

CONSEIL D'ETAT

MEMOIRE PORTANT QUESTION PRIORITAIRE
DE CONSTITUTIONNALITE

A

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

DES ARTICLE 3 BIS, ALINEA 2 ET 66-4, ALINEA 2 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES
(en application des articles **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, **23-1** à **23-12** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel et **R. 771-13** et suivants du Code de justice administrative)

présentée à l'occasion et à l'appui de la **requête** présentée le 08 Décembre 2014 tendant à **l'annulation pour excès de pouvoir** 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*),

et formulée en pages **3/24** et **22-23/24** ci-après;

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,

Requérant

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)

inscrit au RPVA et à Télérecours (kri626B) ;

.../...

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

.../...

Formulation de la **Question prioritaire de constitutionnalité** (ci-après « **QPC** »):

« Les 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 portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et notamment:

- au droit à la liberté en général comme droit naturel de l'homme et au droit à la liberté d'entreprendre consacrés par les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, ci-après « DDH »);

- au droit à la justice et aux droits de la défense garantis par l'article 16 DDH;

- au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 DDH;

- à l'article 8 DDH (principe de légalité des délits et des peines) et à l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 fixant, en partie, le domaine de la loi;

- au principe d'égalité garanti par l'article 6 DDH et l'article 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958,

en ce qu'ils abandonnent au pouvoir réglementaire la tâche que la Constitution réserve au seul législateur :

1°) d'interdire aux Avocats le recours à la publicité dans les médias (« par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées. »);

2°) de limiter les modes de sollicitation personnalisée à l'envoi postal et au courrier électronique, « à l'exclusion de tout message textuel envoyé sur un terminal téléphonique mobile »;

3°) de définir le délit de démarchage et de déterminer les peines d'emprisonnement en cas de violation des règles relatives à la publicité en vue de donner des consultations, de rédiger des actes ou de proposer son assistance en matière juridique? »

*

.../...

I-/ RAPPEL DES FAITS ET DES PROCEDURES ANTERIEURES

Maître Philippe KRIKORIAN, Avocat à la Cour, inscrit au **Barreau de Marseille**, demande au Conseil d'Etat, par **requête** séparée du 08 Décembre 2014, **l'annulation pour excès de pouvoir** du **décret** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des Avocats (*pièce n°4*).

Maître KRIKORIAN entend, ici, par **mémoire distinct et motivé**, présenter la **question prioritaire de constitutionnalité** 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, fondement légal, mais **inconstitutionnel**, du décret attaqué.

II-/ DISCUSSION

Ni le **bien-fondé** (**II-B**) de la présente **question prioritaire de constitutionnalité**, ni sa **recevabilité**, ni même la **compétence** (**II-A**) du **Conseil d'Etat** pour en connaître ne sont sérieusement contestables.

II-A/ LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT POUR STATUER SUR LE RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, DE LA PRESENTE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE PARFAITEMENT RECEVABLE ET QUI A CONSERVE SON ENTIER OBJET

Aux termes de l'article **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 dans sa rédaction issue de la **loi constitutionnelle** n°2008-724 du 23 Juillet 2008:

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

Les conditions de recevabilité de la nouvelle procédure dite « **question prioritaire de constitutionnalité** », - lointaines réminiscences du **droit de remontrance** des Parlements d'Ancien Régime refusant l'enregistrement des édits royaux que le Roi pouvait, cependant, imposer par des **lettres de jussion** ou, de façon plus spectaculaire, par la **tenue d'un lit de justice** (v. Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution, par **Jean-Louis HAROUEL, Jean BARBEY, Eric BOURNAZEL et Jacqueline THIBAUT – PAYEN**, PUF Droit, 11^e édition Octobre 2009, § 322, p. 310) - de même que les juridictions compétentes pour en connaître, sont précisées à l'article **23-5** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel (ci-après « **LOCC** ») dans sa rédaction issue de la **loi organique** n°2009-1523 du 10 Décembre 2009 entrée en vigueur le 1er Mars 2010, qui dispose en son **premier alinéa**:

*« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un **mémoire distinct et motivé**. Il ne peut être relevé d'office (...) »,*

ces conditions étant reprises par l'article **R. 771-13** du Code de justice administrative (CJA).

Etant présentée par **mémoire distinct et motivé**, à l'occasion et à l'appui de la requête d'appel susmentionnée, la question prioritaire de constitutionnalité se trouve **parfaitement recevable**.

A cet égard, le **Conseil Constitutionnel** a eu l'occasion de préciser « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* » (CC, décision n°2010-39 QPC du 6 Octobre 2010, Mmes **Isabelle D. et Isabelle B.**; CC, décision n°2010-52 QPC du 14 Octobre 2010, **Compagnie agricole de la Crau**, consid. 4).

Il appartiendra, dès lors, au **Conseil d'Etat** de **statuer par priorité et sans délai, comme prévu par l'article 23-5, alinéa 2 de la LOCC** sur le renvoi au **Conseil constitutionnel** de la présente **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.

Le **bien-fondé** de la QPC ne fait pas davantage difficulté (§ II-B).

II-B/ LE BIEN-FONDE DU RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE DES ARTICLES 3 BIS ALINEA 2 ET 66-4 ALINEA 2 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES

Quant aux conditions de fond du renvoi, elles sont précisées par l'article **23-5, alinéa 3** LOCC :

*« Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est **nouvelle ou présente un caractère sérieux.** »*

Quant à l'article **23-2, alinéa 1er** LOCC; il dispose :

*« La juridiction statue **sans délai** par une **décision motivée** sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. **Il est procédé à cette transmission** si les conditions suivantes sont remplies :*

*1° La disposition contestée est **applicable au litige ou à la procédure**, ou constitue le **fondement des poursuites**;*

*2° Elle **n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution** dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances;*

*3° La question **n'est pas dépourvue de caractère sérieux.** »*

En l'espèce, les trois conditions légales susmentionnées sont réunies en ce qui concerne les 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, qui disposent respectivement :

Article **3 bis alinéa 2** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971

*« **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.** »*

Article **66-4** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971

« 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.** »*

Ainsi, d'une part, les dispositions contestées sont **applicables au litige et à la procédure (II-B-1)**.

De deuxième part, **elles n'ont pas été précédemment déclarées conformes à la constitution (II-B-2)**.

Enfin, de troisième part, la question de leur constitutionnalité **présente un caractère sérieux (II-B-3)**.

II-B-1/ LES DISPOSITIONS LEGISLATIVES CONTESTEES SONT APPLICABLES AU LITIGE ET A LA PROCEDURE

Il ne fait pas de doute, à cet égard, que les articles **3 bis, alinéa 2 et 66-4, alinéa 2** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 sont bien **applicables au litige et à la procédure** dès lors que :

1°) c'est en application de l'article **13** de la loi n°2014-344 du 17 Mars 2014, dont est issu l'article **3 bis alinéa 2** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971, qu'a été édicté le **décret** attaqué n°2014-1251 du 28 Octobre 2014;

2°) l'article **66-4, alinéa 2** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 renvoie à l'article **3 bis** de ladite loi.

II-B-2/ LES ARTICLES 3 BIS, ALINEA 2 ET 66-4, ALINEA 2 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES N'ONT FAIT L'OBJET D'AUCUNE DECLARATION DE CONFORMITE A LA CONSTITUTION PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Comme le révèle le tableau publié sur le **site officiel** du Conseil Constitutionnel (www.conseil-constitutionnel.fr), les dispositions législatives litigieuses n'ont fait l'objet, à ce jour, d'**aucune déclaration de constitutionnalité** par le Conseil Constitutionnel.

II-B-3/ LA QUESTION DE LA CONSTITUTIONNALITE DES ARTICLES 3 BIS ALINEA 2 ET 66-4, ALINEA 2 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES PRESENTE UN CARACTERE SERIEUX

L'analyse de l'atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit réalisée par les articles **3 bis, alinéa 2** et **66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 (II-B-3-b)** nécessite que soient exposées les normes de référence constitutionnelles présentement invoquées (**II-B-3-a**).

II-B-3-a/ LES NORMES DE REFERENCE CONSTITUTIONNELLES INVOQUEES

Il s'agit:

- de la **liberté en général comme droit naturel de l'homme** et plus particulièrement de la **liberté d'entreprendre** (articles **4** et **5** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789**, ci-après « **DDH** ») dont procède la **liberté d'exercer la profession d'Avocat**;

- du **droit à la justice** et des **droits de la défense** (article **16 DDH**);

- de la **liberté d'expression** (article **11 DDH**);

- de l'article **8 DDH** (**principe de légalité des délits et des peines**) et de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 fixant, en partie, le domaine de la loi;

- du **principe d'égalité** (article **6 DDH** et article **1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958; cf, spécialement pour la **partie civile CC, décision n°2010-15/23 QPC du 23 Juillet 2010, Région Languedoc-Roussillon et autres**).

II-B-3-a-i/ LA LIBERTE, DROIT NATUREL DE L'HOMME

Article 4 DDH:

« *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

Article 5 DDH:

« *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. 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.* »

De ces deux textes qui fondent **la liberté comme principe**, on tire que le législateur ne doit pas, dans l'exercice de sa compétence, apporter à la liberté ou aux libertés des atteintes injustifiées (CC, 16 Juillet 1971, déc. n°71-44 DC, Liberté d'association; CC, 12 Janvier 1977, déc. n°76-75 DC, Fouilles des véhicules; CC, 13 Août 1993, déc. n°93-325 DC, Maîtrise de l'immigration).

C'est dire que la réglementation d'une liberté par le législateur « *ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à garantir son exercice* » (CC, 27 Juillet 1982, déc. n°82-141 DC: Rev. Cons. const. p. 48).

La **liberté d'entreprendre** dont procède la **liberté d'exercer la profession d'Avocat** a trouvé sa consécration dans l'article 4 DDH :

- « (...) *la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ;* » (CC, n°81-132 DC, 16 Janvier 1982, Loi de nationalisation, § 16);

- « (...) *Considérant, d'autre part, que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (...)* » (CC, décision n°2010-45 QPC du 06 Octobre 2010, M. Mathieu P., consid. 5).

Le **décret d'Allarde** (loi des 2-17 Mars 1791) et la **Loi Le Chapelier** du 14 Juin 1791 appliqueront le principe de **1789** en **supprimant les corporations et les jurandes**.

Ainsi que le précise fort opportunément la **doctrine**, « *Ces textes sont toujours en vigueur, la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats ayant abrogé la loi Le Chapelier uniquement en ce qu'elle interdisait les groupements professionnels.* » (**Michel LASCOMBE**, Professeur à l'IEP de Lille, Université Lille Nord de France, Centre de recherches Droits et Perspectives du Droit – EA 4487 (ERDP), Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Dalloz 2004, p. 53).

Cette liberté s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi. Par suite, le législateur ne peut pas, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, déléguer les pouvoirs destinés à encadrer l'exercice de la liberté d'entreprendre (*ibid*, consid. 6).

De même, le **Conseil constitutionnel** exerce un **contrôle de proportionnalité** de l'atteinte législative à la liberté d'entreprendre :

« (...) 18. *Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi;*

(**CC, décision n°2001-451 DC du 27 Novembre 2001**, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, consid. 18).

Le juge constitutionnel a eu l'occasion de préciser récemment que « *la liberté d'entreprendre comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité;* (...) » (**CC, décision n°2012-285 QPC du 30 Novembre 2012, M. Christian S.**).

La jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne** (**CJUE**) éclaire le **contrôle de proportionnalité** :

« **63. - Jurisprudence communautaire** - Pour le juge communautaire, "des restrictions peuvent être apportées au droit d'exercer librement une activité professionnelle, [...] à condition que ces restrictions répondent effectivement à des **objectifs d'intérêt général** poursuivis par la Communauté européenne et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une **intervention démesurée et intolérable** qui porterait atteinte à la **substance même des droits ainsi garantis**" (CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, Nold : Rec. CJCE 1974, p. 491. - CJCE, 11 juill. 1989, aff. 265/87, Schröder : Rec. CJCE 1989, p. 2237, pt 15. - CJCE, 13 juill. 1989, aff. 5/88, Wachauf : Rec. CJCE 1989, p. 2609, pt 18. - CJCE, 10 janv. 1992, aff. C-177/90, Kühn : Rec. CJCE 1992, I, p. 35, pt 16. - CJCE, 5 oct. 1994, aff. C-280/93, Allemagne c/ Cons. UE : Rec. CJCE 1994, I, p. 4973, pt 78. - CJCE, 13 déc. 1994, aff. C-306/93, SMW Winzersekt, préc. supra n° 43. - CJCE, 17 oct. 1995, aff. C-44/94, Fishermen's Organisations e.a. : Rec. CJCE 1995, I, p. 3115, pt 55. - CJCE, 28 avr. 1998, aff. C-200/96, Metronome Musik : Rec. CJCE 1998, I, p. 1953, pt 21). Une fois l'ingérence constatée, le juge a pu se borner à exercer un contrôle restreint, c'est-à-dire vérifier qu'une intervention ne présente pas un "caractère manifestement inapproprié" (CJCE, 13 déc. 1994, aff. C-306/93, SMW Winzersekt, pt. 27, préc. supra n° 43), mais s'oriente de plus en plus vers un **plein contrôle de proportionnalité**.

64. - À ce titre, les atteintes dont font l'objet des intérêts juridiques protégés ne sont justifiées que lorsqu'elles sont **proportionnées**, c'est-à-dire si, premièrement, elles poursuivent un **objectif d'intérêt général**, deuxièmement, elles sont **appropriées à la réalisation de cet objectif**, troisièmement, elles sont **nécessaires à cette fin** et, quatrièmement, elles sont **adéquates**. Ainsi que l'indique la Cour de justice, "s'agissant du **principe de proportionnalité**, il convient de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, ce principe, qui fait partie des **principes généraux du droit communautaire**, exige

*que les mesures concernées ne dépassent pas les limites de ce qui est **approprié et nécessaire** pour **réaliser les objectifs poursuivis par la réglementation en cause**, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de **recourir à la moins contraignante**" (CJCE, 9 sept. 2004, aff. C-184/02 et aff. C-223/02, Royaume Espagne et Rép. Finlande c/ PE et Cons. UE, pt. 57, préc. supra n° 38. - CJCE, 16 déc. 1999, aff. C-101/98, UDL : Rec. CJCE 1999, I, p. 8841, pt 30. - CJCE, 12 mars 2002, aff. C-27/00 et aff. C-122/00, Omega Air e.a. : Rec. CJCE 2002, I, p. 2569, pt 62). Relayant cette jurisprudence, l'article 52 de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** énonce que "toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du **principe de proportionnalité**, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont **nécessaires** et répondent **effectivement** à des **objectifs d'intérêt général** reconnus par l'Union ou au **besoin de protection des droits et libertés d'autrui**".*

(Guylain CLAMOUR, Professeur à l'Université de droit de Grenoble, JurisClasseur, fasc. 1340 : **LIBERTÉS PROFESSIONNELLES ET LIBERTÉ D'ENTREPRISE**)

**II-B-3-a-ii/ LE DROIT A LA JUSTICE, LES DROITS DE LA DEFENSE
ET LE DROIT A UN RECOURS JURIDICTIONNEL EFFECTIF**

Aux termes de l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789** (ci-après « DDH »):

*« Toute société dans laquelle la **garantie des droits** n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »*

C'est de ce texte à **valeur constitutionnelle** que procèdent le **droit à la justice** et les **droits de la défense** dont le **Conseil Constitutionnel** a précisé qu'ils concernaient tant **la personne du justiciable** qui en est titulaire que **celle de son Avocat** qui les met en oeuvre à titre professionnel:

*« (...) Considérant que, même si la mesure que le président, aux termes de l'article 25-1 précité, pourrait prendre à l'égard d'un avocat dont l'attitude compromettrait la sérénité des débats, avait le caractère d'une **simple mesure de police de l'audience** et ne revêtait pas celui d'une **sanction disciplinaire**, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir alors que l'avocat **n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment** et alors qu'il a donc rempli son rôle de défenseur, serait contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République; que, dès lors, le paragraphe II de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution ;(...) » (CC, 19-20 Janvier 1981, décision n°80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, consid. 52; **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; CC, déc. n°2010-14/22 QPC du 30 Juillet 2010, M. Daniel W. et autres, consid. 24).*

C'est bien dire que **droits de la défense** et **prérogatives de défense de l'Avocat** sont **consubstantiels** et ont tous deux **valeur constitutionnelle**, ce que reconnaît le **sixième amendement** à la **Constitution des Etats-Unis** depuis 1791:

*« Dans toutes les poursuites criminelles (criminal prosecutions), l'accusé aura droit à un jugement rapide et public par un jury impartial de l'Etat et du district où le crime aura été commis, lequel district ayant auparavant été déterminé par la loi, et il aura le droit d'être informé de la nature et du motif de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à charge, de bénéficier d'une procédure obligatoire de citation de témoins à décharge, et **d'être assisté d'un conseil pour sa défense.** »*

L'étroitesse des rapports entre l'Avocat et son client, sous l'angle des **droits de la défense**, est encore rappelée par la **Cour de justice de l'Union européenne**:

« (...) 32 *L'avocat ne serait pas en mesure d'assurer sa mission de conseil, de défense et de représentation de son client de manière adéquate, et celui-ci serait par conséquent privé des droits qui lui sont conférés par l'article 6 de la CEDH, si l'avocat, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure.*(...) » (19).CJCE, 26 Juin 2007, **Ordre des barreaux francophones et germanophone et a. c/ Conseil des ministres**, n° C-305/05).

Il y a lieu d'ajouter, en outre, que les **droits de la défense** sont ouverts non seulement à la **personne accusée**, mais également à la personne lésée par une infraction pénale et donc à la **partie civile**.

Ainsi, l'article 575 du Code de procédure pénale est **déclaré contraire à la Constitution** par le Conseil constitutionnel et, en conséquence, **abrogé** depuis le 23 Juillet 2010, aux motifs que cette disposition « *a pour effet, en l'absence de pourvoi du ministère public, de priver la partie civile de la possibilité de faire censurer, par la Cour de cassation, la violation de la loi par les arrêts de la chambre de l'instruction statuant sur la constitution d'une infraction, la qualification des faits poursuivis et la régularité de la procédure; qu'en privant ainsi une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le code de procédure pénale devant la juridiction d'instruction, cette disposition apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense; que par suite, l'article 575 de ce code doit être déclaré contraire à la Constitution;* (...) » (CC, **décision n°2010-15/23 QPC du 23 Juillet 2010 – Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres**).

Il convient d'indiquer, à ce propos, que **la prééminence du principe du contradictoire** a été consacrée aussi bien par le **Conseil d'Etat** que le **Conseil Constitutionnel** qui voient dans le **caractère contradictoire** de la procédure un **principe général du droit** (**CE 11 Octobre 1979** : D. 1979, p. 606, note Bénabent; JCP G 1980, II, 19288, note Boré; Gaz. Pal. 1980, 1, p. 6, note Julien; **C. Const. 13 Novembre 1985** : Rec. Cons. Const. p. 116) auquel seule la loi – et non le pouvoir réglementaire – peut, le cas échéant, apporter certains aménagements, le **Conseil Constitutionnel** considérant même, plus récemment, que **les droits de la défense** – étant précisé, comme le fait justement remarquer le **Professeur Gérard COUCHEZ** in Juris-Classeur procédure civile, fasc. 114, § 4, p. 3, qu'il s'agit de la **défense de chacune des parties** – sont « **un droit fondamental à caractère constitutionnel** » (**C. Const. 13 Août 1993** : Justices janv. 1995, p. 201, obs. Molfessis).

Le **droit à un recours juridictionnel effectif** est pareillement garanti par l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), à pleine valeur constitutionnelle.

On sait, dans cet ordre d'idées, qu' « *il ressort de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ; » (CC, **Décision n° 2013-350 QPC du 25 octobre 2013 - Commune du Pré-Saint-Gervais**, consid. 4: diffamation des collectivités territoriales ; CC, **décision n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 -M. Jacques J.**, - consid. 3 : visites domiciliaires ; CC, **décision n°2014-403 QPC du 13 Juin 2014, M. Laurent L.**, consid. 3 : inconstitutionnalité de l'article **380-11, alinéa 5** du Code de procédure pénale prescrivant, devant la cour d'assises d'appel, la caducité de l'appel de l'accusé en fuite).

II-B-3-a-iii/ LE DROIT A LA LIBERTE D'EXPRESSION (art. 11 de la DDH)

Art. 11 DDH:

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

II-B-3-a-iv/ L'ARTICLE 8 DDH ET L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUTION DU 04 OCTOBRE 1958

Aux termes de l'article 8 DDH :

« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

Quant à l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958, il dispose :

« La loi fixe les règles concernant:

(...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques;

(...)

- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats;

(...) »

Doit être évoqué notamment le **droit à un recours juridictionnel effectif** (art. 16 DDH).

En effet, la règle dégagée par le **Conseil constitutionnel** selon laquelle le législateur doit exercer pleinement ses compétences constitutionnelles (**prohibition de l'incompétence négative**) est appliquée aussi bien dans le cadre du **contrôle préventif de constitutionnalité**:

« (...) 9. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi; (...) » (CC, décision n°2005-512 DC du 21 Avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école),

que dans celui de la **question prioritaire de constitutionnalité** lorsque, comme en l'espèce, « *est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » :

« (...) que la **méconnaissance par le législateur de sa propre compétence** ne peut être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où **est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit**; » (...) » (CC, **Décision n°2010-33 QPC du 22 Septembre 2010, Société Esso SAF**, consid. 2).

II-B-3-a-v/ LE PRINCIPE D'EGALITE

Aux termes de l'article 6 DDH, la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité; et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »

Quant à l'article 1er de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, il n'est pas moins clair quant au principe consacré en disposant que la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion.* »

Le **Conseil constitutionnel** juge, à cet égard :

« (...) 10. *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; (CC, **décision n°2014-698 DC du 06 Août 2014**, Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014).*

Il est, à observer, toujours sous l'angle du **principe constitutionnel d'égalité** – qui est aussi un **principe général du droit de l'Union** -, que par **arrêt du 10 Septembre 2014** (n°381108), le **Conseil d'Etat**, après transmission par le **Tribunal administratif de Paris** (**ordonnance n°1315399/6-1 du 05 Juin 2014**, - **Affaire THIOLLET**) a renvoyé au **Conseil constitutionnel** la **question prioritaire de constitutionnalité** des dispositions de l'article 91 de la **loi de finances** du 28 Avril 1816 (Bull. des lois, 7° S., B. 81, n°623), « *en tant qu'elles sont applicables aux notaires* », aux motifs que « *le moyen tiré de ce que ces dispositions, en ce qu'elles prévoient que les notaires disposent d'un 'droit de présentation' de leurs successeurs, méconnaissent le principe d'égal accès aux places, dignités et emplois publics protégé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, soulève une question qui présente un caractère sérieux; (...)* ».

Il n'y a, dès lors, aucune raison pour que la **question prioritaire de constitutionnalité** de cette disposition législative ne soit pas transmise au **Conseil d'Etat** aux fins de renvoi ultérieur au **Conseil constitutionnel**, en tant qu'elles sont **applicables**, cette fois-ci, aux **avocats au Conseil d'Etat** et à la **Cour de cassation**, figurant en tête de liste du texte attaqué.

II-B-3-b/ L'ATTEINTE PAR LES ARTICLES 3 BIS, ALINEA 2 ET 66-4, ALINEA 2 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES AUX DROITS ET LIBERTES QUE LA CONSTITUTION GARANTIT

Elle se révèle sous l'angle de l'**incompétence négative** dont sont entachés les articles **3 bis, alinéa 2 et 66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** en tant que le **législateur** a abandonné au **pouvoir réglementaire** la tâche de réglementer une matière que la **Constitution** a placée dans le domaine de la loi, savoir :

1°) la **liberté d'exercer la profession d'Avocat - liberté d'entreprendre** – art. **4 et 5 DDH**;

2°) l'**incrimination et la répression des délits réservés au seul législateur**.

- D'une part, seul le **législateur** a reçu mission du **Constituant** de fixer les règles concernant « **les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques** » (art. **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) au rang desquels figure la **liberté d'exercer la profession d'Avocat**.

Le **droit de promouvoir les services et/ou l'image d'un Cabinet d'Avocat**, par le recours à la **publicité dans les médias** et à la **sollicitation personnalisée**, est, compte tenu de la concurrence croissante entre les entreprises, un facteur prépondérant du développement de l'activité libérale de l'Avocat.

Ce **droit à la publicité et à la sollicitation personnalisée** participe directement du **droit à exercer la profession d'Avocat** dont il appartenait au seul législateur de définir les modalités, sans reporter cette tâche sur le pouvoir réglementaire.

Dans cet ordre d'idées, le recours à la publicité dans l'intérêt de l'**exercice harmonieux et compétitif** de la profession d'Avocat ne pouvait pas se faire au détriment des Avocats.

Ainsi, rien, au regard du **principe constitutionnel d'égalité**, ne justifie que les Avocats soient empêchés de recourir à la **publicité** « *par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées* » (article **2** du **décret n°72-785** du 25 Août 1972 auquel renvoient les articles **3 bis, alinéa 2** et **66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971), alors que ces modes de publicité sont autorisés « *aux administrations et services publics, aux associations, syndicats professionnels et autres organismes à but non lucratif.* », ainsi qu' « *aux entreprises qui fournissent des renseignements, informations ou prestations de service comportant à titre accessoire ou incident des renseignements d'ordre juridique.* » (article **3** dudit décret).

- D'autre part, le **pouvoir réglementaire** (articles **1er** et **5** du **décret n°72-785** du 25 Août 1972 auxquels renvoient les articles **3 bis, alinéa 2** et **66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971) est **manifestement incompetent** pour définir le **délit de démarchage** (article **1er**) et prévoir une **peine d'emprisonnement** en cas de violation des règles relatives à la **publicité** (article **5**).

Seul le législateur – s'il l'estimait insuffisamment précis dans la définition qu'en donne l'article **66-4, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** - était compétent pour incriminer le **délit de démarchage** et pour, le cas, échéant, prévoir une **peine d'emprisonnement** en cas de méconnaissance des dispositions régissant la **publicité**.

Il est jugé, à cet égard, par le **Conseil constitutionnel** que « (...) *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions; (...) (CC, décision n°2010-604 DC du 25 Février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, consid. 8)*.

Il y a lieu, encore, de rappeler, ici, que c'est en raison de son **imprécision** dans la formulation du délit de **harcèlement sexuel**, en tant qu'il permettait que ce délit « *soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis* », en méconnaissance du **principe de légalité des délits et des peines**, que l'article **222-33** du Code pénal a été déclaré contraire à la Constitution et abrogé par la décision du **Conseil constitutionnel n°2012-240 QPC du 04 Mai 2012, M. Gérard D.**

Le texte abrogé se contentait, en effet, de prévoir :

« *Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.* »

Le **législateur** – et **non pas le pouvoir réglementaire** - a, dès lors, été contraint de donner une **définition plus précise** de ce délit dans la **loi n°2012-954 du 06 Août 2012** relative au harcèlement sexuel rétablissant l'article **222-33** du Code pénal, dans une nouvelle rédaction :

« *Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.* »,

auquel est assimilé « *le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.* »

*

En renvoyant au **pouvoir réglementaire** le soin de définir tant l'incrimination du **délit de démarchage**, que la sanction de la violation des règles de **publicité**, le législateur a entaché les articles **3 bis alinéa 2** et **66-4, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** d'**incompétence négative**.

*

.../...

Il est pertinent d'invoquer, ici, la formule de **John RAWLS**: « *La justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejetée ou révisée si elle n'est pas vraie; de même, si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes.* » (*Théorie de la Justice*, Editions du Seuil, Février 1987, p. 29)

Dans ces conditions, il est établi, qu'en légiférant comme il l'a fait aux 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, le législateur a méconnu les **droits et libertés que la Constitution garantit**, comme ci-dessus explicité, dans le chef, en particulier, de **Maître Philippe KRIKORIAN**.

Comme le dit l'adage « *Donner et retenir ne vaut* » (*Loysel*, 659), il ne servirait de rien, dans une **Société démocratique**, comme l'est et doit le demeurer **la France**, de reconnaître solennellement aux citoyens des « *droits naturels, inaliénables et sacrés* », ainsi que le fait le préambule de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789, si ceux-ci, au motif qu'ils exercent une **profession dite réglementée (entendue comme étant celle dont l'accès est soumis à qualification professionnelle)**, comme la profession d'Avocat, ne pouvaient utilement s'en prévaloir devant les tribunaux.

Les **dispositions législatives** présentement contestées de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** devront, en conséquence, être **déclarées inconstitutionnelles** par le **Conseil constitutionnel et abrogées** à compter de la publication de sa décision, **Haut Conseil** auquel il convient que le **Conseil d'Etat** renvoie la présente **question prioritaire de constitutionnalité**.

*

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**, notamment ses articles **4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 16** et **17**,

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** portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel,

Vu le dossier de la procédure et les pièces produites inventoriées sous bordereau,

Vu la **requête** dirigée contre le **décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014** et présentée le **08 Décembre 2014** au **Conseil d'Etat**, **requête** à l'appui de laquelle la **question prioritaire de constitutionnalité** est, ici, présentée par **mémoire distinct et motivé**,

1°) RENVOYER au Conseil constitutionnel, dans les délais et conditions requis, la question prioritaire de constitutionnalité 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, présentée dans un mémoire distinct et motivé, aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité et abrogation par cette Haute juridiction du texte attaqué, ladite question pouvant être formulée de la façon suivante:

« Les 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 portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et notamment:

- au droit à la liberté en général comme droit naturel de l'homme et au droit à la liberté d'entreprendre consacrés par les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789, ci-après « DDH » »);

- au droit à la justice et aux droits de la défense garantis par l'article 16 DDH;

- au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 11 DDH;

- à l'article 8 DDH (principe de légalité des délits et des peines) et à l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958 fixant, en partie, le domaine de la loi;

- au principe d'égalité garanti par l'article 6 DDH et l'article 1er de la Constitution du 04 Octobre 1958,

en ce qu'ils abandonnent au pouvoir réglementaire la tâche que la Constitution réserve au seul législateur :

1°) d'interdire aux Avocats le recours à la publicité dans les médias (« par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées. »);

.../...

2°) de limiter les modes de sollicitation personnalisée à l'envoi postal et au courrier électronique, « à l'exclusion de tout message textuel envoyé sur un terminal téléphonique mobile »;

3°) de définir le délit de démarchage et de déterminer les peines d'emprisonnement en cas de violation des règles relatives à la publicité en vue de donner des consultations, de rédiger des actes ou de proposer son assistance en matière juridique? »

*

2°) SURSEOIR A STATUER sur les prétentions de la **requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret n°2014-1251 du 28 Octobre 2014**, dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel relative à la **question prioritaire de constitutionnalité**;

3°) RESERVER les dépens;

SOUS TOUTES RESERVES

Fait à Marseille, le **08 Décembre 2014**

Pour le requérant,

Maître Philippe KRIKORIAN
(Signature électronique
Article 1316-4 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)

*