générales** relatives à la **publicité** et à la **sollicitation personnalisée**, tandis que l'article **3 bis** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** et l'article **15** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005**, dans sa rédaction issue du **décret attaqué n°2014-1251 du 28 Octobre 2014**, article **2, 1°**, constitueraient les **dispositions propres** aux Avocats en ces matières.

Cependant, cette **conclusion hâtive** de la Garde des sceaux, qui fait bon marché de l'**objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi**, n'est obtenue qu'au prix d'une **dénaturation** des textes en vigueur.

En effet :

- D'une part, l'article **66-4, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** **prohibe** le « **démarchage** en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique », tandis qu'il **réglemente** « **Toute publicité aux mêmes fins** » en renvoyant au **décret en Conseil d'Etat** prévu à l'article **66-6** de ladite loi.

- De deuxième part, l'article **66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** **excepte les Avocats** du dispositif mentionné à son alinéa **1er** qu'ils déclare « *en toutes matières (...) soumis aux dispositions de l'article 3 bis.* », lequel renvoie lui-même au **règlement** en disposant que l'Avocat n'est « **autorisé à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée** » que « **Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat** ».

On tire de ce qui précède :

1°) En premier lieu, qu'il s'agisse des **règles de droit commun** ou celles concernant plus particulièrement les **Avocats** – notamment en matière de **publicité** – que toutes sont **mises en œuvre par décret en Conseil d'Etat**.

2°) Que, précisément, en second lieu, les **conditions de la publicité** à laquelle les Avocats sont autorisés par la loi à recourir sont **exclusivement** déterminées par le **décret n°72-785 du 25 Août 1972** et **aucun autre texte**.

Il est, donc, **erroné** de prétendre, comme le fait la Garde des sceaux, ministre de la justice, dans son **mémoire en défense au fond** communiqué le 17 Mars 2015, que l'article **66-4** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** et le **décret du 25 Août 1972** seraient les **dispositions générales** relatives à la **publicité** et à la **sollicitation personnalisée**, tandis que l'article **3 bis** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** et l'article **15** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005**, dans sa rédaction issue du **décret attaqué n°2014-1251 du 28 Octobre 2014**, article **2, 1°**, constitueraient les **dispositions propres** aux Avocats en ces matières.

.../...

Il vient d'être démontré, à l'inverse, que le **décret n°72-785 du 25 Août 1972** est la **norme unique** à laquelle les **Avocats**, comme les autres opérateurs économiques **non mentionnés** dans la **liste dérogatoire** de son article **3**, sont assujettis en matière de publicité. **Aucune loi spéciale** n'est venue déroger au **principe de prohibition** posé par l'article **2** dudit décret de la **publicité** faite « *par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées.* »

On observe aisément, au surplus, à la simple lecture de l'article **3** du décret susvisé, comme susdit, que les **Avocats** ne sont pas mentionnés dans la liste des organismes et personnes non soumis à l'interdiction de l'article **2**, savoir, les **administrations, services publics, associations, syndicats professionnels, autres organismes à but non lucratif** et « *entreprises qui fournissent des renseignements, informations ou prestations de service comportant à titre accessoire ou incident des renseignements d'ordre juridique.* »

Il n'y a, dès lors, pas lieu, en l'**absence de dispositions spéciales** invocables à leur profit par les Avocats, de se référer, ici, à l'adage « *Generalia specialibus non derogant* » (Les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales) ou toute autre maxime équivalente.

Comme dit précédemment, le **décret n°72-785 du 25 Août 1972** constitue le **texte général** relatif « *au démarchage et la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques* » dont :

- l'article **2** prévoit le **principe de prohibition de la publicité** faite « *par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées.* »

et

- l'article **3** établit la liste des **bénéficiaires d'une dérogation spéciale** à ce principe, liste dont sont **exclus les Avocats**.

Au surplus, le **Conseil d'Etat**, dans son **arrêt n°386296 du 18 Février 2015**, a validé le **mécanisme du renvoi** par le **Parlement** au **pouvoir réglementaire** que le requérant, à juste raison, critiquait sous l'angle notamment de l'**incompétence négative du législateur** :

« (...) »

3. *Considérant, en premier lieu, que le requérant soutient que les dispositions citées ci-dessus méconnaissent la liberté d'entreprendre, garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la compétence du législateur, telle qu'elle résulte de l'article 34 de la Constitution ; que s'il appartient au législateur de fixer les limites de la liberté d'entreprendre, la détermination des règles d'exercice d'une profession, et notamment des règles de déontologie, relève de la compétence du pouvoir réglementaire dès lors que ne sont mis en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux que la Constitution réserve à la loi ; que, par suite, en prévoyant que les conditions dans lesquelles les avocats sont autorisés à recourir à la publicité et à la sollicitation personnalisée sont déterminées par le pouvoir réglementaire, le législateur n'a pas méconnu sa compétence ; qu'ainsi, le moyen soulevé ne présente pas de caractère sérieux ; (...) »*

.../...

Cette décision est **pleinement opposable aux parties**, dans le cadre de cette instance, - bien que **Maître KRIKORIAN** n'en partage pas le raisonnement - en ce qui concerne notamment l'**interprétation** des normes applicables au litige, en particulier l'article **3 bis** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971.

Il est, donc, **erroné** de prétendre, comme le fait la Garde des sceaux, ministre de la justice, qu'en l'absence de **restriction** quant aux supports de publicité dans l'article **3 bis** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 et dans l'article **15** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 dans sa rédaction issue du **décret attaqué** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014, article **2, 1°**, les articles **2** et **3** du **décret** du 25 Août 1972 **ne seraient pas applicables aux Avocats**.

En effet, dès lors que le **législateur** est considéré comme habilité par la **Constitution** à investir le **pouvoir réglementaire** de la **mission** de déterminer les conditions dans lesquelles l'Avocat peut licitement recourir à la **publicité** et à la **sollicitation personnalisée**, seul le **décret** n°72-785 du 25 Août 1972 auquel le **décret attaqué** renvoie, est à prendre en considération en ce qui concerne les règles à suivre en matière de **publicité**, la **sollicitation personnalisée** étant, quant à elle, régie par l'article **15, alinéa 3** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 dans sa rédaction issue du **décret attaqué** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014, article **2, 1°**.

Or, de la lecture des articles **2** et **3** du **décret** du 25 Août 1972 il ressort que les Avocats subissent une **discrimination** par rapport « aux administrations et services publics, aux associations, syndicats professionnels et autres organismes à but non lucratif. » ainsi que par rapport « aux entreprises qui fournissent des renseignements, informations ou prestations de service comportant à titre accessoire ou incident des renseignements d'ordre juridique. » qui seuls, se voient soustraits aux **dispositions prohibitives** de l'article **2** dudit décret.

L'application, en l'espèce, du principe *lexis specialis derogat legi generali* ne peut, en aucune façon, permettre d'affirmer que les articles **2** et **3** du **décret** du 25 Août 1972 **ne seraient pas, en l'état du droit positif, applicables aux Avocats**.

C'est le lieu de rappeler la signification et la portée de la maxime *Lex posterior derogat priori*.

III.-/ LE PRINCIPE DE L'ABROGATION IMPLICITE DE LA LOI ANCIENNE PAR LA LOI NOUVELLE : LEX POSTERIOR DEROGAT PRIORI

Il est acquis, de longue date, en doctrine, que **la loi postérieure déroge à la loi antérieure** (« **LEX POSTERIOR DEROGAT PRIORI** ») :

« Cet adage trace les **limites d'application de la loi dans le temps** : quoique la permanence entre dans la définition de la loi, il n'empêche que **sa force obligatoire peut lui être retirée par une loi postérieure**, pour cette raison qu'entre deux volontés successivement émises par la même autorité créatrice, il est **raisonnable de faire prévaloir la plus récente** et pour cette autre raison que **toute nouvelle législation est censée réaliser un progrès du droit** (...). Si la loi nouvelle supprime purement et simplement la loi existante ou la remplace formellement par d'autres dispositions, il n'y a qu'à s'en tenir aux prescriptions du texte abrogatif qui, d'ordinaire, visent **nommément** les textes abrogés. Il importe seulement de veiller à ce que le texte qui abroge occupe dans la hiérarchie une **place de même niveau** (ou **de niveau supérieur**) que le texte abrogé.

(...)

Toute différente est la situation lorsque l'abrogation revêt une **forme tacite**, laquelle résulte de **l'incompatibilité entre deux dispositions qui se contredisent**. C'est là le domaine propre de *Lex posterior derogat priori*. A moins d'admettre que le législateur ait fait œuvre inutile ou incohérente, force est de considérer les **règles anciennes comme abrogées**, puisque les unes et les autres ne peuvent recevoir en même temps leur exécution. L'application simultanée étant irréalisable, il faut choisir et le choix s'exerce tout naturellement en faveur de la **dernière loi présumée la meilleure** (« Le passé peut être aboli par l'avenir, mais le phénomène inverse serait inconcevable »). Il y a donc superfétation de la part des rédacteurs de nos lois modernes à inscrire dans un article final la formule habituelle : « Toutes dispositions antérieures contraires à la présente loi sont abrogées ».

Il ne s'agit là que d'une directive générale. L'abrogation tacite n'opère que dans la mesure du strict minimum, dans la limite de **l'inconciliabilité**. L'idée s'en trouve dans l'art. 1036 du Code civil, aux termes duquel 'les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui seront contraires.' Elle est exprimée de façon équivalente par cette autre formule: *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint*. Le tout est donc de tenter de concilier les deux lois, de rechercher une harmonisation (*concordantia discordantium*), à laquelle invite ouvertement le droit canon – *Codex, 23 – In dubio revocatio legis praesistentis non praesumitur, sed leges posteriores ad priores trahendae sunt et his, quantum fieri possit, conciliandae*. S'il n'y a que défaut de concordance, simple divergence, manque d'ajustement, la tentative sera couronnée de succès et les lois successives pourront cohabiter. A l'inverse, il faut tenir la loi ancienne pour entièrement abrogée, si la loi nouvelle repose sur un principe contraire à celui qui sustentait la loi ancienne ou si elle porte abolition d'une disposition principale qui entraîne logiquement dans sa chute toutes les dispositions antérieures qui en dépendaient.

C'est le lieu de séparer **abrogation** et **dérogation** et de recourir à la distinction traditionnelle entre **lois spéciales** et **lois générales**. La loi spéciale, en ce qu'elle traite l'espèce et non le genre, l'emporte sur la loi générale : **une loi générale nouvelle n'abroge pas tacitement une loi spéciale contraire plus ancienne**, parce que la survie d'une exception n'est pas **incompatible** avec l'apparition d'une règle de principe postérieure. Ainsi la loi sur les associations – 1901 – n'a pas supprimé la loi sur les syndicats – 1884 - ; les deux textes peuvent s'appliquer cumulativement, le premier régissant les associations en général, le second cette variété d'association que constitue le syndicat. Ce que l'on exprime par deux adages de même signification : *Legi speciali per generalem non derogatur* ; **Generalia specialibus non derogant**. En retour il est admis qu'une loi spéciale plus récente abroge, dans la mesure de ses dispositions, la loi générale précédente : *Specialia generalibus derogant* ; c'est ainsi – mais dans l'hypothèse considérée la *lex specialis* est davantage une *lex singularis* – que la loi du 1er septembre 1948 sur les loyers, tout en y apportant une dérogation, a laissé survivre le droit commun du bail réglementé par les articles 1713 et suivants du Code civil ; instituant un régime particulier à une série de cas déterminés, elle a prévalu sur la réglementation habituelle qui, pour le reste, a été maintenue. Dans les deux éventualités (loi générale faisant suite à une loi spéciale, loi spéciale faisant suite à une loi générale), la préférence est donnée à la loi spéciale mais dans le seul domaine circonscrit par ses prévisions expresses. Et encore, le principe n'a-t-il pas une portée absolue : dans la succession chronologique de deux textes portant sur la même matière mais ayant un objet inégalement étendu, le conflit est réglé prioritairement par référence à la **volonté du législateur** : le premier devoir de l'interprète est en effet de rechercher si le législateur n'a pas voulu abroger la loi spéciale antérieure par la loi générale postérieure, ce qui ne peut résulter que de l'examen attentif de l'**objet** ou de l'**esprit** de la loi, nullement d'une interprétation divinatoire ou débridée.

(**Professeurs Henri ROLAND et Laurent BOYER**, Locutions latines et adages du droit français contemporain, II, Adages, Editions L'HERMES, Novembre 1978, n°138, pp. 455 – 458)

Le **Conseil d'Etat** fait une application constante de ce principe, avant, comme après l'entrée en vigueur du nouveau mécanisme de la **question prioritaire de constitutionnalité** (QPC) intervenue le 1er Mars 2010.

Ainsi juge-t-il :

« (...) *Considérant que s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle ; (...)* » (**CE, Ass. 16 Décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice, n°259584**).

« (...) *Sur les autres moyens des requêtes* :

20. Considérant, en premier lieu, que **le dispositif général de maintien en activité jusqu'à 65 ans**, sur leur demande, des fonctionnaires appartenant à des corps ou à des cadres d'emplois dont la limite d'âge était inférieure, alors prévu par l'article 1-3 de la **loi du 13 septembre 1984** relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, issu de l'article 93 de la **loi du 17 décembre 2008** de financement de la sécurité sociale, **n'a eu ni pour objet ni pour effet d'abroger les dispositions particulières de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1989** fixant, à titre dérogatoire, une limite d'âge de 57 ans pour les ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne. (...) »

(CE, Ass., 04 Avril 2014, **Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie**, n°362785, 362787, 362806, 362811, 362813, 362815, 362817, 362819, 362821).

La Haute assemblée confirme, par ce dernier arrêt, que le juge administratif **contrôle l'abrogation implicite** de la loi ancienne dont les termes se révèlent **incompatibles** avec ceux de la loi nouvelle.

Si le **Conseil d'Etat** a pu affirmer que le dispositif législatif plus récent n'avait pas, en l'espèce, emporté **abrogation** implicite de la législation antérieure, c'est en raison du caractère **dérogatoire** de celle-ci. Il s'agit d'une application de l'adage *Generalia specialibus non derogant* : **une loi générale nouvelle n'abroge pas tacitement une loi spéciale contraire plus ancienne.**

A contrario, s'il avait été en présence de **deux lois générales** ou de **deux lois spéciales**, le **Conseil d'Etat** aurait fait prévaloir la plus récente sur la plus ancienne, dans la mesure du rapport de **compatibilité / incompatibilité** des dispositions législatives concernées.

L'application du principe du principe *lexis specialis derogat legi generali* n'est pas pertinente puisqu'il n'y a pas, en l'espèce, succession dans le temps d'une **loi générale** et d'une **loi spéciale**, mais édicition, dans le **même texte**, d'une **dérogation** - dont ne bénéficient pas les Avocats - (article 3 du **décret n°72-785 du 25 Août 1972**) au **principe de prohibition de la publicité** faite « *par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées.* » (article 2 dudit décret).

Dans ces conditions, le présent recours pour excès de pouvoir **conserve intégralement son objet**, savoir notamment l'**abrogation effective** des articles 2, 3 et 5 du **décret n°72-785 du 25 Août 1972** aux fins, pour une **meilleure sécurité juridique**, qu'il ne puisse plus y être renvoyé par aucun autre texte.

2°) LE RAISONNEMENT DU GOUVERNEMENT RECELE, EN REALITE, UN ACQUIESCEMENT AUX PRETENTIONS DE MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN: LA CONFUSION DE L'ETRE ET DU DEVOIR-ETRE

I.-/ Le raisonnement de la Garde des sceaux, ministre de la justice, serait davantage accessible si l'article **3 bis** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 était **expurgé des mots** « *Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* », solution à laquelle conduisent les prétentions légitimes du requérant (v. **2-a°**) du dispositif de la requête introductive d'instance du 08 Décembre 2014 et du présent mémoire en réplique) tendant à **les faire déclarer contraires au droit de l'Union européenne** et à **les laisser inappliqués**, à l'instar des mots « *qui, en toutes matières, restent soumis aux dispositions de l'article 3 bis.* » de l'article **66-4, alinéa 2** de la même loi.

En effet, dans cette hypothèse – qui ne correspond pas à la réalité du droit positif (**l'être**) – le **décret d'application** ne pourrait pas légalement ajouter à la **loi** une norme qui ne s'y trouve pas, même implicitement. Le règlement devrait, en conséquence, être **déclaré illégal, annulé** ou **abrogé**, comme demandé par **Maître KRIKORIAN** (notamment en ce qui concerne les articles **2, 3 et 5** du **décret** n°72-785 du 25 Août 1972 relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques).

Ainsi, seule une lecture pouvant s'autoriser de l'autorité d'une **norme supranationale** (spécialement la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, notamment ses articles **4, 24**, tels qu'éclairés par son considérant **100**) serait susceptible de valider l'analyse juridique du litige qu'en fait le Gouvernement, selon laquelle les articles **2 et 3** du **décret** du 25 Août 1972 **ne seraient pas applicables aux Avocats** (le **devoir-être**).

Pour conserver à la **loi** le **principe libéral** que le Gouvernement lui prête, mais que le **renvoi au règlement** lui retire, il est nécessaire, en effet, de réduire à néant un tel effet restrictif de liberté, par l'**annulation** du décret attaqué lui-même.

On en déduit qu'en réalité, le **mémoire en défense au fond** de la Garde des sceaux, ministre de la justice, vise, sans oser le dire expressément, à **neutraliser la normativité** des mots « *Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* » et « *qui, en toutes matières, restent soumis aux dispositions de l'article 3 bis.* » figurant respectivement aux articles **3 bis** et **66-4, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971.

Les écritures du Gouvernement doivent, partant, être lues comme un **acquiescement implicite** aux prétentions légitimes de **Maître Philippe KRIKORIAN** tendant à **laisser inappliquées les normes nationales contraires au droit de l'Union**.

II.-/ Quant à la **sollicitation personnalisée**, telle que réglementée par l'article **15, alinéa 3** du décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005, dans sa rédaction issue du **décret attaqué** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014, article **2, 1°**, le Gouvernement prétend justifier les **restrictions à la liberté d'expression** qu'il édicte, de la façon suivante :

1°) la **prohibition** de la **sollicitation personnalisée** par voie de **message textuel envoyé sur un terminal téléphonique mobile (SMS)** **ne serait pas générale** et « *donc permise par la réglementation européenne dès lors qu'elle est justifiée et proportionnée afin d'assurer, entre autres, l'intégrité et la dignité de la profession.* » (page **7/8** du mémoire en défense au fond communiqué le 17 Mars 2015) ;

2°) les dispositions attaquées prendraient place dans le cadre général des **règles déontologiques** déterminées par le **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 au rang desquelles figurent les principes de **dignité, loyauté, délicatesse, modération et courtoisie** ;

3°) l'**interdiction** de la sollicitation personnalisée par **SMS** serait **proportionnée** et **nécessaire**, au regard de l'obligation de préserver l'**intégrité** et la **dignité** de la profession, en raison des deux particularités de ce mode de communication :

3-a°) D'une part, il s'agirait « *d'un moyen particulièrement intrusif* » et s'apparenterait « *en réalité à un démarchage par voie téléphonique* » qui serait incompatible avec l'article **10.3** du **Règlement Intérieur National de la profession d'Avocat (R.I.N.)** ;

3-b°) D'autre part, il s'agirait « *d'un moyen de communication au contenu par principe limité* » en infraction à la déontologie de l'Avocat qui l'oblige à faire figurer sur le support de communication tous les éléments permettant de l'identifier (article **10.4.1** du **R.I.N.**).

Il est aisé de répondre aux objections du Gouvernement.

I°) En premier lieu, aux termes de l'article **24 § 2** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après « la directive »), « *Les règles professionnelles en matière de communications commerciales doivent être **non discriminatoires**, justifiées par une **raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées.*** »

Cette disposition et l'article **24 § 1** doivent être lues, comme susdit (**§ II-C-2-b**), à la lumière du **considérant 100** de ladite directive, aux termes duquel :

Considérant 100 :

« *Il convient de **mettre fin aux interdictions totales des communications commerciales pour les professions réglementées**, non pas en levant les interdictions relatives au **contenu** d'une communication commerciale sinon celles qui, **de manière générale** et pour une profession donnée, **interdisent une ou plusieurs formes de communication commerciale, par exemple toute publicité dans un média donné ou dans certains d'entre eux.** En ce qui concerne le **contenu** et les **modalités** des communications commerciales, il convient d'inciter les professionnels à élaborer, dans le respect du droit communautaire, des codes de conduite au niveau communautaire.* »

On tire de ce qui précède que la **prohibition** décidée par le législateur de l'Union européenne à l'article **24 § 1** de de cette **norme supranationale** (« *Les Etats membres suppriment toutes les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées.* ») vise les législations ou réglementations nationales :

- qui interdisent le **principe même** des communications commerciales,

et celles

- qui interdisent, quant au **contenu**, « *de manière générale et pour une profession donnée (...) une ou plusieurs formes de communication commerciale* ».

La **prohibition de l'interdiction** de « *toute publicité dans un média donné ou dans certains d'entre eux* » n'est donné par le **considérant 100** qu'à titre d' « *exemple* » et n'épuise donc pas, à elle seule, la catégorie non limitée des **interdictions totales** prohibées par la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services.

Il ne suffit donc pas que la réglementation nationale autorise certains modes de communication (par **courriel**, par exemple) pour que soit compatible avec la directive **l'interdiction totale** de la communication selon **un autre mode** (sollicitation personnalisée par **SMS**, en l'occurrence).

Ce n'est pas tant le **mode** de communication qui importe, que la **manière** dont il est utilisé et, partant, le **contenu** du message publicitaire.

Or, il n'est ni allégué ni établi par la Garde des sceaux, ministre de la justice, que **l'interdiction générale** de la **sollicitation personnalisée par voie de SMS** serait justifiée par une **raison impérieuse d'intérêt général** – que ne caractérise pas la seule **référence abstraite** à la nécessité de conserver **l'intégrité** et la **dignité** de la profession – dès lors que le **contenu** du message textuel considéré n'est pas contraire aux termes du **serment** de l'Avocat, savoir d'exercer ses fonctions « *avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* » (article **3, alinéa 2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

II°) En deuxième lieu, les dispositions du **R.I.N.** - de rang **infra-décrétal** - ne peuvent être utilement opposées à celles de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur qui ont une valeur **supralégislative**.

En effet, le **Conseil d'Etat** a eu l'occasion de juger que le **pouvoir réglementaire** du **Conseil National des Barreaux (CNB)** « *s'exerce, en vue d'unifier les règles et usages des barreaux, dans le cadre des lois et règlements qui régissent la profession ; que, toutefois, il trouve sa limite dans les droits et libertés qui appartiennent aux avocats et dans les règles essentielles de l'exercice de la profession ; que, dès lors, si le Conseil national des barreaux peut, le cas échéant, imposer à l'ensemble des barreaux une règle qui n'est appliquée que par certains d'entre eux, voire, dans les mêmes matières, élaborer une règle différente, il ne peut légalement fixer des prescriptions qui mettent en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat ou les règles essentielles qui la régissent et qui n'auraient aucun fondement dans les règles législatives ou dans celles fixées par les décrets en Conseil d'Etat prévus par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, ou ne seraient pas une conséquence nécessaire d'une règle figurant au nombre des traditions de la profession ; (...)* »

(**CE, 17 Novembre 2004, SEL LANDWELL et associés ; Sociétés d'avocats EY LAW**, n°268075, 268501).

On retrouve, ici, le critère de distinction (**mise en cause / mise en œuvre**) qui est utilisé par le **Conseil constitutionnel** pour assurer la répartition entre le **domaine de la loi** et celui du **règlement**.

« (...)

1. *Considérant que, si l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de poser les règles concernant la **procédure pénale** ainsi que celles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des **impositions** de toute nature, les dispositions de la **procédure à suivre devant les juridictions civiles ou administratives** relèvent de la **compétence réglementaire** dès lors qu'elles ne concernent ni la **procédure pénale**, ni l'assiette, le taux ou les modalités de recouvrement des **impositions** et qu'elles ne mettent en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux placés dans le domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution ; qu'il appartient de même au **pouvoir réglementaire** d'édicter les **mesures d'application** qui sont nécessaires à la **mise en œuvre des règles fixées par le législateur** ;*

(...)

(**CC, décision n°80-119 L du 02 Décembre 1980**, Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, consid. 6);

« (...) 9. *Considérant, en quatrième lieu, qu'il résulte des articles 34 et 37 de la Constitution que les dispositions relatives à la **procédure à suivre devant les juridictions** relèvent de la **compétence réglementaire** dès lors qu'elles ne concernent pas la **procédure pénale** et qu'elles ne mettent pas en cause les règles ou les principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi;*

(**CE, 28 Décembre 2012, 6ème et 1ère sous-sections réunies, SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE et autres**, n°353337, 353363, 353535, 353566, 353851, 354322, 354363, 354406, 354475).

Or, seul le **législateur** est compétent pour **mettre en cause** la **liberté d'expression** garantie par l'article **11** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789, de même que pour **fixer les limites de la liberté d'entreprendre** :

« (...) »

3. *Considérant, en premier lieu, que le requérant soutient que les dispositions citées ci-dessus méconnaissent la liberté d'entreprendre, garantie par l'article 4 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, ainsi que la **compétence du législateur**, telle qu'elle résulte de l'article 34 de la **Constitution** ; que s'il appartient au législateur de fixer les **limites de la liberté d'entreprendre**, la détermination des **règles d'exercice d'une profession**, et notamment des **règles de déontologie**, relève de la compétence du **pouvoir réglementaire** dès lors que ne sont **mis en cause** aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux que la **Constitution** réserve à la **loi** ; que, par suite, en prévoyant que les conditions dans lesquelles les avocats sont autorisés à recourir à la **publicité** et à la **sollicitation personnalisée** sont déterminées par le **pouvoir réglementaire**, le législateur n'a pas méconnu sa **compétence** ; qu'ainsi, le moyen soulevé ne présente pas de caractère sérieux ;*

(...) »

(**CE, 18 Février 2015, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre**, n°386296).

Cette décision reconnaissant au **pouvoir exécutif** la compétence pour déterminer « *les conditions dans lesquelles les avocats sont autorisés à recourir à la **publicité** et à la **sollicitation personnalisée*** » doit être appréciée à l'aune des prescriptions adressées aux Etats membres par la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dont l'article **24** impose aux « *règles professionnelles en matière de communications commerciales* » d'être « **non discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées.** »

Les dispositions du **R.I.N.** - de **rang inférieur** à celui du **décret en Conseil d'Etat** - ne sauraient, dans ces conditions, être utilement invoquées par le Gouvernement pour tenter de justifier des restrictions à la liberté de recourir à la publicité et à la sollicitation personnalisée.

Seuls les **impératifs catégoriques** de la profession que reflète le **serment** de l'Avocat sus-énoncé, sont susceptibles de justifier de telles restrictions.

Le décret attaqué ne pouvait, dès lors, interdire de **façon générale** le recours à la **sollicitation personnalisée** par voie de **SMS** sans réserver les cas où le **contenu** de la communication serait **conforme aux termes dudit serment**, par lequel l'Avocat s'engage solennellement à exercer ses fonctions « *avec **dignité, conscience, indépendance, probité et humanité*** » (article **3, alinéa 2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

En tout état de cause, les **informations** que le public est en droit de recevoir quant à l'**identité complète** de l'Avocat utilisant un **SMS pour se faire connaître de futurs clients**, pourront être trouvées sur un autre **support plus développé**, comme par exemple un **site internet** que le message invite à consulter.

Il échet de rappeler, à cet égard, qu'en vertu de l'article **4, § 12** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, « *Ne constituent pas en tant que telles des **communications commerciales** :*

a) les **informations** permettant **l'accès direct** à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un **nom de domaine** ou une **adresse de courrier électronique**,

b) les **communications** relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une **manière indépendante**, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière. »

Il s'ensuit que la réglementation nationale n'est pas autorisée à apporter des **restrictions** dans **l'accès direct** aux **informations** relatives à **l'activité du Cabinet d'un Avocat**, disponibles sur son **site internet**.

La **sollicitation personnalisée** utilisant la voie du **SMS** ne peut, partant, être interdite à l'Avocat.

*

III°) En troisième lieu, contrairement à ce que prétend Madame la Garde des sceaux, ministre de la justice, la **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)** n'a pas eu, à ce jour, l'occasion de répondre précisément à la question de savoir si une réglementation comme l'article **15, alinéa 3** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'Avocat, dans sa rédaction issue de l'article **2, 1°** du **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014** relatif aux modes de communication des Avocats, qui **interdit** aux **Avocats toute sollicitation personnalisée par SMS** et limite celle-ci au **courrier postal ou électronique**, était **compatible** avec le droit de l'Union européenne.

On en déduit, qu'en application combinée de l'article **19** du **Traité sur l'Union européenne (TUE)** et de l'article **267 § 3** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)**, le **Conseil d'Etat** est **tenu** de saisir la **CJUE** de cette question.

A n'en pas douter, le mécanisme du **renvoi préjudiciel**, régi essentiellement par les articles **19 TUE** et **267 TFUE**, est l'illustration moderne du **criticisme kantien**, sous le mode juridictionnel :

« Notre siècle est le siècle propre de la critique, à laquelle tout doit se soumettre. La religion, par sa sainteté, et la législation, par sa majesté, veulent ordinairement s'y soustraire. Mais alors elles excitent contre elles un juste soupçon, et ne peuvent prétendre à ce respect sincère que la raison accorde seulement à ce qui a pu soutenir son libre et public examen. »

(**Emmanuel KANT**, *Critique de la raison pure*, préface de la première édition de 1781, Gallimard, coll. La Pléiade Tome I, 1980, p. 727)

La **République française** n'est pas restée sourde à l'**enseignement critique kantien** puisqu'elle a placé au plus haut sommet de sa hiérarchie normative le **droit pour la Société** (on dirait, aujourd'hui, la **Société civile**) de « *demande compte à tout agent public, de son administration.* » (article **15** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789 – DDH**), prescription qui s'adresse à tous les organes de l'Etat, y compris l'**organe juridictionnel**.

Le **droit au renvoi préjudiciel** découle directement de l'article **267 § 3** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)**, dans sa rédaction issue du **Traité de Lisbonne** signé le **13 Décembre 2007** et entré en vigueur le **1er Décembre 2009**, dont le texte est rappelé ci-après.

1.-/ RAPPEL DES TEXTES

Article 19 TUE :

« 1. **La Cour de justice de l'Union européenne** comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le **respect du droit** dans l'**interprétation** et l'**application** des traités.

Les Etats membres établissent les **voies de recours nécessaires** pour assurer une **protection juridictionnelle effective** dans les **domaines couverts par le droit de l'Union**.

(...)

3. **La Cour de justice de l'Union européenne** statue conformément aux traités :

a) sur les **recours** formés par un Etat membre, une institution ou des **personnes physiques** ou morales ;

b) à **titre préjudiciel**, à la **demande des juridictions nationales**, sur l'**interprétation** du droit de l'Union ou sur la **validité** d'actes adoptés par les institutions ;

c) **dans les autres cas prévus par les traités.** »

Article 267 TFUE :

« La Cour de justice de l'Union européenne est **compétente pour statuer**, à titre **préjudiciel** :

a) sur l'**interprétation des traités**,

b) sur la **validité** et l'**interprétation** des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union ;

Lorsqu'une telle question est soulevée devant **une juridiction d'un des Etats membres**, cette juridiction **peut**, si elle estime qu'une décision sur ce point est **nécessaire** pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les **décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne**, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »

2.-/ L'ANALYSE DES TEXTES

Elle se fait à l'aune des principes d'interprétation universels, classiquement exprimés par les adages latins suivants :

Specialia generalibus derogant : les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales.

Generalia specialibus non derogant : les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales.

In toto jure generi per speciem derogatur : en droit, l'espèce déroge au genre.

La distinction opérée par l'article **267 TFUE** entre les juridictions dont les décisions sont « **susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** » (comprises dans la définition par compréhension de l'**alinéa 2**) et celles qui ne le sont pas (alinéa **3**) est d'importance en tant qu'elle permet d'identifier à l'intérieur du **genre** des décisions rendues par les **juridictions nationales** (alinéa **2**) l'**espèce** de celles qui « **ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** » (alinéa **3**).

En effet, le pouvoir d'appréciation de la **nécessité** de poser à la CJUE une question de droit de l'Union qui se pose devant la juridiction nationale est **modulé** selon le degré de juridiction concerné.

Si les juridictions nationales dont les décisions sont « **susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** » sont **libres** d'apprécier cette **nécessité** (elles jouissent, à cet égard, d'un **pouvoir discrétionnaire** que révèle le verbe « **peut** »), celles dont les décisions **ne sont pas susceptibles** d'un tel recours de droit interne (alinéa **3**) ne peuvent, sans dénaturer l'article **267 TFUE**, se dispenser de renvoyer une telle question à la CJUE et négliger de **motiver** leur refus de transmettre la demande de décision préjudicielle au moyen des exceptions **limitativement explicitées** par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg (notamment CJCE, **06 Octobre 1982, SRL CILFIT**, n°283/81 ; CJUE **15 Septembre 2005, Intermodal Transports BV**, C-495/03, point **33**).

Seul l'**alinéa 2** de l'article **267 TFUE** – qui expose les **règles communes** applicables aux juridictions nationales en matière de renvoi préjudiciel - mentionne expressément la **nécessité** comme critère de la demande de décision préjudicielle à la CJUE quant à une question d'interprétation du droit de l'Union et/ou de validité d'un acte de droit dérivé, nécessité qui est laissée à l'appréciation discrétionnaire de la « *juridiction d'un des Etats membres* », laquelle « *peut* », si elle estime cette condition vérifiée, « *demander à la Cour de statuer sur cette question* ».

Cet alinéa concerne le **cas général** puisqu'il vise indifféremment « *une juridiction d'un des Etats membres* », sans distinguer selon que ses décisions sont ou non « **susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** », cette condition supplémentaire n'apparaissant que dans le **cas spécial** régi par l'**alinéa 3**, libellé en termes **précis et inconditionnels** :

.../...

« Lorsqu'une telle question est **soulevée** dans une affaire pendante devant une **juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.** ».

Dans l'alinéa **2**, la **nécessité** de saisir la CJUE de la question de droit de l'Union est laissée à l'**appréciation discrétionnaire** de la juridiction nationale (« *si elle estime* »), tandis que dans l'alinéa **3** cette **nécessité** est **présumée** par le traité lui-même, sauf au juge national suprême à **constater, selon l'interprétation** que la CJUE donne de ce texte, alternativement :

1°) « que la question soulevée **n'est pas pertinente** »,

ou

2°) « que la disposition communautaire en cause **a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour** »,

ou

3°) « que **l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable.** », étant précisé que « *L'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté.* »

(...)

(CJCE, 06 Octobre 1982, SRL CILFIT, n°283/81, point 16 ; CJUE 15 Septembre 2005, Intermodal Transports BV, C-495/03, points 33 et 39).

En outre :

« Lorsqu'une question relative à l'interprétation de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, est soulevée dans le cadre d'une procédure se déroulant dans l'un des États membres du Benelux et portant sur l'interprétation de la loi uniforme Benelux sur les marques de produits, **une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne**, comme le sont tant la Cour de justice du Benelux que le Hoge Raad der Nederlanden, est **tenue de saisir la Cour de justice** en vertu de l'article 177, troisième alinéa, du traité CE. Cette **obligation** est toutefois **privée de sa cause** et ainsi **vidée de son contenu** quand la question soulevée est **matériellement identique** à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans le cadre de la même affaire nationale. »

(CJUE, 04 Novembre 1997, Christian DIOR, C-337/95).

La **spécificité** du renvoi préjudiciel s'illustre dans l'explicitation par la Cour de justice de l'Union de la **troisième condition** permettant à la Cour suprême nationale de ne pas procéder audit renvoi :

« *Enfin, l'application correcte du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée. Avant de conclure à l'existence d'une telle situation, la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres et à la Cour de justice. Ce n'est que si ces conditions sont remplies que la juridiction nationale pourra s'abstenir de soumettre cette question à la Cour et la résoudre sous sa propre responsabilité.* »

(CJCE, 06 Octobre 1982, SRL CILFIT, n°283/81, point 16; CJUE 15 Septembre 2005, Intermodal Transports BV, C-495/03, points 33 et 39)

Comme on le voit, les règles qui régissent le **renvoi préjudiciel** sont l'illustration moderne de l'**impératif catégorique** qu'Emmanuel KANT exprime selon l'aphorisme célèbre suivant :

« *Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse en même temps toujours valoir comme principe d'une législation universelle.* » (**Critique de la raison pratique**, Ire partie, Analytique, § 7 Loi fondamentale de la raison pure pratique, Gallimard, Coll. La Pléiade, Tome II, 1985, p. 643),

et que les juridictions nationales, spécialement celles dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, doivent appliquer.

Ici, l'**évidence** avec laquelle doit apparaître, aux yeux du juge national, l'application correcte du droit de l'Union, tend à l'**universalisme juridictionnel** dès lors que pour conclure à l'absence de difficulté, à cet égard, et se dispenser du renvoi préjudiciel, la Cour suprême doit se référer à l'**appréciation présumée** de la même question par les **juridictions des autres Etats membres** et par la **Cour de justice** elle-même. La **norme de référence** (**système autoréférentiel** – Niklas LUHMANN, 1927 - 1998) est celle de l'**Union** et non pas celle de chaque Etat membre, le droit national étant, dans le système des traités, **subsumé** sous le droit de l'Union qui bannit tout **nationalisme normatif**.

On sait, dans cet ordre d'idées, que pour LUHMANN, « *couramment considéré comme le sociologue allemand le plus important de la seconde moitié du XX^e siècle* » (**Hugues RABAULT**, « *UN MONDE SANS REALITE ? En compagnie de Niklas Luhmann : épistémologie, politique et droit* », Presses de l'Université Laval, Collection Dikè, Chaire d'études des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique), « *les systèmes sociaux sont des systèmes autoréférentiels ou autopoïétiques : 'ce sont des systèmes qui produisent par eux-mêmes tout ce qu'ils utilisent en tant qu'unité, au moyen de ce qu'ils utilisent en tant qu'unité, leur unité en tant que système consistant précisément en cela'* (Luhmann). *L'autonomie du système c'est sa manière de se reproduire de façon récursive. Par exemple, le système juridique, comme tel, n'est ni la totalité des actes juridiques posés, ni un ensemble de règles, ni une hiérarchie formelle : c'est la manière dont le droit peut se créer uniquement à partir du droit lui-même.*

Cette récursivité de leur autoreproduction transforme les systèmes sociaux en systèmes fermés, mais elle est, en même temps, une 'condition d'ouverture'. Le système peut entrer en relation avec son milieu parce que la forme que peut prendre cette relation a été prédéfinie par le système lui-même. Et l'autoréférentialité du système consiste en cette autoconstitution continue du système au travers de ses propres opérations. Donc, toute opération avec le milieu est une opération dans le système, une opération du système avec lui-même. Un exemple : la juridicité d'un acte ne peut s'établir, dans le système juridique, que sur base d'actes juridiques antérieurs, sur base des éléments préalables du système ; une fois cette juridicité établie, cet acte sera un nouvel élément du système, qui conditionnera la juridicité des actes qui seront soumis par la suite au système.

*Luhmann explique que les systèmes autoréférentiels s'individualisent grâce à la possession d'un **code binaire propre** (**légal / illégal** en droit, **vrai / faux** en sciences, etc.) et, suivant ce schéma binaire propre, ils absorbent les 'irritations' provenant du milieu. Mais le système gère, à travers sa 'programmation', l'assimilation des données prises dans le milieu à l'un ou l'autre des termes de ce schéma : le vrai est le contraire du faux, mais l'assimilation correcte de telle ou telle donnée dépend, à chaque moment, dans le système (ici, le système scientifique, par exemple), de la présence effective d'un état de choses dans ou hors du système.*

(...)

*3. Tout ce qui a été dit des **systèmes autopoïétiques** s'applique au **droit**. La fonction du droit est en relation avec les **expectatives sociales**. Il existerait des **expectatives cognitives**, qui seraient modifiées dans le cas où elles se trouveraient prises en défaut. Ainsi, s'il s'avérait que tous les corps ne tombaient pas avec l'accélération prévisible suivant la loi de la pesanteur, il faudrait substituer à cette loi scientifique une autre, qui tiendrait compte de ces exceptions comme d'occurrences prévisibles et créerait, par conséquent, des expectatives plus adéquates. Cependant, il y a des expectatives qui doivent faire face à une certaine frustration. Ce sont les **expectatives normatives**. Ici, **les systèmes ne s'adaptent pas aux circonstances, mais défendent leurs structures contre celles-ci**. Par exemple, la constatation que certains conducteurs empruntent les autoroutes en sens contraire de la circulation n'entraîne pas la modification de l'obligation et de l'expectative générale, c'est-à-dire la circulation sur des voies à sens unique, mais l'expectative originale est maintenue et on recherchera le renforcement de son effectivité, en luttant contre l'infraction. Si, dans chaque société, il n'existait pas un ample réseau d'expectatives normatives semblables, la possibilité d'orientation intersubjective des conduites disparaîtrait, et les structures sociales se dissoudraient, laissant sans solution le problème de la double contingence. Mais, précisément, la fonction du droit consiste, selon Luhmann, en la **'stabilisation contrefactuelle d'expectatives de comportements'**.*

*En tant que **système autoréférentiel**, le droit produit le droit, les normes juridiques ne se fixent que sur base de normes juridiques et **'la légalité est l'unique légitimité'**. Il n'y a pas de **droit en dehors du droit**. Pour le droit aussi, c'est la présence conjointe du code et des programmes qui permet au système d'être à la fois ouvert et fermé. Il n'y a pas de **normes juridiques hors de lui**, mais son fonctionnement est lié aux événements externes dont l'examen requiert une **activité cognitive**.*

(**Juan Antonio GARCIA AMADO**, Université d'Oviedo, Espagne, in **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit**, deuxième édition corrigée et augmentée, sous la direction de **André-Jean ARNAUD**, LGDJ 1993, v° **AUTOREFERENTIEL (Système -)**, pp. 49-51, trad. **Marie-France RENARD**)

Autrement dit, « *Jus ex facto non oritur* » : « (...) *il est philosophiquement impossible (sinon en niant la philosophie elle-même) de résorber le droit dans le fait ou ce qui doit être dans ce qui est (...)* » (Simone GOYARD – FABRE, « *Les fondements de l'ordre juridique* », PUF, 1^o édition Décembre 1992, p. 372).

*

Ce n'est donc pas à l'aune de **critères nationaux** (**système fermé**), mais de **règles communes** à l'ensemble des juridictions des Etats membres, éclairées par la **jurisprudence de la Cour de justice** (**Société ouverte** – v. **Karl POPPER**, « *La Société ouverte et ses ennemis* » deux tomes, Editions du Seuil), que devra se faire l'appréciation par la juridiction nationale de l'existence d'un **doute raisonnable** quant à l'application du droit de l'Union à l'espèce dont elle est saisie.

*

Ce faisant, la Cour de justice n'a pas ajouté à l'article **267, al. 3** TFUE des **exceptions** au principe de **l'obligation** de renvoi préjudiciel qu'il ne prévoit pas, exceptions que seuls les auteurs du traité pouvaient décider, - ce qu'ils n'ont pas fait, - mais, plus exactement, a **explicité**, suivant un **jugement analytique** destiné à une **meilleure intelligibilité** du texte à l'adresse des juridictions nationales et des justiciables et, partant, à une **application plus efficace** de celui-ci en termes de **sécurité juridique**, **l'invocabilité défendable** de la question de droit de l'Union, exprimée dans la formule « *Lorsqu'une telle question est soulevée* » (article **267, al. 2 et 3** TFUE).

En d'autres termes, la **CJUE**, par **l'interprétation authentique et faisant foi** qu'elle donne de l'article **267** TFUE, délimite, avec plus de netteté, le **champ d'application** de l'obligation au titre du renvoi préjudiciel, faite à la juridiction nationale dont les décisions ne sont pas « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* ».

Le concept de **question soulevée**, au sens de l'article **267** TFUE, ne rend pas compte, ainsi, d'une simple **matérialité brute** (l'initiative d'une partie qui forme la demande de décision préjudicielle devant la juridiction nationale), mais bien d'une **situation juridiquement qualifiée** (un **fait juridique**) répondant à des exigences précises et à laquelle le traité attache des **conséquences juridiques**.

Pour recevoir la qualification juridique de « **question soulevée** » devant la juridiction nationale, la demande de décision préjudicielle ne doit pas seulement être présentée par les parties au litige principal, mais doit, encore, répondre à certaines qualités cumulativement réunies :

1^o) être **pertinente**, c'est dire, entretenir un **rapport de droit** avec l'objet du litige principal ou susceptible d'exercer une **influence** sur la solution que le juge national devra lui apporter ;

2^o) être **inédite**, c'est dire non résolue par un précédent arrêt préjudiciel de la CJUE ;

3^o) être **indispensable** à la solution du litige principal.

.../...

Il tombe sous le sens, à cet égard, que :

si la solution à cette question n'est susceptible d'exercer **aucune influence** sur la solution du litige principal,

ou

si la Cour a déjà apporté à la question posée une solution,

ou

si *l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable* – c'est dire peut être mise en œuvre par la juridiction nationale saisie de la question **comme elle le serait par la CJUE et les juridictions des autres Etats membres (universalisme juridictionnel)**, sans créer de risque de divergence de jurisprudence au sein de l'Union – ou, en d'autres termes, s'impose **erga omnes** et par elle-même sans besoin d'interprétation,

une telle question ne peut apparaître comme **soulevée** (« *is raised* », dans la version anglaise) au sens de l'article **267, al. 2 et 3** TFUE.

*

L'appréciation de la **nécessité** de renvoi préjudiciel à la CJUE prend toute sa signification à plusieurs égards, dans l'articulation des alinéas **2 et 3** de l'article **267** TFUE :

- D'une part, l'alinéa **2** de l'article **267** TFUE confère aux juridictions nationales, spécialement celles dont les décisions sont « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », une **autonomie** dans l'exercice du renvoi préjudiciel.

En effet, cette **prérogative** confiée expressément par le traité aux juridictions nationales ne saurait être paralysée par le jeu des règles procédurales internes :

« (...) »

92 Il ressort de la décision de renvoi que, selon le droit hongrois, un appel distinct peut être formé contre une décision ordonnant un renvoi préjudiciel devant la Cour, l'intégralité de l'affaire au principal restant toutefois pendante devant la juridiction dont émane cette décision, la procédure étant suspendue jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour. La juridiction d'appel ainsi saisie a, selon le droit hongrois, le pouvoir de réformer ladite décision, d'écarter le renvoi préjudiciel et d'enjoindre au premier juge de poursuivre la procédure de droit interne suspendue.

93 Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence rappelée aux points 88 et 89 du présent arrêt, s'agissant d'une juridiction nationale dont les décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne, l'article 234 CE ne s'oppose pas à ce que les décisions de cette juridiction saisissant la Cour à titre préjudiciel restent soumises aux voies de recours normales prévues par le droit national. Toutefois, l'issue d'un tel recours ne saurait restreindre la compétence que confère l'article 234 CE à ladite juridiction de saisir la Cour si elle considère qu'une affaire pendante devant elle soulève des questions relatives à l'interprétation de dispositions de droit communautaire nécessitant une décision de cette dernière.

.../...

94 Par ailleurs, il convient de rappeler que la Cour a déjà jugé que, dans une situation où une affaire se trouve pour la deuxième fois pendante devant une juridiction de premier degré après qu'un jugement rendu par celle-ci a été mis à néant par une juridiction de dernière instance, ladite juridiction de premier degré demeure libre de saisir la Cour en vertu de l'article 234 CE nonobstant l'existence en droit interne d'une règle liant les juridictions à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur (arrêt du 12 février 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, précité).

95 Or, en cas d'application de règles de droit national relatives au droit d'appel contre une décision ordonnant un renvoi préjudiciel, caractérisées par le fait que l'intégralité de l'affaire au principal demeure pendante devant la juridiction de renvoi, seule la décision de renvoi faisant l'objet d'un appel limité, la compétence autonome de saisir la Cour que l'article 234 CE confère au premier juge serait remise en cause, si, en réformant la décision ordonnant le renvoi préjudiciel, en l'écartant et en enjoignant à la juridiction ayant rendu cette décision de poursuivre la procédure suspendue, la juridiction d'appel pouvait empêcher la juridiction de renvoi d'exercer la faculté de saisir la Cour qui lui est conférée par le traité CE.

96 En effet, conformément à l'article 234 CE, l'appréciation de la pertinence et de la nécessité de la question préjudicielle relève, en principe, de la seule responsabilité de la juridiction qui ordonne le renvoi préjudiciel, sous réserve de la vérification limitée opérée par la Cour conformément à la jurisprudence rappelée au point 67 du présent arrêt. Ainsi, il incombe à cette juridiction de tirer les conséquences d'un jugement rendu dans le cadre d'un appel contre la décision ordonnant le renvoi préjudiciel et, en particulier, de conclure qu'il convient soit de maintenir sa demande de décision préjudicielle, soit de la modifier, soit de la retirer.

97 Il en découle que, dans une situation telle que celle au principal, la Cour doit, également dans l'intérêt de la clarté et de la sécurité juridique, s'en tenir à la décision ayant ordonné le renvoi préjudiciel, qui doit produire ses effets tant qu'elle n'a pas été rapportée ou modifiée **par la juridiction qui l'a rendue, seule cette dernière juridiction pouvant décider d'un tel rapport ou d'une telle modification.**

98 Eu égard à ce qui précède, il doit être répondu à la troisième question posée que, en présence de règles de droit national relatives au droit d'appel contre une décision ordonnant un renvoi préjudiciel, caractérisées par la circonstance que l'intégralité de l'affaire au principal demeure pendante devant la juridiction de renvoi, seule la décision de renvoi faisant l'objet d'un appel limité, l'article 234, deuxième alinéa, CE doit être interprété en ce sens que la compétence que cette disposition du traité confère à toute juridiction nationale d'ordonner un renvoi préjudiciel devant la Cour ne saurait être remise en cause par l'application de telles règles qui permettent à la juridiction saisie en appel de réformer la décision ordonnant un renvoi préjudiciel devant la Cour, d'écartier ce renvoi et d'enjoindre à la juridiction ayant rendu ladite décision de reprendre la procédure de droit interne qui avait été suspendue.

(CJUE, Grande Chambre 16 Décembre 2008, CARTESIO, C-210/06, points 92 à 98).

- De deuxième part, la **nécessité** de saisine de la CJUE n'est, en principe, pas contrôlée par celle-ci. En effet :

« Selon une jurisprudence constante, les questions relatives à l'interprétation du droit communautaire posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une **présomption de pertinence**. Le refus de la Cour de statuer sur une **demande de décision préjudicielle** formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir, en ce sens, arrêt du 7 juin 2007, van der Weerd e.a., C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I- 4233, point 22 et jurisprudence citée).

(CJUE, Grande Chambre 16 Décembre 2008, CARTESIO, C-210/06, point 67).

- On se souvient, de troisième part, qu'il ne saurait être fait obstacle au mécanisme du renvoi préjudiciel par l'application de règles nationales instaurant d'autres systèmes de contrôle juridictionnel, telles celles qui, en France, depuis le 1er Mars 2010 (réforme constitutionnelle du 23 Juillet 2008), permettent de demander la saisine du **Conseil constitutionnel** d'une **question prioritaire de constitutionnalité** (QPC).

Le juge de Luxembourg a réaffirmé, à cet égard, que « le **juge national** chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin **inappliquée**, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel (voir, notamment, arrêts Simmenthal, précité, points 21 et 24; du 20 mars 2003, Kutz-Bauer, C-187/00, Rec. p. I-2741, point 73; du 3 mai 2005, Berlusconi e.a., C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, point 72, ainsi que du 19 novembre 2009, Filipiak, C-314/08, non encore publié au Recueil, point 81).

44. En effet, serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écartier les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union (voir arrêts Simmenthal, précité, point 22, ainsi que du 19 juin 1990, Factortame e.a., C-213/89, Rec. p. I-2433, point 20). Tel serait le cas si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit de l'Union et une loi nationale, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit de l'Union, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, même si l'obstacle en résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire (voir, en ce sens, arrêt Simmenthal, précité, point 23). (...)

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

- 1) **L'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les autres juridictions nationales restent libres:**
- **de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,**
 - **d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et**
 - **de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.**

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.

(CJUE, Grande Chambre, 22 Juin 2010, Aziz MELKI, C-188/10; Sélim ABDELI, C-189/10).

La prise de position présentée le 07 Juin 2010 par **Monsieur l'Avocat général J. MAZAK**, dans l'affaire précitée, ne va pas dans un sens différent :

« 76. (...) En conséquence, nous considérons que, en cas de conflit entre une décision de la Cour à la suite d'un renvoi préjudiciel et d'une décision d'une juridiction nationale, y compris d'une cour constitutionnelle, la primauté du droit de l'Union impose au juge national d'appliquer la décision de la Cour et de laisser inappliquée la décision de la juridiction nationale contraire. (Voir, par analogie, arrêt Filipiak, précité.) »

Il est, ainsi, établi qu'une **norme constitutionnelle ou l'interprétation que l'organe juridictionnel compétent lui donne** (en l'espèce, **le Conseil constitutionnel**) ne saurait, pas plus qu'une disposition législative ou réglementaire nationale, contrarier l'application du **principe de primauté** du droit de l'Union européenne.

.../...

*

Il y a lieu, dans cet ordre d'idées, de relever la **formulation générique inclusive** choisie par les auteurs du traité à l'article **267, alinéa 2** TFUE, la « *juridiction d'un des Etats membres* » englobant, en **extension**, aussi bien celle dont les décisions sont « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* » que celle dont les décisions ne sont pas soumises à un tel recours.

Il n'y a, à cet égard, **aucune contradiction**, à envisager l'exercice du **pouvoir juridictionnel** – en l'occurrence, le **renvoi préjudiciel** à la CJUE - tant du point de vue du **droit** que de l'**obligation**, puisque les deux alinéas ne visent pas les mêmes **catégories** de juridiction ni la même **fonctionnalité** : c'est un **droit** pour la juridiction nationale (elle « *peut* » - « *may* », dans la version anglaise - art. **267, al. 2** TFUE), dans sa **globalité (ut universi)**, **quelle qu'elle soit**, de saisir la CJUE d'une **demande de décision préjudicielle**, selon l'appréciation de la **nécessité** qu'elle en fait, parce que c'est une **obligation (ut singuli)** pour la juridiction qui présente, en sus, la particularité de ne pas admettre que ses décisions soient « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », de procéder au renvoi préjudiciel (celle-ci « *est tenue de saisir la Cour* » dit l'article **267, al. 3** TFUE).

Dans l'hypothèse inverse où le texte aurait opposé de façon **exclusive** le régime juridique applicable, d'une part, aux juridictions nationales suprêmes qui auraient supporté l'**obligation** de saisine de la CJUE (**compétence liée**) et, d'autre part, les juridictions du fait, pour lesquelles cette saisine n'aurait été que **facultative (pouvoir discrétionnaire)**, les premières auraient été privées des prérogatives et garanties reconnues aux secondes par la CJUE, notamment quant à l'appréciation de la **nécessité**, pour la solution du litige au principal, d'obtenir une décision préjudicielle.

C'est, en tout cas, l'interprétation que la Cour de justice donne de l'article **267** TFUE, sur ce point :

« (...) *En second lieu, il découle du rapport entre les alinéas 2 et 3 de l'article 177 que les juridictions visées par l'alinéa 3 jouissent du même pouvoir d'appréciation que toutes autres juridictions nationales en ce qui concerne le point de savoir si une décision sur un point de droit communautaire est nécessaire pour leur permettre de rendre leur décision. Ces juridictions ne sont, dès lors, pas tenues de renvoyer une question d'interprétation de droit communautaire soulevée devant elles si la question n'est pas pertinente, c'est-à-dire dans les cas où la réponse à cette question, quelle qu'elle soit, ne pourrait avoir aucune influence sur la solution du litige. (...)* »

(**CJCE, 06 Octobre 1982, SRL CILFIT**, n°283/81, point **10** et, reprenant la même formulation, **CJUE 18 Juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi**, C-136/12, point **26**).

Comme on le voit, l'application du régime juridique propre au renvoi préjudiciel est **distributive** selon la **nature** de la juridiction : **droit discrétionnaire** de saisir la CJUE pour les juridictions dont les décisions sont « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* » ; **obligation de motiver le refus de renvoyer la question préjudicielle** pour celles dont les décisions ne sont pas justiciables d'un tel recours.

.../...

Autrement dit, à la simple **faculté** de saisir ou de ne pas saisir la CJUE d'une **demande de décision préjudicielle**, jugée par la juridiction nationale, quelle que soit sa place dans la hiérarchie de l'ordre juridictionnel, « *nécessaire pour rendre son jugement* » (article **267 al. 2** TFUE) et dont le non-exercice n'est susceptible d'aucune critique ni d'aucun recours juridictionnel, puisqu'il n'a pas à être motivé, s'oppose l'**obligation précise et inconditionnelle** qui pèse spécialement sur la juridiction dont les décisions ne sont pas « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », non pas, dans tous les cas, de déférer à la demande des parties tendant à la saisine de la CJUE, mais, plus exactement, de **motiver le refus de saisir la CJUE** d'une question qui ne pourrait apparaître comme étant « *soulevée* » (article **267 al. 3** TFUE).

C'est, sans doute, dans un souci de **simplifier** et de **rendre plus efficace** le mécanisme du renvoi préjudiciel que l'article **267** TFUE vise indifféremment, en son alinéa **2**, « *une juridiction d'un des Etats membres* », avant de distinguer, à son alinéa **3**, dans cet **ensemble général le sous-ensemble particulier** des juridictions nationales « *dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », qui correspond aux juridictions suprêmes, lesquelles supportent des **obligations spécifiques** pour répondre à l'impératif « *d'assurer l'unité de l'interprétation du droit de l'Union dans les Etats membres* » (CJUE **18 Juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi**, C-136/12, point **28**).

On sait, en effet, classiquement, selon la figure de **logique déontique** dite « *carré d'Aristote* » (**carré des oppositions**) que la **contradiction** ne peut exister qu'entre, d'une part, l'**OBLIGATOIRE** (**LE NECESSAIRE**) (proposition **universelle** relevant du **monde intelligible**) et le **CONTINGENT** ou le **FACULTATIF** (**LA POSSIBILITE DE NE PAS ETRE OU DE NE PAS FAIRE** - proposition **particulière** relevant du **monde sensible**) et, d'autre part, entre l'**INTERDIT** (**L'IMPOSSIBLE**) (**monde intelligible**) et le **PERMIS** (**LA POSSIBILITE D'ETRE OU DE FAIRE**) (**monde sensible**).

Ainsi, de même que l'**OBLIGATOIRE** implique la **PERMISSION DE FAIRE**, de même l'**INTERDIT** implique la **PERMISSION DE NE PAS FAIRE**.

La **liberté** qui « *consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » (art. **4 DDH**) se rencontre en l'**absence simultanée** de l'**OBLIGATOIRE** et de l'**INTERDIT**, ce qu'exprime l'article **5 DDH**, premier texte de **logique déontique à valeur constitutionnelle** :

« *Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.* ».

En d'autres termes, la **possibilité** d'exercer le pouvoir juridictionnel (**renvoi préjudiciel**) connote, **selon les circonstances**, l'**obligation** de l'exercer (**définition par compréhension**), elle la suppose. Ici, **obligation** et **droit** ne s'opposent que par l'**intensité de l'initiative** dans l'exercice du pouvoir juridictionnel qui sera :

- **maximale** si le renvoi préjudiciel coïncide avec la volonté (**l'intention**) de son auteur (droit et obligation se confondent alors – hypothèse du **pouvoir discrétionnaire** - art. **267, al. 2** TFUE),

- **minimale** dans le cas inverse où une **volonté extérieure** ou une **nécessité** s'impose à l'autorité juridictionnelle compétente pour qu'elle procède au renvoi préjudiciel (hypothèse de la **compétence liée** – **art. 267, al. 3 TFUE**).

L'**obligation** (**nécessité de faire** – jugement **apodictique**) apparaît, ainsi, comme l'**expression la plus dense du droit** (**possibilité de faire** – jugement **problématique**), en quelque sorte, son **noyau dur**, son **socle irréductible**. C'est dans la rencontre des **extensions multiples et indéterminées** à l'origine, de l'**obligation**, avec celles de l'**interdiction** que naît la **liberté absolue de faire et/ou de ne pas faire** (**intersection** des deux ensembles **OBLIGATION / INTERDICTION**).

Le **droit** (**art. 267, al. 2 TFUE**) de saisir la CJUE se concentre en une **obligation** – par l'effet de la **motivation nécessaire** du refus de saisine (**art. 267, al. 3 TFUE**), lorsque certaines conditions sont réunies, en l'espèce, si la juridiction qui est saisie de la demande de décision préjudicielle rend des décisions qui ne sont pas « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* ».

Comme il est logique, le **pouvoir** est un **concept à deux faces** : le **droit**, mais aussi l'**obligation de faire**.

*

En définitive, comme susdit, la différence entre les deux catégories de juridictions réside dans la **motivation quant à l'absence de nécessité du renvoi** à laquelle seules, celles dont les décisions ne sont pas « *susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* », sont **obligées**, si elles estiment, compte tenu des circonstances, ne pas être tenues de saisir la CJUE, spécialement lorsqu'une décision préjudicielle avait été demandée par l'une des parties au litige principal, comme en l'espèce.

L'**obligation de motiver le refus de renvoi à la CJUE** est appréciée de la même façon par la **Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)** :

« (...) 94. Dans le cadre spécifique du renvoi préjudiciel prévu par le troisième alinéa de l'article 234 du **Traité CE**, cela signifie que les juridictions nationales dont les **décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne** qui refusent de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union européenne soulevée devant elles **sont tenues de motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice**. Il leur faut donc **indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, que la disposition de droit de l'Union européenne en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour de justice ou que l'application correcte du droit de l'Union européenne s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable** (Ullens de Schooten et Rezabek précité, § 62, décision Ferreira Santos Pardal précitée et Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas (déc.), no 65542/12, § 172 CEDH 2013 (extraits)).

(**CEDH, 26 Novembre 2013, Me Philippe KRIKORIAN c/ France**, décision sur la recevabilité n°6459/07, § 94, pp. 20-21).

.../...

Ce n'est, donc, pas l'**exercice (jugement assertorique)** du renvoi préjudiciel qui oppose les deux types de juridiction (ce qui justifie que l'alinéa **2** de l'article **267 TFUE** édicte un **droit** pour **toutes** les juridictions nationales de saisir la CJUE), mais, à l'inverse, le **non-exercice** de ce renvoi, que seules les juridictions nationales suprêmes **devront justifier**, en tant que leurs « *décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* » (**art. 267, al. 3 TFUE**) en se référant aux **critères non expressément prévus par le texte et limitativement explicités** par la CJUE, comme susmentionné.

Sans nul doute, l'article **267 TFUE** établit une **norme de comportement (norme primaire)** dont les juridictions nationales sont les destinataires, à la fois comme créancier (**al. 2**) et comme débiteur (**al. 3**).

Quant à la **sanction** de cette prescription (**norme secondaire** tendant à la réalisation effective de la norme primaire), si elle n'est pas expressément formulée par l'article **267 TFUE**, elle doit être trouvée dans les **principes généraux du droit de l'Union (ratio juris)** qui président à l'institution du **renvoi préjudiciel**, dans le but d'assurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective** de leurs **droits fondamentaux**.

C'est poser, à ce stade de l'analyse, la question de la **sanction** de cette **obligation de motivation**. C'est, en effet, par l'**obligation de motiver** le refus de saisine de la CJUE qui pèse sur la juridiction nationale suprême, que doit être réalisé l'objectif d'**unifier** l'interprétation et l'application du droit de l'Union européenne (« *d'assurer l'unité de l'interprétation du droit de l'Union dans les Etats membres* » (**CJUE 18 Juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi, C-136/12, point 28**).

La **vigilance** de la Cour de justice est particulièrement requise, à cet égard.

Il doit, dans cet ordre d'idées, être rappelé, comme le fait **Monsieur l'Avocat Général Philippe LEGER**, dans ses **conclusions** présentées le 08 Avril 2003 devant la CJUE (affaire **KÖBLER** du 30 Septembre 2003, C-224/01) que dès **1975**, la **Cour de justice**, dans ses « *suggestions sur l'Union européenne* », avait proposé elle-même que soit instaurée dans le traité une « *garantie appropriée pour la sauvegarde des droits des particuliers* » en cas de violation par la juridiction suprême de l'Etat concerné de son obligation au titre du **renvoi préjudiciel**, aujourd'hui expressément prévue, en **termes précis et inconditionnels**, par l'article **267 § 3 TFUE** :

« (...) »

144. Enfin, selon nous, on ne peut a priori exclure l'engagement de la **responsabilité de l'État** du fait de la **méconnaissance manifeste par une juridiction suprême de l'obligation de renvoi préjudiciel qui pèse sur elle**, par exemple, dans le cas où il n'existe pas de jurisprudence de la Cour sur le point de droit en cause à la date du prononcé de sa décision.

145. À ce jour, la Cour ne s'est jamais précisément prononcée à ce sujet (**126** - En 1975, dans ses **suggestions sur l'Union européenne**, la Cour a estimé qu'il serait opportun de prévoir — dans le traité — une **garantie appropriée** pour la sauvegarde des droits des particuliers en cas de violation de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE). Toutefois, elle a laissé ouverte la question de savoir si cette garantie devrait consister en un **recours devant la Cour par les parties au principal**, en une **procédure obligatoire de manquement** ou en une **action en réparation contre l'État concerné** à la requête de la partie lésée (Bull. CE, suppl. 9/75, p. 18).) (...) »

3. / L'OBLIGATION DE LA COUR DE STATUER AU TITRE DE SA COMPETENCE PREJUDICIELLE, ILLUSTRATION DU PRINCIPE DE NECESSITE

Comme susdit, les questions préjudicielles posées par les juridictions nationales bénéficient d'une **présomption de pertinence** et obligent la Cour, sauf exceptions limitativement déterminées par sa jurisprudence, à y répondre adéquatement :

« (...) 67 Selon une jurisprudence constante, les questions relatives à l'interprétation du droit communautaire posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une **présomption de pertinence**. Le refus de la Cour de statuer sur une demande de décision préjudicielle formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît **de manière manifeste** que l'interprétation sollicitée du droit communautaire **n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal**, lorsque **le problème est de nature hypothétique** ou encore lorsque **la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées** (voir, en ce sens, arrêt du 7 juin 2007, *van der Weerd e.a.*, C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I- 4233, point 22 et jurisprudence citée).

(...)

(CJUE, Grande Chambre, 16 Décembre 2008, *Cartesio Oktato és Szolgaltato bt*, C-210/06)

On déduit de la propre jurisprudence de la Cour que dès lors qu'elle est saisie d'une demande de décision préjudicielle, celle-ci s'oblige à y apporter une solution effective.

Tel est bien le cas, en l'espèce.

En effet, la **nécessité** – caractère de ce qui est **nécessaire** – savoir ce « *Qui ne peut pas ne pas être ou être autrement qu'il est* » (Louis-Marie MORFAUX, Jean LEFRANC, Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines, v° Nécessaire, p. 364),- que le **Stagirite** apprécie sous l'angle de la faculté de **délibération** (« *Or nul ne délibère des choses qui ne peuvent être autrement* » ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, VI – 1139 a 2-14 et « *On délibère sur ce qui dépend de nous* » (ibid., III 1112 a 25-b 5) - prend toute sa signification dans le développement des **douze catégories kantienne de l'entendement ou concepts fondamentaux a priori de la connaissance** (Emmanuel KANT, Critique de la raison pure, Analytique transcendantale, 1, I, ch. I, 3° section, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade 1980, pp. 834-835) :

<u>QUANTITE</u>	<u>QUALITE</u>	<u>RELATION</u>	<u>MODALITE</u>
Unité	Réalité	Substance et accident	Possibilité
Pluralité.....	Négation	Cause et effet	Existence
Totalité	Limitation	Réciprocité	Nécessité

.../...

Comme l'explicite brillamment le Professeur Alexis PHILONENKO, « *la catégorie de la nécessité est la catégorie suprême de la philosophie transcendantale* » (L'oeuvre de Kant, La philosophie critique, tome I, citant H. COHEN, Kants Theorie der Erfahrung, pp. 351 sq. Logik der reinen Erkenntnis (4. e., Berlin, 1922) :

« (...) C'est pourquoi aussi la table des catégories, ordonnée d'après la table des jugements, est à la fois une **logique des sciences** et une **histoire des sciences**. Les trois premières catégories – **l'unité, la pluralité, la totalité** – sont les catégories qui correspondent aux principes de la **phoronomie**, qui est la **science cartésienne**. Ce sont les catégories de la **quantité**. Viennent en second lieu les catégories de la **qualité** – qui sont **la réalité, la négation et la limitation** – et qui correspondent aux principes de la **dynamique**, c'est-à-dire à la **science leibnizienne**. Viennent ensuite les catégories de la **relation** – **la substance, la cause et la communauté d'action réciproque** – qui fondent les principes de la **mécanique**, c'est-à-dire de la **science newtonienne**. Ces catégories, ou formes de la pensée (comme l'espace et le temps sont les formes de l'intuition) constituent un ordre qui les lie en une **totalité close**. En effet, comme l'observe Kant – et c'est une des principales corrections apportées à la **logique générale** qui ne connaît que la **dichotomie**, alors que **le réel** nous enseigne une **triplicité**, par exemple une force = + A que nous nommerons **réalité**, une force = - A que nous nommerons **négation**, et leur **équilibre** que nous nommerons **limitation** – 'la troisième catégorie dans chaque classe résulte toujours de l'union de la deuxième avec la première' (Kritik der reinen Vernunft (B), p. 111 (T.P., p. 97)). C'est ainsi que la **totalité** est la **synthèse de l'unité et de la pluralité**, la **limitation** celle de la **réalité et de la négation**, la **communauté d'action réciproque** celle de la **substance et de la cause**. Mais les classes doivent alors se synthétiser aussi comme les catégories de la relation par exemple, si bien que **la physique newtonienne apparaît comme la synthèse de la phoronomie cartésienne et de la dynamique leibnizienne**.

Or une science est nécessaire pour déterminer la valeur des connaissances qui correspondent à ces catégories et à ces sciences : **c'est la philosophie transcendantale**.

Et cette science doit avoir ses **catégories**; celles-ci concernent non pas donc des jugements, mais des **jugements sur des jugements** et ce sont les catégories de la **possibilité, de l'existence et de la nécessité**, qui sont les catégories définissant la réflexion sur les sciences : la **possibilité** coïncide avec la **phoronomie**; ce que la **mathématique** expose, en effet, c'est **le monde possible** – la **limitation** correspond à la **dynamique**, qui nous fait apercevoir le jeu des forces, c'est le moment de **l'existence** – enfin la **mécanique** qui expose le système physique du monde correspond à la **nécessité**. Enfin tout de même que les catégories se synthétisent à l'intérieur de chaque titre et les classes entre elles (la quantité avec la qualité fonde la relation) les catégories de la réflexion transcendantale qui résument toutes les autres se synthétisent entre elles, **la possibilité s'unissant à l'existence pour fonder la nécessité, de telle sorte que la catégorie de la nécessité est la catégorie suprême de la philosophie transcendantale**. (...) » (ibid., pp. 113-115)

On sait, de même, que « **Le schème de la nécessité est l'existence d'un objet en tout temps**. » (Emmanuel KANT, Critique de la raison pure, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade, p. 889).

A la **nécessité** correspond le **jugement apodictique** (qui est nécessaire en droit).

On en déduit logiquement que la **nécessité** constitue l'une des **sources du Droit, naturelle en tant qu'elle est indépendante de la volonté des hommes et figure de la volonté implicite du Constituant**, en droit interne et des **auteurs des Traités**, en se plaçant à l'échelon de l'Union.

La CJUE juge, en outre, quant à l'existence éventuelle d'un **précédent arrêt préjudiciel**, que « *le renvoi préjudiciel en appréciation de la validité constitue, au même titre que le recours en annulation, une modalité du contrôle de la légalité des actes communautaires. Par ses articles 230 CE et 241 CE, d'une part, et par son article 234 CE, d'autre part, le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, en le confiant au juge communautaire (voir arrêts du 23 avril 1986, Parti écologiste 'Les verts'/Parlement, 294/83, Rec. p. 1339, point 23; Foto-Frost, précité, point 16, et du 25 juillet 2002, Union de Pequenos Agricultores, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, point 40). (...)* »

(CJUE, 06 Décembre 2005, Gaston Schul Douane-expediteur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselwaliteit, aff. C-461/03, point 22)

et dit pour droit, à cette occasion:

« *1) L'article 234, troisième alinéa, CE impose à une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne de saisir la Cour de justice d'une question relative à la validité de dispositions d'un règlement même lorsque la Cour a déjà déclaré invalides des dispositions correspondantes d'un règlement comparable. (...)* ».

En l'espèce, les conditions du **renvoi préjudiciel** sont toutes réunies.

En effet, il échet d'observer que l'**arrêt préjudiciel** rendu le 05 Avril 2011 par la **Grande Chambre de la Cour de justice de l'Union européenne** (CJUE, Grande Chambre, 05 Avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c/ Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, n°C-119/09 – pièce n°2) se borne à dire pour droit :

« *L'article 24, paragraphe 1, de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui interdit totalement aux membres d'une profession réglementée, telle que la profession d'expert-comptable, d'effectuer des actes de démarchage.* »

L'arrêt, qui concerne les **experts-comptables**, laisse **en suspens** les questions de savoir si une réglementation nationale peut, comme prétend le faire le décret attaqué :

1°) interdire totalement aux Avocats de recourir à la **publicité comparative dans les médias** (articles **2, 3** et **5** du **décret n°72-785 du 25 Août 1972** auxquels renvoie l'article **15, alinéa 2** du **décret n°2000-790 du 12 Juillet 2005**, combiné avec l'**alinéa 1er, deuxième phrase du même article**, dans sa rédaction issue de l'article **2, 1°** du **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014**) ;

2°) interdire totalement aux Avocats de recourir à des **sollicitations personnalisées** par **SMS** et limiter ce mode de communication aux seuls **courriers postaux** et **électroniques** (article **15, alinéa 3, première phrase** du **décret n°2000-790 du 12 Juillet 2005**, dans sa rédaction issue de l'article **2, 1°** du **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014**) ;

3°) interdire totalement aux Avocats d'inclure dans leurs **documents publicitaires** ou leurs **sollicitations personnalisées** des **éléments comparatifs** (article **15, alinéa 1er, deuxième phrase** du **décret n°2000-790 du 12 Juillet 2005**, dans sa rédaction issue de l'article **2, 1°** du **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014**).

Contrairement à ce que prétend Madame la Garde des Sceaux, ministre de la justice, il n'est pas possible au **Conseil d'Etat**, en l'absence de tout élément de **droit comparé**, notamment **jurisprudentiel**, de savoir, **au-delà de tout doute raisonnable**, comment la **Cour de justice de l'Union européenne** et les **juridictions suprêmes** des autres Etats membres statueraient sur de telles questions.

Les **questions préjudicielles** sont, en outre, **pertinentes** dès lors, qu'à l'évidence, de la **réponse** qui y sera apportée par la **Cour de justice de l'Union européenne** dépend la **solution** qui doit être donnée au **présent litige**.

Il y aura lieu, dans ces conditions, de faire droit **intégralement** aux **légitimes prétentions** de **Maître Philippe KRIKORIAN**, aussi bien en ce qui concerne la **demande de décision préjudicielle**, que la demande tendant à l'**annulation** du **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014**.

*

.../...

PAR CES MOTIFS

Vu le **principe de prééminence du Droit**,

Vu la **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen** du 26 Août 1789 et notamment ses articles **1er, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 13, 15, 16** et **17**;

Vu le **Préambule de la Constitution** du 27 Octobre 1946, notamment ses **alinéas 1er et 9**,

Vu la **Constitution** du 4 Octobre 1958, notamment ses articles **1er, 34, 55, 61-1** et **62, alinéa 2**, ensemble les articles **23-1** à **23-12** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel,

Vu le **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1er Décembre 2009,

Vu la **directive 77/249/CEE** du Conseil du 22 Mars 1977 tendant à **faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats** (JOUE L 78 du 26 Mars 1977, p. 17) ;

Vu la **directive 98/5/CE** du 16 Février 1998 du **Parlement européen et du Conseil** visant à **faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise** (JOUE L 77 du 14.03.1998, p. 36) ;

Vu la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen et du Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (*pièce n°1*),

Vu les articles **1er, 3, 4, 6, 8, 9, 13, 14**, de la **Convention européenne des droits de l'homme** et **1er** de son **Premier Protocole additionnel**,

Vu les articles **2, 7, 8, 14, 17, 18** et **26** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 19 Décembre 1966,

Vu la **loi** des 16-24 Août 1790, ensemble le **décret** du 16 Fructidor An III,

Vu la **loi** des 16 Août – 2 Septembre 1790 (**liberté de la défense *in propria persona***),

Vu l'article **1351** du Code civil, ensemble l'article **L. 11** du Code de justice administrative (CJA),

Vu la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, telle que modifiée par la **loi** n°2014-344 du 17 Mars 2014 relative à la consommation,

Vu le **décret** n°72-785 du 25 Août 1972 relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques,

Vu le **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif au règles de déontologie de la profession d'Avocat, notamment son article **15**,

.../...

Vu le **décret** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des Avocats (*pièce n°4*),

Vu l'**arrêt préjudiciel** rendu le 05 Avril 2011 par la **Grande Chambre de la Cour de justice de l'Union européenne** (**CJUE, Grande Chambre, 05 Avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c/ Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, n°C-119/09 – pièce n°2**),

Vu l'**arrêt** rendu par le **Conseil d'Etat** le 13 Décembre 2013 (**CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 13 Décembre 2013, Maître Bernard KUCHUKIAN c/ Garde des sceaux, n°361593 – pièce n°3**),

AVANT DIRE DROIT

Vu l'article **267, § 3** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (**TFUE**),

1°) ADRESSER à la **Cour de justice de l'Union européenne** la **demande de décision préjudicielle** suivante :

« 1°) Le droit de l'Union européenne, en particulier les articles 49 à 62 TFUE, 101 à 109 TFUE, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, notamment ses articles 4, 24, tels qu'éclairés par son considérant 100, la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 Mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats et la directive 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 Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation et à une réglementation nationales telles que les articles 3 bis, alinéa 2, 66-4 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, 15 du décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif au règles de déontologie de la profession d'Avocat, les articles 2, 3 et 5 du décret n°72-785 du 25 Août 1972 relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques, en tant que ces dispositions nationales sont susceptibles d'être interprétées comme :

1-a°) interdisant aux Avocats de recourir à toute publicité comparative dans les médias ;

1-b°) leur imposant comme mode de sollicitation personnalisée l'envoi postal ou le courrier électronique, à l'exclusion de tout message textuel envoyé sur un terminal téléphonique mobile ;

1-c°) interdisant aux Avocats toute référence à des éléments comparatifs dans leurs documents publicitaires et sollicitations personnalisées ?

2°) le titre d'Avocat et la profession d'avocat sont-ils, aux fins notamment des directives 77/249/CEE, 98/5/CE et 2006/123/CE des notions autonomes du droit de l'Union européenne ? »

2°) DECLARER contraires au droit de l'Union européenne et laisser inapplicables :

2-a°) à l'article **3 bis, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa rédaction issue de la **loi n°2014-344 du 17 Mars 2014** relative à la consommation (art. **13**), les **mots « Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, »** ;

2-b°) à l'article **66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa rédaction issue de la **loi n°2014-344 du 17 Mars 2014** relative à la consommation (art. **130**), les **mots « qui, en toutes matières, restent soumis aux dispositions de l'article 3 bis. »**

2-c°) l'**article 15, alinéa 2 et alinéa 3, première phrase** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'Avocat, dans sa rédaction issue du **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014** relatif aux modes de communication des Avocats (article **2**) ;

EN CONSEQUENCE,

3°) ANNULER en toutes ses dispositions indivisibles le décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des Avocats (*pièce n°4*),

SUBSIDIAIREMENT,

4°) ANNULER l'article 2 du décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des Avocats (*pièce n°4*),

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

Vu les articles **L. 911-1** et **L. 911-3** CJA,

Vu l'arrêt rendu par le **Conseil d'Etat le 13 Décembre 2013** (**CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 13 Décembre 2013, Maître Bernard KUCHUKIAN c/ Garde des sceaux, n°361593 – pièce n°3**),

5°) ENJOINDRE au Premier ministre, sous astreinte de 1 000,00 € (MILLE EUROS) par jour de retard, **d'abroger, dans un délai d'un mois à compter de l'arrêt à intervenir :**

5-a°) l'**article 15** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'Avocat, dans sa rédaction antérieure au **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014** relatif aux modes de communication des Avocats ;

5-b°) en tant qu'ils sont applicables aux Avocats, les articles 2, 3 et 5 du **décret n°72-785 du 25 Août 1972** relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques ;

.../...

Vu l'article **L. 761-1** du Code de justice administrative,

6°) CONDAMNER l'Etat pris en la personne de **Monsieur le Premier Ministre** à payer à **Maître Philippe KRIKORIAN, requérant**, la somme de **12 000,00 € (DOUZE MILLE EUROS)** avec **intérêts au taux légal** à compter du 28 Octobre 2014, date de l'édition de la décision attaquée, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens;

7°) CONDAMNER l'Etat pris en la personne de **Monsieur le Premier Ministre** aux entiers dépens de l'instance;

SOUS TOUTES RESERVES de tous autres éléments de droit ou de fait à produire ultérieurement par mémoire complémentaire ou de tous autres recours.

Fait à Marseille, le **30 Mars 2015**

Pour le requérant,

Maître Philippe KRIKORIAN
(signature électronique
article 1316-4, alinéa 2 du Code civil)

I-/ PRODUCTIONS

1. **Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur** (JOUE 27 Décembre 2006, L 376)
2. **CJUE, Grande Chambre, 05 Avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c/ Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, C-119/09**
3. **CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 13 Décembre 2013, Maître Bernard KUCHUKIAN c/ Garde des sceaux, ministre de la justice, n°361593**
4. **Décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des Avocats** (JORF 29 Octobre 2014, texte 27 sur 132)

II-/ DOCTRINE

1. **Article de Maître Philippe KRIKORIAN « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* »** publié dans la Gazette du Palais, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007 (mémoire)
2. **Article de Maître Philippe KRIKORIAN « *L'avocat et le juge face au besoin normatif: esquisse d'une théorie générale de l'agir juridictionnel* »**, Gazette du Palais 19-20 Novembre 2008, pp 10-18 (mémoire)

*