Philippe KRIKORIAN
Avocat à la Cour
(Barreau de Marseille)
14, Rue Breteuil
13001 MARSEILLE
Tél. 04 91 55 67 77

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR
REQUETE INTRODUCTIVE D'INSTANCE
A
MESDAMES ET MESSIEURS LES PRESIDENT ET MEMBRES DU CONSEIL D'ETAT STATUANT AU CONTENTIEUX

POUR:

Maître Philippe KRIKORIAN, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille), Président-Fondateur en exercice du **GRAND BARREAU DE FRANCE- GBF -**, dont le Cabinet est sis à MARSEILLE 13001 – **adresse postale BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20**,
Tél. 04 91 55 67 77 – courriel philippekrikorian@wanadoo.fr, site internet www.philippekrikorian-avocat.fr,

Représenté devant le **Conseil d'Etat** 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 - Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr – Site internet www.philippekrikorian-avocat.fr,

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

ce, **conformément à 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) consacrant la **règle opposable à l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe**, **dont la France**, selon laquelle **un Avocat peut se représenter lui-même devant une juridiction**, appliquée notamment par le **Conseil constitutionnel** lors de son **audience publique** du 02 Mai 2017, ouverte à 08h30 devant lequel **Maître KRIKORIAN** a plaidé **en robe** pour ses propres intérêts – **affaire 2017-630 QPC** (**délibéré** le 19 Mai 2017 à 10h00),

CONTRE :

L'**ETAT**, pris en la personne de :

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

A raison de la **décision de rejet** de la **demande d'abrogation expresse** :

1°) des articles **1er** ; **16, alinéa 3** ; **154** ; **104** et **105**, **171** à **173** ; **183** et **184** ; **185** et **186** ; **197, alinéa 4** et **199** ; **232, alinéa 1er** ; **235, alinéa 1er** ; **241** et **241-1** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat ;

2°) de l'article **1014** du Code de procédure civile (CPC) ;

3°) des articles **6, alinéa 2** ; **10, alinéa 5** ; **19** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat,

refus dont il est présentement demandé l'**annulation pour excès de pouvoir**, en application de l'article **L. 243-2, alinéa 1er** du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) précité, aux termes duquel :

« *L'administration est **tenue** d'**abroger expressément** un **acte réglementaire illégal** ou **dépourvu d'objet**, que cette situation existe **depuis son édiction** ou qu'elle résulte de **circonstances de droit** ou **de fait postérieures**, sauf à ce que l'illégalité ait cessé.*
(…) »

*

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

Selon **lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 164 388 4069 9** expédiée le 07 Juin 2021 et reçue le 09 Juin 2021 (*pièce n°14*), **Maître Philippe KRIKORIAN** a, dans la **défense** de **ses propres intérêts**, demandé à **Monsieur le Premier ministre** l'**abrogation expresse** :

1°) des articles **1er** ; **16, alinéa 3** ; **154** ; **104** et **105**, **171** à **173** ; **183** et **184** ; **185** et **186** ; **197, alinéa 4** et **199** ; **232, alinéa 1er** ; **235, alinéa 1er** ; **241** et **241-1** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat,

dont, concernant notamment les articles **183** et **184**, l'**illégalité** a été révélée par l'application judiciaire, qui a conduit à injustement porter atteinte à sa **réputation professionnelle** en lui imputant, à tort, un **manquement déontologique qu'il n'a pas commis** (tels que ces textes ont été appliqués à son encontre notamment par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** dans son **arrêt** du 29 Septembre 2016 – *pièce n°3*) ;

2°) de l'article **1014** du Code de procédure civile (CPC - ancien article **L. 131-6** du Code d'organisation judiciaire – COJ) qui autorise la **Cour de cassation** réunie en la « ***formation restreinte*** *de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée* » (article **1013** CPC) ou en « ***Toute formation*** » (article **1014, alinéa 2**) à **ne pas motiver** le **rejet du pourvoi** par une **formule stéréotypée** selon laquelle le **pourvoi** lui-même ou les **moyens** présentés à son appui ne sont « ***manifestement pas de nature à entraîner la cassation*** *;* » :

« *Après le dépôt des mémoires, cette formation décide qu'**il n'y a pas lieu de statuer** par une **décision spécialement motivée** lorsque le **pourvoi** est irrecevable ou lorsqu'il **n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation***.

Toute formation *peut aussi décider de ne pas répondre de façon **spécialement motivée** à un ou plusieurs **moyens** irrecevables ou qui ne sont **manifestement pas de nature à entraîner la cassation***. » ;

3°) des articles **6, alinéa 2** ; **10, alinéa 5** ; **19** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

*

En effet, l'article **L. 243-2, alinéa 1er** CRPA précité dispose :

« *L'administration est **tenue** d'**abroger expressément** un **acte réglementaire illégal** ou **dépourvu d'objet**, que cette situation existe **depuis son édiction** ou qu'elle résulte de **circonstances de droit** ou **de fait postérieures**, sauf à ce que l'illégalité ait cessé.*
(…) »

*

Maître KRIKORIAN demande présentement au **Conseil d'Etat**, principalement :

1°) d'**annuler** pour **excès de pouvoir** le **refus d'abroger expressément** les **dispositions réglementaires** précitées, refus que lui a opposé implicitement le **Premier ministre**, destinataire de la **demande** à cette fin expédiée le 07 Juin 2021 et reçue le 09 Juin 2021 (*pièce n°14*) ;

2°) d'**enjoindre** au **Premier ministre** de procéder à l'**abrogation expresse** desdites dispositions, dans le délai d'**un mois** à compter de la notification de l'arrêt à intervenir, ce, sous astreinte de **1000,00 €** (**MILLE EUROS**) par jour de retard.

Les **raisons** de la présente **demande** sont exposées ci-après.

*

I.-/ RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE – EXPOSE DE LA DEMANDE D'ABROGATION EXPRESSE DES DISPOSITIONS REGLEMENTAIRES ATTAQUEES

L'**ordonnance n°2016/255** rendue le 28 Juin 2016 par le **Premier président** de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence – RG N°15/13811** a fixé « *à la somme de **142 760,93 € TTC** le montant des **honoraires** dus par les **époux Gérard et Monique VALENCHON** à **Maître Philippe KRIKORIAN** ;* » (*pièce n°1*), ses **anciens clients** qui l'avaient mandaté, dans le cadre d'un **litige** les opposant à leurs **voisins**, selon **convention d'honoraires** signée en date du 15 Septembre 2006, suivie de **quinze mandats aux fins d'extension de mission et de poursuite de la procédure**, ayant reçu exécution au cours de **huit années de procédures**, totalisant **820,13 heures de travail**.

Cette décision est devenue **irrévocable** deux mois après sa notification, faute d'avoir été frappée d'un pourvoi en cassation (v. **certificat de non-pourvoi** délivré par la **Cour de cassation** le 28 Octobre 2016 (*pièce n°1 bis*).

Auparavant, la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** avait eu l'occasion de juger, dans le cadre du contentieux objet de la **convention d'honoraires** susvisée, que « (…) *s'agissant des dommages-intérêts, le choix de M(.) Valenchon d'accepter, lorsqu'il était comparant à titre personnel, le principe d'une expertise pour ensuite entamer la série de procédures infructueuses ci-dessus énumérées relève de **l'exercice de ses droits** et **ne caractérise pas de sa part une mauvaise foi, une malice ou une erreur équipollente au dol**, toute autre analyse avalisant en réalité l'adage perseverare diabolicum est, auquel la cour ne saurait donner aucune consistance juridique, en l'état des sources actuelles du droit ; que **l'ordonnance sera réformée sur l'attribution de dommages-intérêts à Mme Morlet, qui sera déboutée de sa demande de préjudice moral** ;*
(…) »
(**arrêt n°2014/1** rendue le 09 Janvier 2014 par la **Quatrième Chambre A** de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, RG n°11/04351, page **7/8** – *pièce n°2*).

Aux termes de l'**arrêt n°2016/ 13D** rendu le 29 Septembre 2016, la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence - Première Chambre A – RG 15/15836** – a, sur saisine du bâtonnier du barreau de Marseille :

« (…)
*Dit que Maître Krikorian a **failli** à ses **obligations déontologiques** à l'égard des époux Valenchon,*

En conséquence,

Vu l'article 184 du décret du 27 novembre 1994,

Prononce à son encontre un blâme à titre de sanction disciplinaire,

Ordonne la publicité du dispositif de la présente décision dans le quotidien La Provence, aux frais de Maître Krikorian, sans que le coût total de cette publication puisse dépasser la somme de 3()000 euros HT, à la diligence du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille.

Rejette la demande reconventionnelle de Maître Krikorian,

Dit la procédure sans dépens.
(…) »
(*pièce n°3* – page **16/16**).

Le **pourvoi n°D 16-26.080** formé par **Maître KRIKORIAN** le 18 Novembre 2016 a été rejeté selon **arrêt n°1268 F-D** rendu le 06 Décembre 2017 par la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation** (*pièce n°4*), sans que **sept** (premier, deuxième, troisième, quatrième, cinquième, huitième et neuvième moyens) des **neuf moyens** présentés par le **requérant** aient été examinés au fond, la **Haute juridiction** ayant estimé, en application de l'article **1014, alinéa 2** du Code de procédure civile (CPC), sans motiver sa décision sur ce point, que « ***ces moyens ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation*** *;* (…) » (**arrêt**, page **5/6** – *pièce n°4*).

La **requête n°26860/18** introduite par **Maître KRIKORIAN**, le 04 Juin 2018, devant la **Cour européenne des droits de l'homme** (*pièce n°5*), a été déclarée **irrecevable** par **décision** du 04 Octobre 2018, notifiée le 16 Octobre 2018 (*pièce n°6*), **sans motivation particulière**.

*

Il est constant, ainsi qu'exposé devant le **Tribunal administratif de Marseille** (*pièce n°12*), que les **décisions défavorables au requérant**, rendues par les **juridictions françaises**, sont le fruit d'une **carence** de nature à engager la **responsabilité pour faute** de l'**Etat** du fait de son **activité normative** (la confection des **lois** et **règlements**), plus précisément, en raison de l'édiction des **textes réglementaires** suivants :

1°) articles **183** et **184** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat,

dont l'**illégalité** a été révélée par l'**application judiciaire**, qui a conduit à injustement porter atteinte à sa **réputation professionnelle** en lui imputant, **à tort**, un **manquement déontologique qu'il n'a pas commis** (tels que ces textes ont été appliqués à son encontre notamment par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** dans son **arrêt** du 29 Septembre 2016 – *pièce n°3*) ;

2°) de l'article **1014** du Code de procédure civile (CPC - ancien article **L. 131-6** du Code d'organisation judiciaire – COJ) qui autorise la **Cour de cassation** réunie en la « ***formation restreinte*** *de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée* » (article **1013** CPC) ou en « ***Toute formation*** » (article **1014, alinéa 2**) à **ne pas motiver** le **rejet du pourvoi** par une **formule stéréotypée** selon laquelle le **pourvoi** lui-même ou les **moyens** présentés à son appui ne sont « ***manifestement pas de nature à entraîner la cassation*** *;* » :

« *Après le dépôt des mémoires, cette formation décide qu'**il n'y a pas lieu de statuer** par une **décision spécialement motivée** lorsque le **pourvoi** est irrecevable ou lorsqu'il **n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation***.

Toute formation *peut aussi décider de ne pas répondre de façon **spécialement motivée** à un ou plusieurs **moyens** irrecevables ou qui ne sont **manifestement pas de nature à entraîner la cassation***. » ;

*

Les circonstances ci-avant rappelées ont justifié que par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 164 388 4080 4** expédiée le 30 Décembre 2020 et reçue le 04 Janvier 2021, **Maître Philippe KRIKORIAN** demande à **Monsieur le Premier ministre** le paiement de la somme de **1 000 000,00 €** (**UN MILLION D'EUROS**) au titre de l'indemnisation du **préjudice de réputation** causé au **requérant** du fait de l'**activité normative de l'Etat** (*pièce n°10*).

Le **Tribunal administratif de Marseille** a été saisi le 23 Avril 2021 selon **requête** de **Maître Philippe KRIKORIAN** enregistrée sous le **n°2103594** (*pièce n°12*) et communiquée le 05 Mai 2021 au **Premier ministre**, ainsi qu'au **ministre de la justice, garde des sceaux**, chacune de ces autorités ayant été invitée à y répondre dans le délai de **deux mois** (*pièce n°13*).

*

I-B/ LA PROBLEMATIQUE EN CAUSE

La présente affaire place au centre des débats la question des **limites** qu'une **Société démocratique** du **XXIe siècle**, comme l'est et doit le demeurer la **France**, doit assigner au **pouvoir normatif** chargé de fixer les **règles statutaires** et les **normes déontologiques** des **Avocats**, dans le respect de leur **statut constitutionnel** (**CC, décision n°80-127** des **19-20 Janvier 1981**, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, **§§ 48** à **53**) ce, spécialement en considération de la récente jurisprudence du **Conseil d'Etat** relative aux actes de **droit souple** des **autorités de régulation** (**CE, Ass. 21 Mars 2016, Société Fairvesta International GmbH et autres**, Rec. 77 ; **Société NC Numericable**, Rec. 89).

D'un **système normatif cohérent** le justiciable est légitimement en droit d'attendre qu'il mette à l'abri de toute **critique institutionnelle** un **comportement qui n'est pas fautif**, comme celui adopté, **à l'accoutumée**, par le **requérant**, dans le traitement des affaires que lui confient ses **clients**.

*

II.-/ DISCUSSION

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

*

II-A/ LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT POUR STATUER SUR LA PRESENTE REQUETE

Elle découle de l'article **R. 311-1, 1°** du Code de justice administrative (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** ;*
(…) ».

Du constat de la **carence** de l'**Etat** dans l'édiction de **textes réglementaires** respectueux du **statut constitutionnel de l'avocat défenseur** et du principe d'**indépendance absolue** qui le caractérise, il se déduit que le présent litige est de la **compétence** du **Conseil d'Etat** – notamment par la voie du **recours pour excès de pouvoir** - et, en application, des articles **R. 341-1** et **R. 341-2** CJA, pour ce qui concerne les **conclusions indemnitaires connexes** dont **Maître KRIKORIAN** a saisi le **Tribunal administratif de Marseille** l e 23 Avril 2021 selon **requête introductive d'instance** enregistrée sous le **n°2103594** (*pièce n°12*).

On rappelle, ici, la **règle prétorienne** selon laquelle le **recours pour excès de pouvoir** – **garantie fondamentale** du **principe de légalité** - « ***est ouvert même sans texte contre tout acte administratif*** **» (CE, Ass. 17 Février 1950, Ministre de l'Agriculture c. Dame LAMOTTE**, Rec. 110) pour lequel l'**intérêt à agir** est apprécié avec un libéralisme certain.

Son application n'est, cependant, pas limitée à la matière administrative, mais s'étend à toutes les situations mettant en cause des **droits fondamentaux**, sous l'égide du **principe de constitutionnalité.**

Le **refus** de prendre un **décret en Conseil d'Etat** (d'**abrogation expresse**) est assimilé à un **acte réglementaire positif** justiciable d'un **recours pour excès de pouvoir**.

*

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

L a **capacité** de **Maître Philippe 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/ MONSIEUR PHILIPPE KRIKORIAN A FAIT LE CHOIX DE COMPARAITRE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT PAR MINISTERE D'AVOCAT A LA COUR

Les dispositions de l'article **R. 432-1** CJA (« *La requête et les mémoires des parties doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés par un **avocat au Conseil d'Etat**.*
(…) »)
ne sont pas, ici, applicables.

La **présente requête** est, en effet, signée par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille) **dûment habilité à cet effet** (**CEDH 11 Février 2014, Masirevic c. Serbie**, n°3067/08 **irrévocable** le 11 Mai 2014), conformément à l'article **R. 432-2, alinéa 2** CJA, ci-après reproduit :

Article **R. 432-2** CJA :

« *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 mise en œuvre des techniques de renseignement et des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat relevant du chapitre III bis du titre VII du livre VII.

5° Aux demandes d'exécution présentées en application du livre IX.

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

Les dispositions de l'article R. 432-1 ne sont pas non plus applicables aux mémoires des parties sur les saisines de l'autorité judiciaire en application de l'article 49 du code de procédure civile et portant sur une appréciation de légalité. »

*

L e **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 **acte réglementaire** du **Premier ministre** (**refus** de prendre un **décret en Conseil d'Etat** d'**abrogation** de dispositions réglementaires), la requête présentée et signée par **Maître Philippe KRIKORIAN, Avocat à la Cour**, est **dispensée du ministère d'Avocat au Conseil d'Etat**.

Il est, de plus, rappelé que **la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 11 Février 2014, Masirevic c. Serbie**, n°3067/08 **irrévocable** le 11 Mai 2014) consacre la **règle opposable à l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe**, **dont la France**, selon laquelle **un Avocat peut se représenter lui-même devant une juridiction**, appliquée notamment par le **Conseil constitutionnel** lors de son **audience publique** du 02 Mai 2017, ouverte à 08h30 devant lequel **Maître Philippe KRIKORIAN** a plaidé **en robe** pour ses **propres intérêts – affaire 2017-630 QPC** (**délibéré** le 19 Mai 2017 à 10h00).

*

En outre, la transmission de la présente requête via **TELERECOURS** est conforme à l'article **R. 414-1** CJA précité, aux termes duquel :

*« Lorsqu'elle est **présentée par un avocat,** un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, une personne morale de droit public autre qu'une commune de moins de 3 500 habitants ou un organisme de droit privé chargé de la gestion permanente d'un service public, **la requête doit, à peine d'irrecevabilité, être adressée à la juridiction par voie électronique** au moyen d'une application informatique dédiée accessible par le réseau internet. La même obligation est applicable aux autres mémoires du requérant.*

Lorsqu'elle est présentée par une commune de moins de 3 500 habitants, la requête peut être adressée au moyen de cette application.

Les personnes morales chargées, sur le fondement de l'article R. 744-20 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, d'informer les étrangers placés en centre de rétention administrative et de les aider à exercer leurs droits peuvent adresser à la juridiction par voie électronique au moyen de cette application les requêtes présentées par ces étrangers. »

*

II-B-1-b/ MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN JUSTIFIE D'UN INTERET A AGIR EN SA QUALITE D'AVOCAT

L'**intérêt** de **Maître Philippe KRIKORIAN** à agir contre le **refus** à lui implicitement opposé par le **Premier ministre d'abroger** les **dispositions réglementaires attaquées** et contre **lesdites dispositions** n'est pas sérieusement contestable.

En effet, les textes critiqués ont été, pour certains d'entre eux (articles **183** et **184** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat ; article **1014** du Code de procédure civile - CPC), le **fondement juridique** des **décisions judiciaires** (*pièces n°3* et *4*) à l'origine du **préjudice de réputation** subi par le **requérant**, du fait de l'**activité normative de l'Etat**.

En outre, la **situation personnelle** de **Maître KRIKORIAN** se trouverait **considérablement améliorée** si, dans leur ensemble, les **règlements** présentement attaqués étaient, comme il le demande **légitimement**, en raison de leur **illégalité**, **exclus de l'ordonnancement juridique français**.

*

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

Les **règles de forme** ont été intégralement respectées en l'occurrence, de même que celles relatives à la **décision préalable** (**II-B-2-a**), d'une part et au **délai** de recours contentieux (**II-B-2-b**), d'autre part.

II-B-2-a/ L'EXIGENCE TENANT A LA DECISION PREALABLE EST PLEINEMENT SATISFAITE EN L'ESPECE

La règle de la **décision préalable** est actuellement consacrée par l'article **R. 421-1** du Code de justice administrative (CJA), ci-après reproduit :

« *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.*

Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle.

Le délai prévu au premier alinéa n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat. »

*

La **règle** précitée a été strictement respectée dès lors que le **Conseil d'Etat** se trouve saisi de la **décision implicite** de **refus** d'**abrogation expresse** des **dispositions réglementaires** attaquées, née après réception, le 09 Juin 2021, de la **demande** de **Maître KRIKORIAN** expédiée le 07 Juin 2021 (*pièce n°14*).

De plus, comme cela est classique, « *il n'est pas nécessaire d'attendre l'intervention de cette décision pour saisir la juridiction. Son intervention en cours d'instance régularisera le recours* » (**Professeur René CHAPUS** in Droit du contentieux administratif, Domat droit public, Montchrestien, 11° édition 2004, n°661-3, p. 550).

C'est, en effet, ce que juge de façon constante le **Conseil d'Etat** (**CE 22 Juilllet 1938, Lambert**, p. 718, **20 Novembre 1964, Angelini**, p. 570; **8 Juillet 1970, Andry,** p. 470; **7 Octobre 1977, Chaler et Racanier,** DA 1977, n°397; **25 Avril 2003, SA Clinique Les Châtaigniers**, Procédures 2003, n°244, note S. Deygas).

En tout état de cause, du **silence** gardé pendant plus de **deux mois**, par le **Premier ministre** naîtra, au plus tard le 10 Août 2021 à 00h00, en vertu de l'article **L. 231-4, 1°** du Code des relations entre le public et l'administration, une **décision implicite de rejet** de la **demande** du **requérant**.

La liaison du contentieux est, ainsi, parfaitement assurée en l'occurrence.

II-B-2-b/ LA PRESENTE REQUETE EST PRESENTEE DANS LE DELAI DU RECOURS CONTENTIEUX

Aux termes de l'article **R. 421-1, alinéa 1er** CJA :

« *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.* »

Il résulte de ce qui précède que le présent **recours** transmis et enregistré **via TELERECOURS** le 17 Juin 2021, soit, **antérieurement** a u 10 Octobre 2021, **dernier jour** du **délai** de **recours juridictionnel**, a été introduit devant le **Conseil d'Etat** dans le **délai réglementaire requis,** conformément à l'article **R. 421-1, alinéa 1er** CJA susvisé.

*

La **demande** du r**equérant** est, partant, **entièrement recevable**.

Elle n'en est pas moins **totalement fondée**.

*

II-C/ LE BIEN-FONDE DE LA PRESENTE REQUETE

L a **carence** de l'**Etat**, qui se révèle à l'examen des **dispositions réglementaires** attaquées, justifie que celles-ci soient **exclues** de l'**ordonnancement juridique national**.

Comme on le sait, **toute illégalité est fautive** (**CE, Section, 26 Janvier 1973, Draincourt**, Rec. p. 77 ; **CE, 6ème et 1ère chambres réunies, 21 Juin 2017**, n°395668, **§ 4**) et toute **faute** donne droit à **réparation** si, comme en l'espèce, elle est à l'origine du **préjudice** :

« (…)
*Considérant que **toute illégalité fautive** est, comme telle, et **quelle qu'en soit la nature**, susceptible d'engager la **responsabilité de l'Etat** dès lors qu'elle est à l'origine des **préjudices subis***;
(…) »
(**CE, 1ère sous-section jugeant seule, 25 Juillet 2008**, n°260428).

La **responsabilité pour faute** de l'**Etat** est engagée du fait de son **activité normative**, y compris lorsque l'**illégalité** commise par le **pouvoir réglementaire** consiste à avoir adopté une mesure que l e **législateur** était seul **compétent** pour édicter, quelle que soit la **probabilité** qu'il adopte lui-même cette mesure :

« (…) »
*L'**illégalité** commise par le **pouvoir réglementaire** à avoir **adopté** une **mesure** que le **législateur était seul compétent pour édicter** est **de nature à engager la responsabilité de l'Etat**, quelle que soit la **probabilité** que le **législateur** aurait lui-même adopté cette mesure si elle lui avait été soumise ; toutefois, il appartient à la victime d'établir la **réalité de son préjudice** et le **lien direct de causalité** qui le relie à l'**illégalité** commise.*
(…) »
(**CE, Avis contentieux, 06 Avril 2007**, n°299825).

« (…)
***Considérant** que l'article **L. 1611-1** du code général des collectivités territoriales dispose que : « Aucune dépense à la charge de l'**Etat** ou d'un établissement public à caractère national ne peut être imposée directement ou indirectement aux **collectivités territoriales** ou à leurs groupements qu'en vertu de la **loi** » ;*

***Considérant** que les dispositions de l'article **4** du **décret** n°99-973 du 25 novembre 1999 et de l'article 7 du **décret** n°2001-185 du 26 février 2001 ont eu pour effet d'imposer indirectement aux **communes** des dépenses, antérieurement à la charge de l'**Etat** ; qu'ainsi que l'a jugé, s'agissant de l'article 7 du **décret** du 26 février 2001, le **Conseil d'Etat** statuant au contentieux par une décision n°232888 du 5 janvier 2005, le **pouvoir réglementaire** n'était pas, eu égard aux termes de l'article **L. 1611-1** du code général des collectivités territoriales, **compétent** pour **édicter** ces dispositions ; que, par suite, **l'Etat a commis des illégalités** de nature à engager sa **responsabilité**, quelle que soit par ailleurs la **probabilité** que le **législateur** aurait lui-même adopté cette mesure si elle lui avait été soumise ;*
(…) »
(**CE, 14 Septembre 2007**, **Ministre de l'intérieur c/ Commune de Villeurbanne**, n°299720).

« (…)
2. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour connaître de toutes les contestations concernant l'assiette et le recouvrement des droits de douane et des droits assimilés ; que le même juge fiscal est également compétent pour connaître des actions par lesquelles le redevable sollicite la réparation du préjudice imputable aux actes accomplis par les agents de l'administration des douanes et des droits indirects à l'occasion de la détermination de l'assiette de ces droits, y compris lorsque la responsabilité de l'administration est recherchée du fait de l'application d'un texte incompatible avec le droit de l'Union européenne ou une convention internationale ;

3. Considérant, en revanche, que lorsque le redevable de droits de douane ou de droits assimilés entend rechercher la ***responsabilité pour faute de l'État*** *ou de toute autre personne publique* ***du fait de son activité normative****, qu'elle soit* ***législative*** *ou* ***réglementaire****, cette* ***responsabilité*** *ne peut être recherchée que devant la* ***juridiction administrative*** *;*
(…) »
(**CE, 9e et 10e sous-sections réunies, 15 Février 2016**, n°378625).

*

Comme susdit, les **règles** susvisées ont justifié que **Maître KRIKORIAN** demande à **Monsieur le Premier ministre**, par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 164 388 4080 4** expédiée le 30 Décembre 2020, reçue le 04 Janvier 2021, le paiement de la somme de **1000000,00 €** (**UN MILLION D'EUROS**) au titre de l'indemnisation du **préjudice de réputation** à lui causé du fait de l'**activité normative de l'Etat** (*pièces n°10* et *10 bis*).

Le **requérant** sera, dans cet ordre d'idées, conduit prochainement, en application des articles **R. 341-1** et **R. 341-2** CJA, en raison de la **connexité**, à demander au **Président** d u **Tribunal administratif de Marseille** le **renvoi au Conseil d'Etat** des **conclusions indemnitaires** dont il a, par **requête de plein contentieux n°2103594** déposée le 23 Avril 2021, saisi ledit **tribunal** (*pièce n°12*).

*

Seront, tour à tour, envisagés :

1°) Les quatre états de la loi et ses rapports avec le règlement (**II-C-A'**).

2°) Les occurrences fautives du **règlement dérivé** et du **règlement autonome** (**II-C-A**).

3°) Les **règles** d'**organisation** et de **fonctionnement** des **barreaux français** les rendant justiciables de l'article **11** de la **convention européenne des droits de l'homme** garantissant la **liberté d'association** (**II-C-B**).

4°) L'illégalité de l'article **1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-C**).

5°) L'illégalité de l'article **16, alinéa 3** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-D**).

6°) L'illégalité de l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-E**).

7°) L'illégalité des articles **104** et **105**, **171** à **173** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-F**).

8°) L'illégalité de l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-G**).

9°) L'illégalité de l'article **184** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-H**).

10°) L'illégalité des articles **185** et **186** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-I**).

11°) L'illégalité des articles **197, alinéa 4** et **199** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-J**).

12°) L'illégalité de l'article **1014** du Code de procédure civile (**II-C-K**).

13°) L'**illégalité** de l'article **6, alinéa 2** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (**II-C-L**).

14°) L'illégalité de l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (**II-C-M**).

15°) L'illégalité de l'article **19** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (**II-C-N**).

16°) L'illégalité de l'article **232, alinéa 1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-O**).

17°) L'illégalité de l'article **235, alinéa 1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-P**).

18°) L'illégalité des articles **241** et **241-1** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (**II-C-Q**).

19°) Les **conséquences** de l'**annulation** devant être prononcée par le **Conseil d'Etat**, en termes d'**injonction** adressée au **Gouvernement**, développements qui termineront la **discussion juridique** (**II-C-R**).

*

II-C-A'/ LES QUATRE ETATS DE LA LOI ET SES RAPPORTS AVEC LE REGLEMENT

La **loi** se donne à l'**analyse juridique** sous **quatre formes différentes** :

1°) La **loi-règle** ;

2°) La **loi-principe fondamental** ;

3°) La **loi méta-norme** ou **loi programmatique** ;

4°) Le **neutron normatif**.

Peut, au vu des développements qui précèdent, être dressé le tableau suivant présentant les différents **états** de la **loi** :

		AUTO-EXECUTOIRE	DEFINITION DE L'OBLIGATION / INCOMBANCE	ECRAN	REGLEMENT DERIVE	REGLEMENT AUTONOME
1	LOI-REGLE	OUI	OUI – OBLIGATION	TOTAL	NON	OUI
2	LOI-PRINCIPE FONDAMENTAL	NON	OUI – OBLIGATION	TRANSPARENT OU TRANSLUCIDE	OUI	OUI
3	LOI-META-NORME ou LOI PROGRAMMATIQUE	OUI	OUI - INCOMBANCE	TRANSPARENT OU TRANSLUCIDE	OUI	OUI
4	NEUTRON NORMATIF	NON	NON	TRANSPARENT	NON	OUI
	TOTAL					

1°) La première catégorie de la **LOI-REGLE** est celle où la **loi** entre suffisamment en **profondeur** dans la **matière** qu'elle traite, entièrement de sa **compétence**, pour se suffire à elle-même. Elle est **auto-exécutoire** en tant qu'elle **règle** en **détail** l'intégralité du **domaine** qu'elle s'est assigné et ne nécessite, donc, pas, de **mesures d'application**. Elle fixe, le cas échéant, les **obligations** mises à la charge de ses **destinataires**. Elle peut, toutefois, selon l'appréciation **responsable** du **pouvoir exécutif**, être complétée par un **règlement autonome** (où le **lien de connexité** entre le **concept** et le **prédicat** est pensé **sans identité**, mais par **proximité**).

Exemples :

1-a°) L'article **9** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques faisant **obligation** à l'avocat de déférer à la **commission d'office** du président de la cours d'assises, sauf à faire approuver ses motifs d'empêchement ou d'excuse :

« *L'avocat **régulièrement commis d'office** par le bâtonnier ou par le président de la cour d'assises **ne peut refuser** son ministère sans faire **approuver** ses **motifs d'excuse** ou d'**empêchement** par le bâtonnier ou par le président.* »

1-b°) L'article **3** de la **loi** n°90-1259 du 31 Décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques qui a inséré, après l'article **3** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 susvisée, un article **3 bis** ainsi rédigé :

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

est, en vertu de l'article **67** de la **loi** n°90-1259 du 31 Décembre 1990 qui le porte, entré en vigueur « *le 1er janvier 1992* », sans que son **exécution** dépende d'un **règlement d'application**.

A première vue, ce texte ne fait que confirmer la **liberté constitutionnelle d'aller et venir** (article **4 DDH**), qu'il applique aux **déplacements professionnels** des **avocats**.

Les **travaux préparatoires** de la **loi** enseignent que cet ajout a été voulu par les **parlementaires** pour « (…) ***supprimer une entrave**, qui existe encore dans les **règlements intérieurs** de certains barreaux, au développement des **relations** de l'**avocat** avec sa **clientèle*** (...) (et) *pour favoriser l'**activité de conseil** de l'avocat notamment auprès des **entreprises**.* (…) »

(**Rapport n°64** de **Monsieur Luc DEJOIE**, Sénateur, au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, REJETE PAR L'ASSEMBLEE NATIONALE, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques - Annexe au procès-verbal de la séance du 31 Octobre 1990, page **86/270**).

Dans cette logique où, nonobstant la qualification de « ***profession libérale et indépendante*** » (article **1er, I** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), prédomine la **sujétion** du professionnel à une **déontologie** définie par le **règlement**, la **loi** a eu pour objet de **faire obstacle** à d'éventuelles **poursuites disciplinaires** contre un **avocat** au motif que celui-ci se serait rendu en visite chez l'un de ses clients. L'**énoncé législatif,** qui est une déclinaison du **principe d'indépendance de l'avocat**, signifie que ne constitue ni **faute** ni **infraction** aux **règles professionnelles** le fait, pour un avocat, de **se déplacer** pour **plaider** une affaire ou se rendre en **consultation** chez un client. Ce faisant, le **législateur neutralise** en les rendant **illégales** toutes les **dispositions contraires** des **règlements intérieurs** des **barreaux**. La présence de la **loi** rétrécit le **champ d'application** du **règlement** chargé de déterminer les **règles d'exercice professionnel**.

La **doctrine** confirme la **parfaite normativité** d'une disposition **prohibant** la **restriction** à une **liberté constitutionnelle** :

« (…)
*Troisièmement, lorsqu'une disposition est **apparemment privée de sanction**, cela ne signifie pas que la disposition législative ne soit pas **juridique**. Par exemple, une **faculté** rendue possible par la **loi** a pour conséquence juridique **l'interdiction** d'**entraver cette liberté**. De même, il est toujours loisible au juge, s'il l'estime opportun, d'appliquer une disposition dénuée de sanction à des circonstances ou à des cas auxquels le législateur n'avait pas pensé entraînant des conséquences juridiques.*
(…) » (**Valérie LASSERRE**, Professeur à l'Université du Maine, Répertoire de droit civil, v°Loi et règlement, **§ 38**).

Devrait, dans cet ordre d'idées, être **annulé** ou **réformé** l'**arrêté** par lequel un **conseil régional de discipline** sanctionnerait un **avocat** au motif que celui-ci se serait **déplacé** chez un client en **consultation**, prétendument en **infraction** au **règlement intérieur** du barreau dont il est membre. L'article **16 DDH** consacrant la **garantie des droits**, dont on tire la faculté de soulever l'**exception d'illégalité** du **règlement** conduirait, en effet, dans ce cas de figure, le **juge disciplinaire** à tenir **inappliquée** la **règle déontologique** contraire à la **loi**, avant même qu'elle soit, le cas échéant, **annulée** par la **cour d'appel compétente** en application de l'article **19** de la **loi** précitée.

Cependant, la portée de la **loi** n'est pas limitée aux **poursuites disciplinaires**. L'article **3 bis** de la **loi** n°90-1259 du 31 Décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dessine, en creux, une **obligation** : celle qui est mise à la charge des **autorités de police** de **s'abstenir** d'entraver indûment les déplacements professionnels de l'avocat. Elle pourrait s'exprimer de la manière suivante : « *Il est **interdit** à quiconque d'**entraver indûment** le **déplacement professionnel** d'un avocat.* ». Seules des dispositions **législatives spéciales** pourront justifier, le cas échéant, des contrôles de **police administrative**.

Le comportement du conducteur d'un véhicule face à un **contrôle routier** est, à cet égard, fixé par le **législateur** à l'article **L. 233-1** du Code de la route dont le **I** incrimine et réprime le **délit** de **refus d'obtempérer** :

« *I.-Le* ***fait*** *pour tout* ***conducteur*** *d'****omettre d'obtempérer*** *à une* ***sommation de s'arrêter*** *émanant d'un fonctionnaire ou agent chargé de* ***constater les infractions*** *et muni des* ***insignes extérieurs et apparents*** *de sa qualité est puni d'****un an d'emprisonnement*** *et de* ***7 500 euros*** *d'amende.* (…) ».

L'**avocat-conducteur** est, donc, soumis, comme les autres automobilistes, à **l'obligation** d'**immobiliser** son véhicule sur ordre d'un agent de la force publique. Celui-ci, en retour, est invité à ne pas prolonger, **sans raison**, le contrôle routier sur justification de la qualité d'**avocat** de l'intéressé.

L'article **3 bis, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 est, sous le bénéfice des développements qui précèdent, très clairement **normatif** en tant qu'il fait **interdiction** à des **normes infra-législatives**, tels les actes du **pouvoir exécutif**, le **Règlement Intérieur** de la profession d'avocat (**R.I.N.**) et les **règlements intérieurs** des cent soixante-cinq barreaux français, de faire obstacle à l'exercice par l'avocat de sa **liberté constitutionnelle d'aller et de venir**.

Sans l'intervention du **législateur**, le **règlement** aurait pu gêner, au quotidien, l'activité professionnelle de l'avocat. Le **silence** de la **loi** serait, en effet, susceptible de donner beaucoup plus de latitude à une **application bureaucratique** et **tatillonne** du **règlement**.

L'**obligation-abstention** que formule implicitement la **loi** s'explicite en considérant ses **destinataires**, savoir le **conseil de l'ordre** arrêtant le **règlement intérieur**, le **bâtonnier**, chargé de **l'exécuter**, ou encore l'agent du **contrôle routier**, de même que le **juge** appelé, le cas échéant, à statuer sur la **légalité** des **poursuites**. A ceux-ci, la **loi** fait **expressément défense** de contrarier la **liberté d'aller et venir** de l'**avocat** dont l'article **4 DDH** commande qu'elle demeure **intacte**. L'**exercice** des **pouvoirs de poursuite** ne doit pas nuire à la **jouissance** par l'avocat de cette **liberté constitutionnelle** à laquelle la **loi** n'a apporté **aucune restriction**.

La **loi** est, donc, nécessaire pour **identifier**, dans le cas particulier de l'**avocat**, la **liberté d'aller et de venir**, qui trace, en **négatif**, les **limites** de la **liberté** d e **réprimer** les **manquements professionnels** ou les **infractions** au **code de la route** dont celui-ci pourrait se rendre l'auteur.

1-c°) Article **3 bis, alinéa 3** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 : par lequel la **loi** fait **obligation** à l'**avocat** de conclure une **convention d'honoraires** pour toute prestation réalisée à la suite d'une **sollicitation personnalisée** :

« (…)
Toute prestation réalisée à la suite d'une ***sollicitation personnalisée*** *fait l'objet d'une* ***convention d'honoraires****.* »,

ce que confirme l'article **10, alinéa 3**, pour le **cas général** :

« *Sauf en cas d'urgence ou de force majeure ou lorsqu'il intervient au titre de l'aide juridictionnelle totale ou de la troisième partie de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, l'avocat conclut par écrit avec son client une* ***convention d'honoraires****, qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés.* ».

1-d°) Loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001 relative à la **reconnaissance du génocide arménien de 1915**, par laquelle le **législateur**, en **reconnaissant** et **qualifiant juridiquement un fait de l'histoire**, **limite** la **liberté d'expression** et **interdit** aux **personnes** placées sous la juridiction de la **France**, ainsi qu'à tous les **pouvoirs publics**, de nier l'existence du **Génocide Arménien** de **1915**. L'absence de **sanction pénale** ne vide pas, pour autant, l'énoncé législatif de sa **force normative**.

2°) La deuxième catégorie de la **LOI-PRINCIPE FONDAMENTAL** englobe des **dispositions** (création d'une **institution**, d'**obligations**, d'**incombances** ou de **droits**) dont l'**exécution**, comme l'annonce l'article **1er, alinéa 1er, deuxième phrase**, du Code civil, « (…) *nécessite des* ***mesures d'application*** (…) » et dont, en conséquence, « (…) ***l'entrée en vigueur*** (…) *est* ***reportée*** *à la date d'entrée en vigueur de ces mesures*. »

Exemple :

2-a°) article **L. 3121-1** du Code des transports faisant **obligation** aux propriétaires et exploitants de **taxis** de munir leur(s) véhicule(s) « *d'****équipements spéciaux*** *et d'un* ***terminal de paiement électronique*** » dont la **liste** est donnée par l'article **R. 3121-1** du même Code.

2-b°) article **15, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Les avocats font partie de* ***barreaux*** *qui sont* ***établis*** *auprès des* ***tribunaux judiciaires****, suivant les* ***règles*** *fixées par les* ***décrets*** *prévus à l'article* ***53****. Ces* ***décrets*** *donnent aux barreaux la* ***faculté*** *de* ***se regrouper***. (…) »,

dont on tire que les **barreaux** sont nécessairement **établis** auprès des **tribunaux judiciaires**, alors que les **avocats** ont seulement la **faculté** d'être membres de **barreaux**.

L'article **13, alinéa 3, deuxième et dernière phrase**, du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat précise, conformément au **vœu** du **législateur**, les **modalités** de l'**établissement** du **barreau** auprès du **tribunal judiciaire**. Celui-ci s'opère par le **dépôt** au **greffe** concerné d' « *Une copie du* ***règlement intérieur*** *et des modifications intervenue*s (…) ».

3°) La troisième catégorie de la **LOI-META-NORME** ou **LOI PROGRAMMATIQUE** range en son sein un type particulier de **loi** qui se distingue à la fois de la **loi-règle** et de la **loi-principe fondamental**, en tant que le **principe auto-exécutoire** qu'elle fixe **dépasse** et **englobe** la **règle**, sans contenir d'**obligation**, dont elle renvoie la **définition** au **règlement**.

Ici, le **législateur** intervient notamment en raison d'**exigences constitutionnelles** et/ou **supra-nationales** (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) pour assurer le **relais**, une **transition** entre des **normes supérieures** et le **règlement**. L'**incombance** (**perte des avantages** en cas d'**inobservation du devoir**) se substitue à l'**obligation** dont elle tend à assurer l'**observance**.

Exemples :

3-a°) article **3 bis, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *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**.* »

En transposant 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, le **législateur** a voulu, de la sorte, notifier aux avocats une **limitation** de leur **liberté d'expression** (c'est le **principe programmatique** arrêté par la **loi**) lorsqu'ils décident **librement** de recourir à la **publicité** et à la **sollicitation personnalisée**, qui leur sont, dans le **principe**, reconnues.

Dans le même temps, les **limitations à la liberté** devant être **interprétées strictement**, le **programme** du **règlement dérivé** est **cantonné** à ce que dit la **loi**. Seuls les **deux modes** de **communication commerciale** précités sont soumis aux **règles déontologiques** établies par **décret en Conseil d'Etat**. Tous les autres – notamment le **courtage d'affaires juridiques** (v. *infra* **§ II-M-1-a**) - sont du domaine de la **loi**. Le recours au **règlement autonome** ne permet pas au **pouvoir exécutif** d'excéder sa **compétence originelle**, qui résulte de la combinaison des articles **34** et **37** de la **Constitution**.

On observe, dans cet ordre d'idées, que l'article **13** de la **loi** n°2014-344 du 17 Mars 2014 relative à la consommation (JORF 18 Mars 2014, Texte 1 sur 96) dont procèdent les alinéas **2** et **3** de l'article **3 bis** de la **loi** précitée :

« *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**.* »,

ne renvoie à **aucun décret d'application** et doit, partant, être regardé comme étant **auto-exécutoire** dès le 19 Mars 2014.

Ici, c'est le **principe méta-normatif** (**programmatique**), vide de toute **obligation** dont la **définition** est laissée aux soins du **règlement**, qui est **auto-exécutoire** (la **limitation** de la **liberté d'expression** des **avocats** quand ils ont recours à la **publicité** et à la **sollicitation personnalisée**) et non pas le **contenu** des **obligations** proprement dites qui ne sera **exécutoire** que lorsque le **règlement** qui les définira entrera lui-même en vigueur (**décret** n°2014-1251 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des avocats – JORF 29 Décembre 2014, Texte 27 sur 132, dont la notice indique :

Notice : *le présent décret est pris pour l'application de l'article **13** de la **loi** n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Il détermine, à l'article **15** du **décret** no 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, les conditions dans lesquelles les avocats sont autorisés à recourir à la sollicitation personnalisée.*
(…) »

v. **CE 09 Novembre 2015, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre**, n°386296 : **annule** le **deuxième alinéa** de l'article **15** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat « (…) *en tant qu'il n'exclut pas du **renvoi** qu'il fait au **décret** du 25 août 1972 l'article **2** de ce **décret**.* »

3-b°) article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques renvoyant au **décret en Conseil d'Etat** le soin de définir

« (…) *Les **règles de déontologie** ainsi que la **procédure** et les **sanctions disciplinaires**;* (…) », ce, « *Dans le respect de **l'indépendance de l'avocat**, de l'**autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral** de la profession* (…) ».

On sait, en effet, que « (…) *Pour **l'application** des **dispositions législatives** régissant les **professions d'avocat**, d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice, de notaire, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire, de conseil en propriété industrielle et d'expert-comptable, il appartient au **Premier ministre** de faire usage du **pouvoir réglementaire** que lui confère l'article **21** de la **Constitution** pour **fixer** les **règles de déontologie** propres à ces différentes professions.* (…) » :

« (…)

*29. En premier lieu, en vertu de l'article **21** de la **Constitution**, le **Premier ministre " assure l'exécution des lois** " et, sous réserve de la compétence conférée au Président de la République pour les décrets délibérés en Conseil des ministres par l'article **13** de la **Constitution**, " **exerce le pouvoir réglementaire** ". Pour **l'application** des **dispositions législatives** régissant les **professions d'avocat**, d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice, de notaire, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire, de conseil en propriété industrielle et d'expert-comptable, il appartient au **Premier ministre** de faire usage du **pouvoir réglementaire** que lui confère l'article **2 1** de la **Constitution** pour **fixer** les **règles de déontologie** propres à ces différentes professions. Contrairement à ce que soutient le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, ces **règles n'affectent pas**, **en principe**, les **principes fondamentaux** d e s **obligations civiles et commerciales** dont la **détermination** relève du **seul législateur** en vertu de l'article **3 4** de la Constitution. Il s'ensuit que les requérants **ne sont pas fondés** à soutenir qu'en ne précisant pas elle-même les **règles** permettant d'assurer la **gestion des conflits d'intérêts** au sein des sociétés pluri-professionnelles d'exercice et en **renvoyant au pouvoir réglementaire** le soin de **déterminer** ces **règles**, l'ordonnance serait entachée d'**incompétence négative**.*

(…) »

(**CE, 6ème et 5ème chambres réunies, 17 Juin 2019, Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle et a**., n°400192, 400208, 400267, 400290, 400332, **§ 29**).

On comprend, ainsi, que les **obligations** et les **sanctions** réprimant leurs **manquements** éventuels seront de **rang réglementaire** (**CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304).

Il en résulte que la **loi** reprend son empire dès lors que la **norme statutaire** ou **déontologique** qui doit être adoptée **met en cause** une **règle** ou un **principe fondamental** que le **Constituant** a placé dans le **domaine de la loi**.

3-c°) article **L. 761-10** du Code de commerce :

« *L'**organisation générale** des marchés d'intérêt national est **déterminée en Conseil d'Etat**.* »

L e **législateur** a estimé nécessaire de prévoir le **principe programmatique** d'une « ***organisation générale*** *des marchés d'intérêt national* », tout en laissant au **pouvoir réglementaire** le soin d'en déterminer les **règles**.

4°) La quatrième catégorie des **NEUTRONS NORMATIFS** regroupe tous les **actes** se présentant formellement comme une **loi**, mais qui, dans la réalité juridique, ont un **contenu normatif nul**. Ils ne recèlent **ni règle**, ni **principe législatif**, ni **principe programmatique**. Il s'agit de textes (la critique est valable pour les **lois**, comme pour les **règlements**) qui se bornent à émettre un **vœu** (**loi optative**), à dresser un **constat sociologique** (**loi-témoin**) ou à **reproduire**, **sans nécessité**, une **norme supérieure** (**Constitution**, **traité international**) garantissant une **liberté fondamentale** (**loi écholalique** ou **psittacisme législatif**).

Comme susdit, la répétition de la **liberté** que protège la **Constitution** révèle une ***a normativité*** de la **loi** (**substance normative inactive**) dès lors qu'elle n'exprime aucune **obligation négative** (d'**abstention**) qui serait mise à la charge des **tiers**.

En effet, de deux choses l'une :

Ou bien, la **liberté** est laissée **intacte** par le **législateur** et il est **inutile** de s'y référer.

Ou bien, le **législateur** a estimé **nécessaire** d'y apporter une **limitation** en raison d'**exigences constitutionnelles** ou dans l'**intérêt général** et, dans cette hypothèse, son **acte** doit révéler son **intention**.

Exemple : dire, comme le fait l'article **15, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, que « *Les avocats **font partie** de barreaux* (…) » ne crée **aucune obligation**, à la charge des **avocats** ni des **tiers**. La **charge normative** est **nulle**.

Il s'agit :

4-a°) d'un **constat sociologique** que dressent les **siècles**, selon lequel les **avocats**, très généralement, se groupent pour exercer leur profession (une **présomption *Quod plerumque fit*** : ce qui advient le plus souvent).

4-b°) d'un **souhait** du **législateur**, que la **liberté d'association** (article **11 CEDH**) interdit, toutefois, de transformer en **obligation**.

L'intervention du **législateur** ne se justifie, ici, nullement, contrairement au cas des **barreaux** précédemment évoqué, à la charge desquels le même article inscrit l'**obligation-incombance** de **s'établir** auprès des **tribunaux judiciaires** (**catégorie n°2** de l**a LOI-PRINCIPE FONDAMENTAL**) dont le **détail d'application** est renvoyé au **règlement** (article **13, alinéa 3, deuxième et dernière phrase**, du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat).

*

II-C-A/ LES OCCURRENCES FAUTIVES DU REGLEMENT DERIVE ET DU REGLEMENT AUTONOME

Elles se donnent à voir selon les développements suivants :

1°) L'incompétence, sanction de la délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement, ainsi que de la méconnaissance de la volonté expresse du Constituant (**II-C-A-1**).

2°) Le contenu de l'habilitation législative à l'adresse du règlement dérivé (**II-C-A-2**).

3°) Le règlement autonome (**II-C-A-3**).

4°) L'illégalité externe (**II-C-A-4**).

5°) L'illégalité interne (**II-C-A-5**).

6°) Le cas des neutrons normatifs : l'exemple de l'article 15, alinéa 1er de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (**II-C-A-6**).

7°) Le Conseil d'Etat consacre la règle de parallélisme des compétences entre, d'une part, la définition des obligations et, d'autre part, l'incrimination et la sanction administrative de leurs éventuels manquements (**II-C-A-7**).

8°) La profession d'avocat ne peut être qualifiée de profession réglementée au sens et pour l'application des **principes prétoriens dégagés par le Conseil d'Etat** (**II-C-A-8**).

*

II-C-A-1/ L'INCOMPETENCE, SANCTION DE LA DELIMITATION DES DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ET DU REGLEMENT, AINSI QUE DE LA MECONNAISSANCE DE LA VOLONTE EXPRESSE DU CONSTITUANT

Il n'est que trop su, en **droit français**, issu de la **Constitution** de la **Vème République**, que **loi** et **règlement** ne sont pas interchangeables. Celui-ci ne peut pas se substituer à celle-là. Chacun a son **domaine propre**, délimité par le **Constituant** (articles **34** et **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958).

Il y a plus de deux siècles, **PORTALIS**, père fondateur du Code civil, présentait de façon lumineuse la **distinction** entre la **loi** et le **règlement** :

« (…)
*Les **lois**, proprement dites, diffèrent des **simples règlements**. C'est aux **lois** à poser, dans chaque matière, les **règles fondamentales**, et à déterminer les **formes essentielles**. Les **détails d'exécution**, les **précautions provisoires** ou **accidentelles**, les **objets instantanés** ou **variables**, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la **surveillance** de **l'autorité qui administre** que l'intervention de la **puissance qui institue** ou qui **crée**, sont du ressort des **règlements**. Les **règlements** sont des **actes de magistrature**, et les **lois** des **actes de souveraineté**.*
(…) »
(discours préliminaire du premier projet de Code Civil « *présenté le 1er pluviôse an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement* »)

*

On peut, dès lors, retenir l'**organigramme** suivant :

LOI….....**REGLEMENT**
ACTE DE SOUVERAINETÉ …..... **ACTE DE MAGISTRATURE**
INTERVENTION DE LA PUISSANCE …....**SURVEILLANCE DE L'AUTORITE**
QUI INSTITUE …....**QUI ADMINISTRE**
OU QUI CREE ….....

Règles fondamentales …....**Détails d'exécution**

Formes essentielles …....**Précautions provisoires** ou **accidentelles**

….....**Objets instantanés** ou **variables**

*

II-C-A-2/ LE CONTENU DE L'HABILITATION LEGISLATIVE A L'ADRESSE DU REGLEMENT DERIVE

L'**habilitation législative** donne au **pouvoir réglementaire** une **compétence de principe**, sauf **disposition constitutionnelle contraire** conférant **compétence spéciale et exclusive** au **législateur** pour régir la matière concernée et, plus spécifiquement, pour **mettre en œuvre** un **principe** ou un **objectif constitutionnel** (v. **CE, 24 Juillet 2009, Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique – CRII-GEN**, n°305314, page **4/8**).

Le **contenu** de l'**habilitation législative** est déterminé :

1°) Positivement, par la **compétence** du **pouvoir réglementaire** qui ne peut que **mettre en œuvre** - et non pas **mettre en cause** - une **règle** ou un **principe fondamental** que le **Constituant** a placé dans le domaine de la **loi**. Le règlement **explicite** la **loi** selon un **jugement analytique** (**Emmanuel KANT**), dans lequel le **lien de connexité** entre le **sujet** et le **prédicat** est pensé par **identité**.

2°) Négativement, par les **termes exprès** de la **loi** désignant les **matières** qu'elle s'est **réservées** et celles qui s'imposent à elle par la **volonté implicite** du **Constituant**, que le **pouvoir exécutif** ne saurait ignorer (le **législateur** ne peut pas **déléguer** des compétences qu'il doit **exercer en propre** - **CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304).

*

Le **droit positif**, savoir la **Constitution** telle qu'interprétée et appliquée par le **Conseil d'Etat** (**CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304), s'explicite, en la matière, selon les trois règles suivantes :

1°) L'**habilitation** que le **législateur** donne au **Premier ministre** n'est ni une **délégation de compétences** (contrairement à la situation de l'ancien **règlement d'administration publique**, avant 1958) ni une **délégation de signature**. Elle est l'**invitation** adressée au **Chef du gouvernement** d'exercer sa **propre compétence réglementaire** aux fins d'**assurer l'exécution de la loi**, conformément à l'article **21, alinéa 1er, troisième phrase** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958. Elle n'emporte **aucun transfert** de **matière législative** au profit de l'**exécutif**. Les **matières** qui ne figurent pas dans la **clause d'habilitation** sont **réservées de droit** au **législateur**, sauf pour celles qui auraient un **caractère réglementaire** en vertu de l'article **37, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958.

2°) Une **obligation légale** dont le **législateur** a fait le **choix normatif** de ne pas **incriminer** le **manquement déontologique** ne peut pas **légalement** être assortie d'un dispositif de **sanctions administratives** édictées par le **règlement**.

3°) En vertu de l'article **37, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, le **Premier ministre**, en cas de **nécessité**, détient, au titre du **pouvoir réglementaire autonome** (**pouvoir de police**), « (…) *en dehors de toute* ***délégation législative*** *et en vertu de ses* ***pouvoirs propres*** (…) » (**CE, 08 Août 1919, LABONNE**, Rec. 737), sous le contrôle du **juge administratif**, la faculté de **fixer** des **règles** de **sa compétence** et d'**ériger** en **contravention de police** un **comportement antisocial** vierge de toute **incrimination pénale** par la **loi**, que les **règles** du **droit privé** ne permettraient pas de **prévenir** et/ou de **corriger adéquatement** :

« (…)
Considérant*, en premier lieu, qu'en donnant* ***compétence au législateur*** *pour fixer « les règles concernant (...) les* ***garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*** *», l'article* ***34*** *de la* ***Constitution*** *n'a pas retiré au* ***chef du gouvernement*** *les* ***attributions de police générale*** *qu'il exerçait antérieurement ; qu'il appartient dès lors au* ***Premier ministre****, en vertu des articles* ***21*** *et* ***37*** *de la* ***Constitution****, de prendre les* ***mesures de police applicables à l'ensemble du territoire*** *et justifiées par les* ***nécessités de l'ordre public****, au nombre desquelles figurent les impératifs de santé publique ; que,* ***lorsque le législateur est intervenu dans ce domaine****, il incombe au* ***Premier ministre*** *d'exercer son pouvoir de police générale* ***sans méconnaître la loi ni en altérer la portée*** *;*
(…) »
(**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 19 Mars 2007**, **Madame LE GAC et autres**, n°300467 300500 300680 300681 300682 300683 300898).

*

Comme l'a jugé le **Conseil constitutionnel**, l'article **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (spécialement le **2°**) a pour « (…) ***seul objet*** (…) *le* ***renvoi*** *au* ***pouvoir réglementaire*** *de la* ***compétence*** *pour* ***fixer*** *les* ***sanctions disciplinaires*** *des* ***avocats****.* (…) » (**CC, décision n°2017-630 QPC du 19 Mai 2017, M. Olivier D.**, **§ 8**).

Il est constant, à cet égard, que la **loi** n'a, à aucun moment, incriminé le **manquement déontologique** aux **obligations légales** des **avocats**. Elle n'a, dès lors, fixé **aucune sanction** ni déterminé la **nature** ou le **quantum** des **sanctions disciplinaires** applicables aux avocats.

On en déduit logiquement que les **sanctions disciplinaires** dont les **avocats** peuvent être, le cas échéant, rendus tributaires, ont un **caractère réglementaire**. Elles ne peuvent avoir pour **objet** ni pour **effet** d'**empêcher l'exercice professionnel** d'un **avocat**, que seul le **législateur** peut aménager.

S'évince immédiatement de ce qui précède le **principe fondamental**, de **rang législatif**, selon lequel le **comportement déontologique** d'un **avocat** doit s'apprécier à l'aune des **règles** régissant la **matière siège** des **actes positifs** ou des **abstentions** qui lui sont reprochés. Sachant, par exemple, que la **liberté contractuelle** relève exclusivement du **législateur**, il ne saurait être **légalement** adressé à un avocat un quelconque **grief déontologique** relatif à l'**exécution** de son **mandat de représentation et d'assistance en justice** sans que soit établie une **défaillance contractuelle** ou la méconnaissance d'une **disposition d'ordre public**.

De même, les éventuels **abus** de la **liberté d'expression** dont un **avocat** pourrait, le cas échéant, se rendre l'auteur, dans le **prétoire** et dans l'exercice de sa **mission constitutionnelle** de **défenseur universel**, ne pourront s'apprécier qu'à la lumière des **dispositions d'ordre public** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse.

*

II-C-A-3/ LE REGLEMENT AUTONOME

En dehors de toute habilitation législative, le **pouvoir réglementaire** intervient, pour les matières qui ne sont pas réservées à la **loi**, de façon **autonome**, en cas de **nécessité,** pour la **sauvegarde** de **l'ordre public matériel** ou **immatériel** (**mesure de police**). Le **jugement** est, ici, **synthétique** dès lors que la **connexité** entre **sujet** et **prédicat** est pensée **sans identité** et seulement par **proximité sémantique**. Le **règlement autonome** peut **compléter** la **loi**, dans cette mesure (**CE, 6e et 1re sous-sections réunies, 09 Mars 2016, Société UBER et a.**, n°388213, n°388343 et n°388357) :

« (…)
*6. Considérant qu'aux termes de l'article **34** de la **Constitution** du 4 octobre 1958 : « La **loi** fixe les **règles** [...] concernant les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques** » ; que selon son article **37**, « les **matières autres** que celles qui sont du **domaine de la loi** ont un **caractère réglementaire** » ; qu'au nombre des **libertés publiques**, dont les **garanties fondamentales** doivent, en vertu de la **Constitution**, être déterminées par le **législateur**, figure le **libre exercice** par les **citoyens** d'une **activité professionnelle** n'ayant fait l'objet d'**aucune limitation légale** ; que, toutefois, la **profession de conducteur de taxi** a le caractère d'une **activité réglementée par la loi** ; que, dès lors, il était loisible à l'**autorité** investie du **pouvoir réglementaire** de **fixer**, en vertu des **pouvoirs** qu'elle tient de l'article **37** de la **Constitution**, des **prescriptions complémentaires** de celles résultant de la **loi** du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur ; qu'ainsi, l'article **R. 3121-12** du code des transports, issu du **décret** contesté du 30 décembre 2014, a pu **légalement** prévoir la possibilité pour l'**autorité compétente** de soumettre la **délivrance** ou le **renouvellement** des **autorisations de stationnement** au respect d'une ou plusieurs **conditions** relatives à l'utilisation d'**équipements** permettant l'**accès** du taxi aux **personnes à mobilité réduite**, l'utilisation d'un **véhicule hybride** ou **électrique** ou **l'exploitation de l'autorisation** à certaines **heures** et **dates** ou dans **certains lieux**, alors même que **ces conditions n'étaient pas prévues par la loi** du 1er octobre 2014 précitée ;*
(…) »
(**CE, 6e et 1re sous-sections réunies, 09 Mars 2016, Société UBER et a.**, n°388213, n°388343 et n°388357, **§ 6**).

Cet arrêt s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence dite de **l'état de la législation antérieure** (à **1958**) ou même de la **législation existante** (contemporaine du **règlement** considéré), selon laquelle les **limitations** apportées par la **loi** à une **activité** ou une **profession** font, en creux, le lit des **prescriptions complémentaires** du **règlement autonome** (v. **CE, Ass. 11 Juillet 1984, BLAT**, n°21733; **CE, 4ème et 1ère sous-sections réunies, HAYAT, 27 Juin 1997**, n°171970; **CE, Ass. 07 Juillet 2004, BENKERROU**, n°255136, 2015, p. 10) :

« (…)
***Considérant** que la **Constitution** du 4 octobre 1958 dispose dans son article **37** que : " les matières autres que celles qui sont du **domaine de la loi** ont un **caractère réglementaire**. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décret pris après avis du Conseil d'Etat " ; qu'en vertu de l'article **34** " la **loi** fixe les **règles** concernant... les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques** " ;*

*que si au nombre de ces **libertés publiques** figure le **libre accès** à l'exercice par les citoyens d'une **activité professionnelle** n'ayant fait l'objet d'**aucune limitation légale**, il résulte des dispositions des articles **L. 372-4°** et **L. 412** du code de la santé publique que **l'exercice** de la **profession médicale** est subordonné à une **inscription au tableau de l'ordre** des médecins et qu'aux termes de l'article **L. 382** du même code " **l'ordre des médecins** veille au maintien des principes de **moralité**, de **probité** et de **dévouement indispensables** à l'exercice de la médecine et à l'observation par tous ses membres des devoirs professionnels " ; que compte tenu des **limitations** qui ont été ainsi apportées par la **loi** à l'**exercice** de la **profession médicale** les dispositions de l'article **L. 460** du code la santé publique, qui permettaient au **conseil régional de l'ordre** " dans les cas d'infirmité ou d'état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession " de prononcer, après expertise médicale, la **suspension temporaire** du droit d'exercer, ne pouvaient être regardées comme ayant édicté une mesure relevant du **domaine de la loi** par application des dispositions précitées de l'article **34** de la **Constitution** ; que, par suite, en substituant à l'article **L. 460** du code de la santé publique, par l'article **8** du **décret en Conseil d'Etat** du 4 mars 1959, des **dispositions réglementaires** qui confèrent à nouveau au **conseil régional** le pouvoir de **suspension temporaire** précédemment prévu à l'article **L. 460** et se bornent à en **modifier** certaines **modalités d'exercice**, le **gouvernement** n'a fait qu'user dans l'**intérêt de la santé** et de la **sécurité publiques**, des **pouvoirs** qu'il tient de l'article **37** de la **Constitution** ;*

(…) »

(**CE, Ass. 11 Juillet 1984, BLAT**, n°21733).

« (…)

***Considérant** que la **Constitution** du 4 octobre 1958 dispose dans son article **37** que "les matières autres que celles qui sont du **domaine de la loi** ont un **caractère réglementaire**. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décret pris après avis du Conseil d'Etat" ; qu'en vertu de l'article **34** "la **loi** fixe les règles concernant les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques**" ; que si au nombre de ces **libertés publiques** figure le **libre accès** à l'exercice par les citoyens d'une **activité professionnelle** n'ayant fait l'objet d'**aucune limitation légale**, il résulte des dispositions des articles **L 372-4°** et **L 412** du code de la santé publique que **l'exercice** de la **profession médicale** est subordonné à une **inscription au tableau de l'ordre** des médecins et qu'aux termes de l'article **L 382** du même code "**l'ordre des médecins** veille au maintien des principes de **moralité**, de **probité** et de **dévouement indispensables** à l'**exercice de la médecine** et à l'observation par tous ses membres des devoirs professionnels" ; que compte tenu des **limitations** qui ont été ainsi apportées par la **loi** à l'**exercice** de la **profession médicale**, les dispositions de l'article **L 460** du code de la santé publique, qui permettaient au conseil régional de l'ordre "dans les cas d'infirmité ou d'état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession" de prononcer, après expertise médicale, la **suspension temporaire** du droit d'exercer, ne pouvaient être regardées comme ayant édicté une mesure relevant du **domaine de la loi** par application des dispositions précitées de l'article **34** de la **Constitution** ; que, par suite, en substituant à l'article **L 460** du code de la santé publique, par l'article **8** du **décret** du 4 mars 1959 susvisé, des **dispositions réglementaires** qui confèrent à nouveau au conseil régional le pouvoir de **suspension temporaire** précédemment prévu à l'article **L 460** et se bornent à en **modifier** certaines **modalités d'exercice**, le gouvernement n'a fait qu'user dans l'**intérêt de la santé** et de la **sécurité publiques** des **pouvoirs** qu'il tient de l'article **37** de la Constitution ;*

(…) »

(**CE, 4ème et 1ère sous-sections réunies, HAYAT, 27 Juin 1997**, n°171970).

*

Cependant, à y regarder de près, ce n'est pas tant le fait de **réglementer** une **activité** ou une **profession**, que la **manière** employée par le **législateur**, qui est déterminante de la **nature** et de l'**étendue** des mesures prises dans l'exercice du **pouvoir réglementaire autonome**. Le **mode** de **réglementation** (**nomination dans un cadre d'emplois statutaires** ; **autorisation** ; **déclaration préalable**) choisi par la **loi** s'impose radicalement au **pouvoir exécutif**. Le régime de la **déclaration** ne permet pas d'édicter les mêmes mesures réglementaires que celui de l'**autorisation** ou de la **nomination**.

C'est bien en ce sens que se prononce le **Conseil d'Etat** :

« (…)
*Mais l'étendue que vous reconnaissez au **pouvoir réglementaire autonome** sur le fondement de cette jurisprudence **n'est pas sans limite**. Si le Gouvernement peut édicter des **prescriptions complémentaires** à la **loi**, encore faut-il que celles-là **ne méconnaissent pas** celle-ci. Enfin et **surtout**, ces prescriptions doivent être justifiées au regard de l'**objet** de la **réglementation** de la **profession**. Ainsi que l'affirmait le **Président Roux** dans ses conclusions sous l'arrêt **Blat** : « [...] vous vérifiez si **l'intervention réglementaire** se situe bien **dans l'axe indiscutable de la législation** considérée dont elle ne saurait affecter l'**économie** ni l'**équilibre** ».*
(…) »
(**Conclusions M. GUYOMAR** sous **CE, Ass. 07 Juillet 2004, BENKERROU**, n°255136).

*

Il est, donc, nécessaire de déterminer avec précision le **mode de réglementation** choisi par le **législateur** aux fins d'adéquatement apprécier la **légalité** du **règlement autonome**.

*

II-C-A-4/ L'ILLÉGALITÉ EXTERNE

1°) Le **règlement dérivé** peut être entaché d'**incompétence**, nonobstant la **délégation législative**, qui ne peut jamais contenir de **matières législatives**, si une **disposition constitutionnelle** donne **compétence spéciale** au **législateur** pour régir la **matière** visée par la délégation et, plus spécifiquement, pour **mettre en œuvre** un **principe** ou un **objectif constitutionnel** :

Ainsi, aux termes de l'article **34** de la **Constitution**, dans la rédaction que lui a donnée la **loi constitutionnelle** n°2005-205 du 1er Mars 2005, article **3**, « (…) *La **loi** détermine les **principes fondamentaux*** (…) *de la **préservation de l'environnement** ;* (…) ». De même, il est spécifié à l'article **7** de la **Charte de l'environnement**, issue de l'article **2** de la **loi constitutionnelle** précitée, que « *Toute personne a le droit, dans les **conditions** et les **limites** définies par la **loi**, d'accéder aux **informations** relatives à l'**environnement** détenues par les autorités publiques et de **participer** à l'élaboration des **décisions publiques** ayant une incidence sur l'environnement.* »

L'article **11, I** du **décret** n°2007-359 du 19 Mars 2007 relatif à la procédure d'autorisation de mise sur le marché de produits non destinés à l'alimentation composés en tout ou en partie d'organismes génétiquement modifiés est vicié d'**incompétence** en tant que « *ces dispositions prévoient les **conditions** dans lesquelles **certaines informations** transmises par le demandeur de l'autorisation peuvent rester **confidentielles** et ont ajouté au nombre des informations ne pouvant être regardées comme **confidentielles**, « le **but** et le **lieu** de la dissémination, les **utilisations** prévues, ainsi que les **informations** exigées au e) du troisième alinéa de l'article 2 » ; qu'elles **concourent** ainsi à la **définition** (d)es **conditions** et **limites** dans lesquelles doit s'exercer le **droit** de toute personne **aux informations** relatives à l'**environnement** détenues par les autorités publiques ; qu'elles relèvent donc de la **loi** et sont, par suite, **entachées d'incompétence** ;* » (v. **CE, 24 Juillet 2009, Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique – CRII-GEN**, n°305314, page **5/8**).

Les dispositions de l'article **17** dudit **décret** « (…) *relatives à **l'étendue** des **informations rendues publiques** ne pouvaient, pour les mêmes raisons, être **compétemment** édictées par le **pouvoir réglementaire** ;* (…) » (ibid.).

Les dispositions de l'article **2, e)**, du **treizième alinéa** de cet article et l'article **13** du même **décret** « (…) *relatives aux **conditions de prévention des atteintes** susceptibles d'être portées à l'**environnement**, ne pouvaient être fixées que par la **loi** et sont, par suite, entachées d'**incompétence** ;* (…) » (ibid., pages **5-6/8**), dès lors qu'en vertu de l'article **3** de la **Charte de l'environnement** « *Toute personne doit, **dans les conditions définies par la loi**, prévenir les **atteintes** qu'elle est susceptible de **porter à l'environnement** ou, à défaut, en limiter les conséquences*. »

Echappent, cependant, au **grief d'incompétence** les dispositions réglementaires relatives à la **procédure d'autorisation** :

« (…) *Considérant, en revanche, qu'en tant qu'il a notamment procédé, par les autres dispositions du décret attaqué, à la définition des éléments relatifs à la **procédure d'autorisation**, le pouvoir réglementaire **n'a pas excédé les limites de l'habilitation** consentie par les dispositions précitées de l'article **L. 537- 1** du code de l'environnement ;* (…) »

…/...

Comme il est logique, l'**incompétence** du **règlement** est liée en amont à l'**incompétence négative** de la **loi** :

« (…)
*En ce qui concerne le grief tiré de l'**incompétence négative** :*

***56.** Considérant qu'en vertu de l'article **7** de la **Charte de l'environnement**, le droit de toute personne d'**accéder aux informations** relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques s'exerce « dans les **conditions** et les **limites** définies par la **loi** » ; qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant. . . les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » et « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables » ; qu'elle détermine les **principes fondamentaux** « de la préservation de l'environnement » ;*

***57.** Considérant qu'en se bornant à **renvoyer de manière générale** au **pouvoir réglementaire** le soin de fixer la liste des **informations** qui ne peuvent en aucun cas demeurer **confidentielles**, le **législateur** a, eu égard à **l'atteinte portée aux secrets protégés**, **méconnu l'étendue de sa compétence** ; que, dès lors, le **renvoi au décret en Conseil d'État** opéré par le troisième alinéa de l'article **L. 532-4-1** et le second alinéa du II de l'article **L. 535-3** , tels qu'ils résultent des neuvième et treizième alinéas de l'article 11 de la loi déférée, est **contraire à la Constitution** ;*
(…) »
(**CC, décision n°2008-564 DC du 19 Juin 2008** – Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, **§§ 56** à **57**).

2°) Quant à l'**incompétence** du **règlement autonome** elle se fait jour si celui-ci **empiète** sur le **domaine réservé** de la **loi**, tel que défini par **l'article 34**, dont relève notamment « (…) *la fixation d'un **délai de prescription** pour l'**action en paiement** d'une **créance*** (…) », ou **usurpe** sur une **compétence spécialement** attribuée au **législateur** par une **autre disposition constitutionnelle** aux fins de **mettre en œuvre** un **principe** ou un **objectif constitutionnel** en adoptant « (…) *les **règles** destinées à **favoriser l'égal accès des femmes et des hommes** aux mandats, fonctions et responsabilités mentionnés à l'article **1er*** », **alinéa second** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 :

« (…)
*Considérant qu'en vertu de l'article **3 7** de la **Constitution**, les textes de **forme législative** intervenus en **matière réglementaire** avant son entrée en vigueur peuvent être modifiés par **décret en Conseil d'Etat** ; qu'il résulte toutefois de l'article **34** qu'il n'appartient qu'au **législateur** de déterminer les **principes fondamentaux des obligations civiles**, au nombre desquels figure la **fixation** d'un **délai de prescription** pour l'**action en paiement** d'une **créance** ;*

*Considérant que, saisie par M. A d'un **pourvoi** formé dans un litige qui l'opposait à la société Delmas, la **Cour de cassation** a, par un **arrêt** du 28 février 2006, **sursis à statuer** et **renvoyé** les parties à saisir le **Conseil d'Etat** de la **question préjudicielle** de l'**appréciation de la légalité** de l'article **11** du **décret** du 20 novembre 1959 relatif aux litiges entre armateurs et marins, aux termes duquel « **Toutes actions** ayant trait au **contrat d'engagement** sont prescrites **un an** après le voyage terminé » ;*

*Considérant qu'après avoir modifié l'article **121** du **code du travail maritime** issu de la **loi** du 13 décembre 1926, l'article **1er** du **décret** du 20 novembre 1959 a **abrogé l'ensemble** des autres dispositions du **titre VII** de ce code relatif aux **litiges** entre **armateurs** et **marins**, y compris celles de son article **130** disposant que « **Toutes actions** ayant trait au **contrat d'engagement** sont prescrites **un an** après le voyage terminé » ; que, ainsi qu'il a été dit, l'article **11** de ce **décret** a repris la **même disposition** dans ce **texte réglementaire** ;*

*Considérant qu'il découle des dispositions de la **Constitution** rappelées ci-dessus que le gouvernement ne saurait **abroger** des **dispositions législatives** prévoyant une **règle de prescription**, n i **édicter** lui-même une telle règle, **sans méconnaître le champ de compétence réservé au législateur** ; qu'ainsi, s'il appartenait au pouvoir réglementaire de modifier celles des dispositions du **titre VII** du **code du travail maritime** qui se rapportaient à la **procédure civile** et s'il pouvait, à ce titre, **abroger** ces dispositions par décret pour les **reprendre** ou les **remplacer** par d'autres dispositions, il n'en va pas de même pour les dispositions de l'article **130**, dès lors qu'elles édictaient une **règle de prescription** ;*

*Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le **décret** du 20 novembre 1959 n'a pu **légalement**, par son article **1er, second alinéa**, **abroger** l'article **130** du code du travail maritime, inclus dans le **titre VII de** ce code et que les dispositions de l'article **11** du **décret**, qui prévoient elles-mêmes une telle **règle**, sont, par suite, **entachées d'illégalité** ;*

Décide :

*Article 1er : Il est **déclaré** que l'article **11** du **décret** n° 59-1337 du 20 novembre 1959 est **illégal**.*

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Laurent A, à la société Delmas, au Premier ministre, au ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer et au ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement.

(…) »

(**CE, 27 Novembre 2006**, **CRAMPON**, n°296018).

*

« (…)

*1. Considérant qu'aux termes des dispositions du **second alinéa** de l'article **1er** de la **Constitution** dans sa rédaction issue de la **loi constitutionnelle** du 23 juillet 2008 : « La **loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes** aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales » ; qu'il résulte des termes de ces dispositions, éclairées par les **travaux parlementaires** qui ont précédé leur adoption, que leur **objet** est de combiner le **principe constitutionnel d'égalité,** tel qu'interprété par le **Conseil constitutionnel**, notamment dans sa **décision n° 2006-533 DC** du 16 mars 2006, **interdisant de faire prévaloir la considération du sexe** sur celle des **capacités** et de l'**utilité commune**, et l'**objectif d'égal accès** des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ; qu'il résulte également de ces dispositions que le **législateur** est **seul compétent**, tant dans les **matières** définies notamment par l'article **34** de la **Constitution** que dans celles relevant du **pouvoir réglementaire** en application de l'article **37**, pour adopter les **règles** destinées à **favoriser l'égal accès des femmes et des hommes** aux mandats, fonctions et responsabilités mentionnés à l'article 1er précité ; qu'il appartient seulement au **Premier ministre** en vertu de l'article **21** de la **Constitution**, sous réserve de la **compétence** conférée au **Président de la République** par l'article **13** de la **Constitution**, de prendre les **dispositions d'application** de ces **mesures législatives** ;*

*2. Considérant que selon l'article **L. 511-1** du code rural et de la pêche maritime, la **chambre d'agriculture**, établissement public administratif de l'Etat, constitue « dans chaque département, auprès de l'Etat ainsi que des collectivités territoriales et des établissements publics qui leur sont rattachés, l'organe consultatif, représentatif et professionnel des intérêts agricoles » et qu'aux termes de l'article **L. 511-7** du même code : « Les membres des chambres d'agriculture sont **élus pour six ans**. Ils sont **rééligibles** » ; qu'**aucune de ces dispositions ne permet de définir l'éligibilité aux mandats en cause**, lesquels constituent des **responsabilités sociales et professionnelles**, **en fonction du sexe des candidats** ; que, par suite, en faisant **obligation**, par le **I** du **8°** de l'article **1er** du **décret attaqué**, à chaque liste de candidats formée pour ces élections de comporter « au moins **un candidat de chaque sexe** par tranche de trois candidats », le **premier ministre**, en **l'absence de disposition législative habilitant le gouvernement** à édicter des **mesures** destinées à rendre **effectif** un **accès plus équilibré** des femmes et des hommes aux organes dirigeants des chambres d'agriculture, **a méconnu l'étendue de sa compétence** ;*

*3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de leur requête que la CFTC-AGRI et la FGTA-FO sont **fondées à demander l'annulation** du I du 8° de l'article 1er du **décret attaqué** ;*

4. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 € au titre des frais exposés par la CFTC-AGRI et la FGTA-FO ;

*Décide : Article 1er : Le **I** du **8°** de l'article **1er** du **décret** n° 2012-838 du 29 juin 2012 est **annulé**.*

Article 2 : L'Etat versera à la CFTC-AGRI et la FGTA-FO une somme globale de 3 000 € en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la Fédération CFTC de l'agriculture, à la Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et des services annexes - FO, au premier ministre et au ministre de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt.

(…) »

(**CE, Ass. 07 Mai 2013**, n°362280).

*

Il doit être observé, de surcroît, que des **dispositions réglementaires autonomes** peuvent **coexister** avec des **mesures d'application d'une loi** au sein d'un **même décret**.

Ainsi, le **décret** qui se présenterait, pour certaines de ses dispositions, comme un **règlement dérivé** bénéficiant d'une **compétence de principe** à lui conférée par l'**habilitation législative**, pourrait être **requalifié** en **règlement autonome** dès lors qu'il ne pourrait être **regardé**, pour l'édiction d'autres de ses dispositions, comme ayant été pris sur le **fondement** d'un **texte législatif**. Privé, dans ces conditions, de toute **caution législative**, le **règlement** doit justifier de sa **compétence** au regard de la **Constitution**. A défaut de quoi, il est vicié d'**incompétence** et doit être **annulé**. Le **Premier ministre excède ses pouvoirs** en édictant un **décret**, **hors toute habilitation législative**, autorisant les agents de l'Administration à **détruire** des marchandises saisies comme étant impropres à la consommation, « (…) *eu égard au **caractère irrémédiable** de l'atteinte portée aux **droits du propriétaire** par une telle mesure* (…) » :

« (...)

***4.** Considérant que les dispositions de l'article **262** du **code rural** n'ont eu ni pour **objet**, ni pour **effet** d'**habiliter** le **pouvoir réglementaire** à **édicter** des **dispositions** prévoyant la **destruction** des **denrées animales** ou **d'origine animale** saisies en application de l'article **263** du même code et déclarées **impropres à la consommation** ; que, dès lors, la cour a commis une **erreur de droit** en jugeant que, par les dispositions de l'article **262** du code rural, le **législateur** avait **habilité** le **pouvoir réglementaire** à porter au **droit de propriété** les **atteintes nécessaires** pour tenir compte de la **finalité** de la **législation**, qui est la **protection de la santé publique**, et en en déduisant que le **pouvoir réglementaire** n'avait pas méconnu cette **habilitation** en **autorisant** les **services vétérinaires**, par l'article **6** du **décret** du 21 juillet 1971 précité, à **détruire** les denrées saisies comme impropres à la consommation humaine ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, M. A. est fondé à demander l'**annulation** de l'**arrêt** qu'il attaque ;*

(…)

***10.** Considérant que les dispositions de l'article **6** du **décret** du 21 juillet 1971 autorisaient les services vétérinaires à **détruire** ou **dénaturer** les denrées animales ou d'origine animale saisies comme impropres à la consommation humaine ; que ces dispositions ne peuvent être **regardées**, ainsi qu'il a été dit au point 4 de la présente décision, comme **prises sur le fondement de l'article 262** du code rural, qui ne comportait **aucune habilitation** à cet effet ;*

*qu'une telle **mesure de police administrative** ne peut davantage être regardée comme **prise sur le fondement** des dispositions alors en vigueur de l'article **6** de la **loi** du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, lesquelles prescrivaient au **juge pénal** de **détruire** ou de **répandre** « aux frais du condamné » les « objets dont les vente, usage ou détention constituent le délit » lorsque ceux-ci sont inutilisables ou nuisibles, ou sur le **fondement d'aucune autre disposition législative** ; que, eu égard au **caractère irrémédiable** de l'atteinte portée aux **droits du propriétaire** par une telle mesure, le **Premier ministre n'était pas compétent**, dans le cadre de son **pouvoir de police générale**, pour **prendre** des **dispositions** autorisant les agents de l'administration à procéder à la **destruction** de denrées qu'ils avaient saisies ; que, par suite, M. A. est fondé à soutenir qu'en **édictant** les dispositions de l'article **6** du **décret** du 21 juillet 1971 **en dehors de toute habilitation par la loi**, le **Premier ministre** avait **excédé ses pouvoirs** et que, du fait de la **destruction** des marchandises saisies à son domicile sur le **seul fondement de ces dispositions**, l'**État** a commis une **faute de nature à engager sa responsabilité** ;*

***11.** Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de son recours, le ministre n'est pas fondé à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Pau a **déclaré l'État responsable** du **préjudice** subi par M. A. du fait de la **destruction** de ses bocaux de conserve de foie gras et autres produits d'origine animale;*

(…) »

(**CE, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 28 Mai 2014,** n°358154).

La solution est **cohérente** : seul le **législateur** est **compétent**, en application de l'article **34** de la **Constitution** pour déterminer « (…) *les **principes fondamentaux*** (…) *du **régime de la propriété*** (…) » et, à ce titre, **porter atteinte** aux **droits des propriétaires** de **façon irréversible**, pour des **motifs impérieux d'intérêt général**.

C'est ce qui explique que le nouvel article **L. 232-1** du Code rural et de la pêche maritime, investisse « ***l'autorité administrative compétente*** » du pouvoir notamment d'ordonner la **destruction** des denrées impropres à la consommation :

« *Lorsqu'un **exploitant du secteur alimentaire** ou du **secteur de l'alimentation animale** n'a pas respecté les **obligations** qui lui sont faites par les dispositions des articles **19** ou **20** du **règlement (CE) n° 178/2002** du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002, **l'autorité administrative compétente** peut **ordonner**, en utilisant notamment les **informations** issues des **procédures de traçabilité** que l'exploitant est tenu de mettre à sa disposition, la **destruction**, le **retrait**, la **consignation** ou le **rappel** en un ou plusieurs lieux du ou des **lots** de **produits d'origine animale**, de **denrées alimentaires** en contenant ou d'**aliments pour animaux** ou **toute autre mesure** qu'elle juge **nécessaire**.*

***Tout opérateur** qui, ayant acquis ou cédé un ou plusieurs éléments du lot, a connaissance de la décision de **consignation** ou de **retrait**, est tenu d'en informer celui qui lui a fourni la marchandise et ceux à qui il l'a cédée.*

*Les **frais** résultant de la décision de **consignation**, de **retrait** ou de **rappel**, notamment les frais de transport, de stockage, d'analyses et de destruction, sont mis **à la charge de l'exploitant** mentionné au premier alinéa, sans préjudice des **recours** susceptibles d'être exercés par ce dernier contre les **tiers**.* »

*

Inversement, le **règlement dérivé** peut très bien **fixer** des **règles** de sa **compétence** - notamment les règles de **déontologie** - tout en **explicitant** la **loi** qui le sollicite pour son exécution, laquelle n'encourt pas le grief d'**incompétence négative** :

« (…)

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

*

II-C-A-5/ L'ILLÉGALITÉ INTERNE

1°) Elle se vérifie, s'agissant du **règlement dérivé** que la **loi** fasse ou non **écran**.

1-a°) D'une part, en l'**absence** d'**écran législatif**, c'est dire lorsque le **législateur** se borne à inviter le **pouvoir exécutif** à exercer sa **propre compétence réglementaire**, sans fixer de **règle de fond** subordonnant les **modalités** de son **application** (« *Un **décret en Conseil d'Etat** fixe les **conditions d'application** de la présente loi* »), l'**acte réglementaire** peut être censuré si, en exprimant les **modalités d'application** de la **loi**, il contrarie une **norme** qui lui est **supérieure** : **principe général du droit**, **loi**, **traité international**, **Constitution**.

1-b°) De deuxième part, en **présence** d'un **écran législatif** concrétisé par les **principes essentiels** que la **loi fixe** et demande au **règlement** de **respecter**, celui-ci excède les **limites** de l'**habilitation législative** s'il méconnaît lesdits **principes** conditionnant les **modalités d'application** de la **loi** (**CE, 10e et 9e sous-sections réunies, 30 Décembre 2015**, n°386805 et 386807).

Le **décret** ne peut pas prévoir d'**exception** au **principe législatif** selon lequel le **silence vaut acceptation** pour des procédures nécessitant, aux termes de la **loi** (article **L. 612-9** du Code de la propriété intellectuelle), des **décisions expresses** :

« (…) *12. Considérant que, eu égard à la **complexité** et à la **technicité** de la **procédure d'instruction** qu'elles prévoient ainsi qu'à la possibilité qu'elles ouvrent au **ministre de la Défense** d'**interrompre** celle-ci, le cas échéant sans limitation de durée, ces dispositions instituent une **procédure spéciale**, qui implique que soient prises des **décisions expresses** et qui **n'entre donc pas dans le champ** de l'article **21** de la **loi** du 12 avril 2000 ; qu'il en résulte que les requérantes sont fondées à soutenir que **le pouvoir réglementaire n'était pas habilité**, par les dispositions de cet article, pour faire figurer les **décisions** prises sur les **demandes de brevet d'invention** dans l'**annexe** du **décret** attaqué n°2014-1280 ;*

(…) »

(**CE, 10e et 9e sous-sections réunies, 30 Décembre 2015**, n°386805 et 386807, **§ 12**).

Dans le même ordre d'idées, la **décision d'homologation d'un cahier des charges** au sens et pour l'application de l'article **L. 721-2** du Code de la propriété intellectuelle, est un **acte réglementaire**. La **demande** d'une telle **homologation** ne tend pas à l'adoption d'une **décision individuelle** et figure **déjà** dans la **liste** des **exceptions** prévues par la **loi** (article **L. 231-4** CRPA) au **principe** du **silence valant acceptation** (« *Le **silence** gardé pendant **deux mois** par l'administration sur une demande vaut **décision d'acceptation**.* » - article **L. 231-1** CRPA). L'**exception** n'avait donc pas à être décidée par « ***décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres*** », comme en dispose l'article **L. 231-5** CRPA, « *Eu égard à **l'objet** de certaines décisions ou pour des **motifs de bonne administration*** ». Le **pouvoir réglementaire** a empiété sur les **prérogatives** du **législateur** que celui-ci s'est **expressément** réservées (article **L. 231-4** CRPA) : « (…) *le **pouvoir réglementaire** a **excédé les limites de l'habilitation** qui lui était donnée;* (…) » (**CE, 10e et 9e sous-sections réunies, 30 Décembre 2015**, n°386805 et 386807, **§ 14**).

De même, « *eu égard à **l'objet** de ces **procédures** et **en l'absence de tout élément de nature à démontrer leur complexité**, le décret attaqué ne pouvait, **sans erreur d'appréciation**, **fixer** un **délai dérogatoire** de **six mois**, à l'issue duquel le silence gardé par l'autorité administrative fait naître une **décision d'acceptation** ;* » (**CE, 10e et 9e sous-sections réunies, 30 Décembre 2015**, n°386805 et 386807, **§ 16**). Les **conditions légales** de l'**intervention dérogatoire** du règlement, telles que fixées par l'article **L. 231-6** CRPA, ne sont pas réunies.

Le **règlement** devra, en l'occurrence, tenir compte :

D'une part, de l'**exclusion implicite**, **mais nécessaire**, de la **définition** des **conditions d'accès** à la profession d'Avocat et/ou des **obligations** conditionnant son **exercice**, de même que celle de toutes les **sanctions** emportant **empêchement d'exercice**, qui sont **de droit réservées** au **législateur** (**CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304).

D'autre part, de l'**exigence expresse** du **respect** par la norme réglementaire de « (…) *l'**indépendance de l'avocat**, de l'**autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral** de la profession* (…) », telle que formulée par l'article **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

1-c°) De troisième part, l'**écran** peut **exister**, mais n'être que **transparent** ou, tout, au moins, **translucide**. C'est le cas lorsque la **loi**, « *tout en **renvoyant** à l'**autorité réglementaire** le soin de **définir certaines règles**, ne contient en elle-même **aucune règle de fond** de nature à **faire obstacle** à ce que soient **critiquées** les **dispositions réglementaires adoptées** au regard des **règles de fond** de niveau **supra-législatif**, qu'elles soient **constitutionnelles** ou **internationales** ». Le **Conseil d'État** a suivi ces **conclusions** et a considéré que les dispositions réglementaires « ont été prises **sur le fondement de l'habilitation** conférée au **pouvoir réglementaire** par l'article **L. 111-1** du code de l'urbanisme pour édicter "les **règles générales** applicables en dehors de la production agricole en matière d'utilisation du sol, notamment en ce qui concerne la localisation, la desserte, l'implantation et l'architecture des constructions" ; qu'**elles ne sont contraires** ni au **principe constitutionnel du droit de propriété** ni aux **stipulations** de l'article **1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentale**s » (**CE 17 mai 1991**, req. no 100436 , **Quentin**, RD publ. 1991. 1429, concl. Abraham).*
(…) »

(Michel VERPEAUX, Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs – 2° Actes – Répertoire Dalloz de contentieux administratif 2011, actualisation Juin 2014).

Un exemple en est fourni par l'article **3 bis, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, par lequel le **législateur** reconnaît à l'avocat la **liberté** de **promouvoir ses services** en recourant à la **publicité** et à la **sollicitation personnalisée**, tout en renvoyant le **détail d'exécution** de ce **principe programmatique** (**norme primaire**) à un **décret en Conseil d'Etat** (**norme secondaire**), chargé d'**aménager** cette **liberté** :

« *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**.* »

Le **principe** posé par la **loi** fait **écran** en ce qu'il interdit au **règlement** de contrarier son **contenu obligationnel**, en l'occurrence, de **prohiber** de **façon générale et absolue** la **publicité** et la **sollicitation personnalisée** (puisqu'elles sont **expressément autorisées** par la **loi**). Mais l'**écran** est seulement **transparent** (ou, plus exactement, **translucide**) en ce qu'il n'empêche pas que le **décret en Conseil d'Etat** soit **critiqué** dans sa **conformité** à la **Constitution** ou dans sa **compatibilité** à une **norme supranationale**, comme le **droit de l'Union européenne**.

L'**énoncé législatif** doit, en effet, être lu comme **limitant** la **liberté d'expression** de l'avocat qui recourt à la **publicité** ou à la **sollicitation personnalisée**.

L'écran est **translucide** en tant qu'il opère comme une sorte de **filtre**. Il laisse passer le **rayonnement normatif supra-législatif**, qui **irradie** les **dispositions réglementaires**, sauf en tant qu'elles **mettent en œuvre** le **principe législatif** (**liberté encadrée**), lequel leur est **pleinement opposable**. Le **règlement** ne peut ni **mettre en cause** le **principe** fixé par la **loi** ni être critiqué pour l'avoir **intégré** et **mis en œuvre**. Seul le **contenu** des **mesures réglementaires**, comme **modalités d'application** dudit **principe**, pourra être soumis à débat.

Ainsi, le **deuxième alinéa** de 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** n°2014 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des avocats, a été **annulé** par le **Conseil d'Etat** comme étant **incompatible** avec l'article **24** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 « ***en tant qu'il n'exclut pas*** *du* ***renvoi*** *qu'il fait au* ***décret*** *du 25 août 1972 l'article* ***2*** *de ce décret.* », aucune « ***raison impérieuse d'intérêt général*** (ne) *justifiant une telle* ***interdiction générale*** *faite aux avocats de recourir à la* ***publicité*** *dans les* ***modes de communication*** *mentionnés ci-dessus* (« *par voie de* ***tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques*** *ou* ***télévisées****.* ») (**CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 09 Novembre 2015**, rectifié par **ordonnance n°386296** du **23 Novembre 2015**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre**, n°386296).

1-d°) De quatrième part, en présence ou en l'absence d'**écran législatif**, le **règlement dérivé** sera censuré s'il ne dispose pas ou plus d'une **base légale** (**erreur de droit**) au moment où le **juge statue**, ce qui est établi en cas d'**incompatibilité** de la **loi** avec une **norme supranationale** ou de **non-conformité** de ses dispositions avec les **droits** et **libertés** que la **Constitution** garantit.

Ainsi, l'**ordonnance** rendue le 19 Avril 2012 par la **Présidente** de la **6ème sous-section** de la **Section du contentieux** du **Conseil d'Etat** (n°s 354200, 355790, 355814 et 355831) révèle que l'**abrogation** par le **Conseil constitutionnel**, à compter de la **publication** de sa décision, de l'article **706-88-2** du Code de procédure pénale comme entaché d'**incompétence négative** (**CC, décision n°2011-223 QPC** du **17 Février 2012**, **Ordre des avocats au barreau de Bastia**, **§ 7**) a entraîné l'**abrogation**, à l'initiative du **Premier ministre**, **en cours d'instance** devant le **Conseil d'Etat**, du **décret attaqué** du 14 Novembre 2011 relatif à la désignation des avocats pour intervenir au cours de la garde à vue en matière de terrorisme, prononcée par **décret** n°2012-476 du 13 Avril 2012.

Si ce dernier texte n'était pas intervenu au vu de la **décision** précitée du **Conseil constitutionnel** en date du 17 Février 2012, le **décret attaqué** du 14 Novembre 2011 aurait été **annulé** par le **Conseil d'Etat** comme étant **privé de base légale** (**erreur de droit**).

…/...

De même, la **déclaration d'inconstitutionnalité**, par le **Conseil constitutionnel**, **en cours d'instance**, d'une **disposition législative** sur le **fondement** de laquelle a été pris le **décret** attaqué devant le **Conseil d'Etat** entraîne l'**annulation** de celui-ci :

« (…)
*En ce qui concerne les moyens tirés de ce que certaines dispositions du **décret** attaqué ont été prises sur le **fondement** de **dispositions législatives contraires à la Constitution** :*

*4. Considérant, en premier lieu, que, par sa **décision n° 2015-468/469/472 QPC** du 22 mai 2015, le **Conseil constitutionnel** a déclaré **contraires à la Constitution** les dispositions de l'article **L. 3122-2** du code des transports ; qu'en vertu du point **30** de cette décision, la **déclaration d'inconstitutionnalité** prend effet à compter de la **publication** de la décision du Conseil constitutionnel, soit le 24 mai 2015 et est **applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date** ; que, par suite, les requérants sont **fondés** à demander l'**annulation** des dispositions de l'article **R. 3124-7** du code des transports et du **troisième alinéa** de l'article **R. 113-1** du code de la consommation, issues du décret attaqué, qui ont été prises sur le **fondement** des dispositions de l'article **L. 3122-2** du code des transports, et qui sont **divisibles** des autres dispositions du décret attaqué ;*
(…) »
(**CE, 6e et 1re sous-sections réunies, 09 Mars 2016, Société UBER et a.**, n°388213, n°388343 et n°388357, **§ 4**).

*

2°) Quant au **règlement autonome**, il encourt **l'annulation** s'il contrarie une **norme** qui lui est **supérieure** : **principe général du droit**, **loi**, **traité international**, **Constitution**.

Ainsi, « (…) ***l'exclusion de toute possibilité de publicité des débats**, tant devant le bâtonnier qu'en appel, est **incompatible** avec l'article **6 paragraphe premier** de la **convention** ; que saisi d'une demande tendant à l'abrogation des articles 150 et 152 du décret pris sur le fondement de cette disposition, le Premier ministre était tenu d'y faire droit dans cette mesure ; qu'il s'ensuit que le **refus implicite d'abroger** ces articles **en tant** qu'ils **excluent le principe de publicité des débats** en cas de litige né à l'occasion d'un contrat de travail d'un avocat salarié est **entaché d'excès de pouvoir** ;*
(…)
*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.*
(…) »
(**CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 02 Octobre 2006, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre**, n°386296).

*

II-C-A-6/ LE CAS DES NEUTRONS NORMATIFS: L'EXEMPLE DE L'ARTICLE 15, ALINEA 1er DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES

Selon **PORTALIS**, la **loi** « (…) ***permet*** *ou* (…) ***défend*** *;* (…) ***ordonne*** (…) ***établit*** (…) ***corrige*** (…) ***punit*** ou (…) ***récompense*** ; (…) »

(discours préliminaire du premier projet de Code Civil « ***présenté le 1er pluviôse an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement*** **»**, p. 17).

En outre, **loi** et **règlement** se distinguent nettement par leurs **auteurs** et **fonctions** respectifs :

« (…)
Les ***lois****, proprement dites, diffèrent des* ***simples règlements****. C'est aux* ***lois*** *à poser, dans chaque matière, les* ***règles fondamentales****, et à déterminer les* ***formes essentielles****. Les* ***détails d'exécution****, les* ***précautions provisoires*** *ou* ***accidentelles****, les* ***objets instantanés*** *ou* ***variables****, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la* ***surveillance*** *de* ***l'autorité qui administre*** *que l'intervention de la* ***puissance qui institue*** *ou qui* ***crée****, sont du ressort des* ***règlements****. Les* ***règlements*** *sont des* ***actes de magistrature****, et les* ***lois*** *des* ***actes de souveraineté****.*
(…) »
(discours préliminaire du premier projet de Code Civil « ***présenté le 1er pluviôse an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement*** **»)**

*

On peut, dès lors, retenir l'**organigramme** suivant :

LOI….....**REGLEMENT**
ACTE DE SOUVERAINETÉ …..... **ACTE DE MAGISTRATURE**
INTERVENTION DE LA PUISSANCE ….....**SURVEILLANCE DE L'AUTORITE**
QUI INSTITUE ….....**QUI ADMINISTRE**
OU QUI CREE ….....

Règles fondamentales ….....**Détails d'exécution**

Formes essentielles ….....**Précautions provisoires** ou **accidentelles**

….....**Objets instantanés** ou **variables**

*

Cette définition des **fonctions** de la **loi** est toujours d'actualité en **2021**.

Il est, donc, erroné de réduire la **loi** à une **sanction** ou un **ordre**.

Sachant que la **loi *établit***, il est logique de trouver un **énoncé normatif** dans la **loi** n°2001-70 du 29 Janvier 2001 relative au **génocide arménien de 1915** par laquelle « ***La France reconnaît le génocide arménien de 1915***. » . **Aucune disposition de la Constitution ni aucun principe constitutionnel** ne font, en effet, obstacle, à ce que le **législateur**, détenteur de la **souveraineté nationale**, se saisisse d'un **fait incontestable ou non sérieusement contestable de l'histoire** et le hisse au rang de **norme législative**, dont la conséquence immédiate est l'**interdiction *erga omnes*** de **contester ce fait historique**, ainsi que la **qualification juridique** qu'il lui donne. Il s'agit d'une décision de sa **pleine compétence**, à l'exclusion de celle du **règlement** (v. **Maître Philippe KRIKORIAN**, ***Le droit à la dignité et la liberté d'expression face aux crimes contre l'humanité***, Doctrine, Dalloz 03 Août 2006, pp. 1980 - 1982 et aussi **Professeur Elise CARPENTIER**, ***Le Tribunal des conflits, la récusation et l'acte de gouvernement***, AJDA 2016, p. 265).

Le **Conseil constitutionnel** rappelle fréquemment, à cet égard, que **l'opportunité politique** qui préside au vote d'une **loi** échappe à son **contrôle juridictionnel** :

« (...)
– SUR LES NORMES DE CONSTITUTIONNALITÉ APPLICABLES :

*14. Considérant qu'aux termes de l'article **34** de la Constitution, la **loi** fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment **loisible** au **législateur**, statuant dans le **domaine de sa compétence**, d'adopter des **dispositions nouvelles** dont il lui appartient d'apprécier l'**opportunité** et de **modifier des textes antérieurs** ou d'**abroger** ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de **garanties légales** des **exigences de caractère constitutionnel ;** que l'article **61** de la **Constitution** ne confère pas au **Conseil constitutionnel** un **pouvoir général d'appréciation** et de **décision** de **même nature** que celui du **Parlement** mais lui donne seulement **compétence** pour se prononcer sur la **conformité** à la **Constitution** des **lois déférées à son examen** ;*
(…) »
(**CC, décision n°2013-669 DC** du 17 Mai 2013 – Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, **§ 14**).

Ce constat explique, sans doute, qu'après avoir mis en doute la **normativité** de la **loi** n°2001-70 du 29 Janvier 2001 relative au **génocide arménien de 1915** (**CC, décision n°2012-647 DC** du 28 Février 2012 – Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, **§§ 4** et **6** : « (…) *la loi a pour vocation d'énoncer des **règles** et doit par suite être revêtue d'une **portée normative** ;* (…) *une disposition législative ayant pour objet de **'reconnaître'** un **crime de génocide** ne saurait, en elles-même, être revêtue de la **portée normative** qui s'attache à la loi ;* (…) »,

sans, pour autant, l'avoir déclarée contraire à la **Constitution**, selon la latitude que lui octroie sa jurisprudence (**CC, décision n°85-187 DC** du 25 Janvier 1985 – Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, **§ 10**) :

« (…)
*10. Considérant que, si la **régularité** au regard de la **Constitution** des **termes** d'une **loi promulguée** peut être **utilement contestée** à l'occasion de **l'examen** de **dispositions législatives** qui la **modifient**, la **complètent** ou **affectent son domaine**, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la **simple mise en application** d'une telle **loi** ; que, dès lors, les moyens développés par les auteurs de saisines ne peuvent être accueillis ;*
(…) »,

le **Conseil constitutionnel** ait **révisé sa position** et l'ait visée comme **norme de référence** sur la **première page** de sa décision du 08 Janvier 2016 (**CC, décision n°2015-512 QPC** du 08 Janvier 2016 – **M. Vincent R.**, page **1/6** :

« (…)
Vu la Constitution
(…)
Vu la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;

Vu la loi n°90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe ;

*Vu la **loi n°2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915** ;*
(…) »

*

Le **Conseil d'Etat** se reconnaît la **compétence** et le **pouvoir** pour apprécier la **portée normative** d'une **disposition législative** invoquée devant lui à l'appui d'une requête tendant à l'**annulation** pour **excès de pouvoir** d'un **acte administratif** :

« (…)
*Considérant qu'en fixant pour **objectif** à la **politique d'aménagement et de développement du territoire**, la **mise en valeur** et le **développement équilibré** de l'**ensemble du territoire** de la **République**, l'article **1er** de la **loi** du 4 février 1995 n'a pas entendu poser un **principe normatif** dont la **violation** pourrait être **utilement invoquée** devant le **juge de la légalité** ; que, par suite, le **moyen** tiré de ce que l'arrêté attaqué méconnaîtrait cette disposition ne peut qu'être **écarté** ;*
(…) »
(**CE, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 27 Juillet 2005, Région NORD-PAS-DE-CALAIS**, n°265001).

On sait, dans cet ordre d'idées, que ce n'est pas tant le **texte** de l'**énoncé** que sa **portée**, qui est révélateur, ou non, de l'existence d'une **norme**, invocable ou critiquable devant une juridiction.

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 06 Octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.** consid. **2; CC, décision n°2010-52 QPC du 14 Octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau**, consid. **4**).

*

Ainsi, peut-on, à la lecture de l'article **15, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, se poser la question de la **normativité** de l'énoncé suivant :

« *Les avocats* ***font partie*** *de barreaux qui* ***sont établis*** *auprès des* ***tribunaux judiciaires****, suivant les* ***règles*** *fixées par les* ***décrets*** *prévus à l'article* ***53****. Ces décrets donnent aux barreaux la* ***faculté*** *de* ***se regrouper****.*
(…) »

Qu'aurait **décidé** le **législateur** dans cet article ?

On peut avancer la proposition suivante, quant au **principe législatif** contenu dans le **texte** de la **loi**, qui concernerait :

1°) l'**existence** des **barreaux**, comme **groupements professionnels naturels** des **avocats** (ceux-ci ont **vocation** à faire partie de barreaux) ;

2°) la **faculté** de **regroupement** des **barreaux** ;

3°) leur **rattachement** auprès des **tribunaux judiciaires** (et non pas **administratifs**) ;

4°) la **faculté** (et non pas l'**obligation**) **d'adhésion** d'un **avocat** à **un** ou **plusieurs barreaux**.

Comme susdit, il est difficile de voir dans la formule « *Les avocats* ***font partie*** *de barreaux* (…) » autre chose qu'un **constat sociologique** (une **présomption** ***Quod plerumque fit*** : ce qui advient le plus souvent), **vide** de toute **charge normative**.

L'**abrogation expresse** de l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII (13 Mars 1804) par l'article **76** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 organisant la profession d'avocat interdit, en effet, de voir dans l'article **15** de ladite **loi** l'énonciation d'une **obligation** d'inscription au tableau d'un barreau. Les **modalités d'inscription** au **tableau** ont été déclassées, en 1971, du rang **législatif** au rang **réglementaire** (articles **93** à **100** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat).

En revanche, dire des « ***barreaux*** » qu'ils sont « (…) ***établis*** *auprès des* ***tribunaux judiciaires*** (…) » **institue** les **barreaux** comme **groupements professionnels naturels** des **avocats**, dès lors qu'ils auront **déclaré se rattacher** à un **tribunal judiciaire**.

*

Quant à la **permission** de la **loi**, elle ne se conçoit comme **norme**, dans un système qui fait de la **liberté** une **condition transcendantale** de la **volonté**, que dans les hypothèses exceptionnelles, expressément prévues par le législateur, de **limitation** de la **liberté**.

Le **transcendantalisme juridique** enseigne, précisément, que la **liberté** (article **4 DDH** : « (…) ***pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*** (…) ») **subsume toutes les normes**, y compris la **Constitution**. Elle est la **condition** de leur **normativité** et ne saurait, pour cette raison, être elle-même l'**objet** d'une **normativité**. Sa **limitation** est le signe d'une **normativité active**, comme son **intégrité** révèle une ***a normativité*** de la loi (**substance normative inactive**).

*

Ainsi, **Emmanuel KANT** définit-il l'**autonomie de la volonté** :

« (…)
La ***volonté*** est une sorte de **causalité** qui appartient aux **êtres vivants**, en tant qu'ils sont **raisonnables**, et la ***liberté*** serait la **propriété** qu'aurait cette **causalité** de pouvoir **agir indépendamment** de **causes étrangères** qui la *détermineraient* ; de même que la ***nécessité naturelle*** est la propriété qu'a la **causalité** de tous les **êtres dépourvus de raison** d'être déterminée à agir par l'**influence** de **causes étrangères**.
(…) »
(**Emmanuel KANT**, ***Métaphysique des mœurs***, 1785, Troisième section, IV, 446 et 447 Gallimard, Bibliothèque La Pléiade, 1985, Oeuvres philosophiques, II, Des prolégomènes aux écrits de 1791, pp. 315 et 316).

*

Comme on le voit, chez **KANT**, les **êtres** se définissent par leur **causalité** (catégorie de la **RELATION**), celle des **êtres raisonnables** s'appelant la **volonté**, par laquelle ceux-ci agissent **indépendamment** de **causes étrangères déterminantes**.

La **liberté** n'est pas opposée à l'absence de liberté, mais à la **nécessité naturelle**, celle qui détermine les « ***êtres dépourvus de raison*** (…) *à agir par* ***l'influence*** *de* ***causes étrangères***. »

*

A contrario, sous un régime de **liberté**, la **loi** n'a pas à autoriser l'**action**, puisque celle-ci est impulsée par la **volonté** qui a le **pouvoir d'agir** « (…) ***indépendamment*** *de* ***causes étrangères*** *qui la détermineraient ;* (…) » (**Emmanuel KANT**).

Dès lors, la **loi** qui prétend ***autoriser*** une activité qu'elle n'a pas **contrainte** ni soumise à **conditions** est dépourvue de toute **portée normative**.

*

On déduit des **principes** ci-dessus développés que la formule « *Les avocats* ***font partie*** *de barreaux* (…) », qui ne peut traduire qu'une **faculté** et non pas une **obligation** de s'inscrire au tableau d'un barreau, ne saurait porter **aucune norme**.

Cet énoncé est très clairement un **neutron normatif**. Il n'est, en conséquence susceptible, ni d'être **explicité** ni **complété** par une disposition réglementaire dont l'édiction nécessite une **loi** préalable.

N'ayant pas, dans la réalité normative, été **réglementée** par la **loi**, la **participation** des avocats à l a **vie des barreaux** (l'inscription au tableau) ne peut être érigée en condition de l'**exercice professionnel**, qui relève exclusivement de la **loi**, seule compétente pour **fixer** « (…) *les* ***règles*** *concernant* (…) *les* ***garanties fondamentales*** *accordées aux* ***citoyens*** *pour l'exercice des* ***libertés publiques*** (…) », au sens et pour l'application de l'article **34** de la **Constitution**.

Le **règlement dérivé** ou **autonome** n'est, donc, pas compétent pour ajouter à la **l o i** des **conditions d'accès** (**l'admission à l'exercice**) à la profession qu'elle n'a pas prévues.

*

Tout différent est le cas des **barreaux** dont la **loi** dit qu'ils sont « (…) ***établis*** *auprès des* ***tribunaux judiciaires*** (…) » et qu'elle autorise à « ***se regrouper***. »

En effet, alors qu'un avocat peut exercer **hors barreau** – c'est dire sans avoir demandé son inscription au tableau d'un barreau – un barreau ne peut être réputé tel que s'il s'est **rattaché** à un **tribunal judiciaire**. Il ne s'agit pas pour lui d'une **faculté**, mais d'une **obligation** ou, tout au moins, d'une ***incombance***. La **liberté d'association**, est, ainsi, **limitée**. La **personnalité civile** dont « ***Chaque barreau*** *est doté* (…) » (article **21, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) ne lui est conférée que pour autant qu'il a déclaré se rattacher à un **tribunal judiciaire**.

Il appartient, partant, à la **loi**, de prévoir les cas où la **liberté d'association** connaît une **extension**. Se trouve, dans ces conditions, justifié le membre de phrase « (…) *Ces décrets* ***donnent*** *aux barreaux la* ***faculté*** *de* ***se regrouper***. » en tant qu'il est la notification expresse au **pouvoir réglementaire** d'une **liberté réservée** aux **barreaux**. Il s'agit d'un **principe-règle** (ou **loi-principe fondamental**) que le **pouvoir exécutif** est invité à expliciter, en vue de son entrée en vigueur, conformément à l'article **1er** du Code civil, ce que celui-ci va faire à l'article **2** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat :

« *Les avocats établis auprès de* ***plusieurs tribunaux judiciaires*** *situés dans le ressort d'une* ***même cour d'appel*** *peuvent, par décision votée à la majorité des voix des avocats de chaque barreau,* ***se grouper*** *pour former* ***un seul barreau***. »

*

L'article **15, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

1°) n'institue pas les avocats, mais les reconnaît par la seule **prestation du serment de l'avocat** défini à l'article **3, alinéa 2** de ladite **loi**, qui est leur **acte de naissance professionnel** ;

2°) identifie les **barreaux** comme les **groupements professionnels naturels** des avocats, dès lors qu'ils se sont **établis** auprès des **tribunaux judiciaires**, avec la **faculté** de se **regrouper**.

Comme il est logique, le **régime juridique** des **avocats**, d'une part et des **barreaux**, d'autre part, est différent. Les premiers peuvent décider librement d'adhérer aux seconds, mais n'en dépendent pas pour leur **exercice professionnel**. Et, inversement, les **barreaux** n'existent que par les avocats qui les **composent**.

*

II-C-A-7/ LE CONSEIL D'ETAT CONSACRE LA REGLE DE PARALLELISME DES COMPETENCES ENTRE, D'UNE PART, LA DEFINITION DES OBLIGATIONS ET, D'AUTRE PART, L'INCRIMINATION ET LA SANCTION ADMINISTRATIVE DE LEURS EVENTUELS MANQUEMENTS

La **règle** qui s'évince très clairement de la jurisprudence du **Conseil d'Etat** (**CE, Section 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304) interdit formellement au pouvoir exécutif d'**incriminer** et de **réprimer par la voie administrative**, c'est dire, autrement que par les moyens du **droit pénal**, un **comportement** qui serait la méconnaissance d'une **obligation** créée par le **législateur**, y compris si les **sanctions administratives** sont de rang **réglementaire**.

L'option proposée par le **Commissaire du gouvernement Luc DEREPAS**, lors du jugement de l'affaire susmentionnée, n'a pas, en définitive, été retenue par le **Conseil d'Etat**.

L'**éminent magistrat** suggérait à la **Section du contentieux** de consacrer un **sytème hybride** confiant à la **loi** le soin de définir l'un des trois termes de l'**infraction punissable**, savoir l'**obligation** ou la **peine** et laissant au **règlement** le pouvoir de fixer les deux autres éléments, notamment l'**incrimination** :

« (…)
*Reste à examiner la légalité de la disposition du décret qui prévoit que peut être sanctionnée par la suspension ou la résiliation du COM tout « **manquement grave aux dispositions législatives et réglementaires** ». Cette disposition **ne nous paraît pas conforme** au **principe de légalité des délits et des peines**.*

En effet la référence aux « dispositions législatives et réglementaires » sans plus de précision ouvre un champ quasi-infini et ne peut donner lieu qu'à deux interprétations également inconstitutionnelles : soit elle signifie que la sanction peut être appliquée pour toute infraction (p. ex. en matière d'urbanisme, de droit du travail, de fiscalité...) et elle méconnaît alors par construction, en raison de cet effet universel, le principe de nécessité de la peine ; soit elle ne vise que la méconnaissance de certaines législations particulières, et elle méconnaît alors le principe de légalité des délits faute de préciser lesquelles. En effet, si la jurisprudence permet de définir le champ d'un régime de sanction administrative par référence à un ensemble d'obligations, encore faut-il que ces obligations soient elles-mêmes clairement identifiables.

Ainsi dans sa décision du 17 janvier 1989 précitée relative aux pouvoirs de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel (cons. 38), le CC a émis une réserve d'interprétation en indiquant que là où la loi déférée permettait de sanctionner la méconnaissance des « textes législatifs et réglementaires », il fallait entendre que seule pouvait être punie par les sanctions définies par la loi la méconnaissance des dispositions régissant les activités de communication audiovisuelle.

Le décret est donc illégal en tant qu'il ne précise pas les dispositions législatives et réglementaires dont le non-respect peut entraîner la sanction de la suspension ou de la résiliation du COM.
(…)

Cet environnement étant précisé, il nous faut maintenant vous proposer un guide de lecture des pouvoirs respectifs de la loi et du règlement en matière de sanctions administratives. Il nous semble qu'il faut partir pour cela des trois éléments constitutifs d'un tel régime : des obligations s'imposant aux administrés ; les dispositions qui font de la méconnaissance de ces obligations une incrimination ; et les dispositions qui définissent la peine applicable à ces incriminations. Dans la présente affaire, c'est l'échelon intermédiaire qui pose problème, la définition des incriminations, qui n'a pas été faite de façon suffisamment précise par la loi et dont on se demande si le décret pouvait y procéder.

Une première lecture consisterait à limiter la compétence législative au règlement des seules questions qui justifient la compétence législative dans la logique de la jurisprudence Benkerrou, et à permettre au décret de régler tout le reste. Dans cette logique, en l'espèce, il faudrait réserver la compétence législative à la seule définition de la ***peine*** *– la suspension et la résiliation du COM – puisque, nous l'avons dit, c'est parce que cette peine a pour effet de transférer à l'administration la faculté de fixer certains tarifs et les objectifs d'activité des établissements que sa définition relève de l'article 34. Il reviendrait au décret de définir les autres éléments du régime de sanction, et notamment les* ***incriminations****, en respectant les termes de la loi c'est-à-dire en n'incluant dans ces incriminations que des « manquements graves aux obligations législatives et réglementaires ».*

Cette lecture a eu longtemps notre préférence et nous avons conclu en ce sens devant vos 1e et 6e sous-sections réunies. Elle peut se prévaloir du raisonnement suivant : 1° La jurisprudence reconnaît au pouvoir réglementaire la possibilité d'édicter des régimes de sanctions administratives ; 2° elle reconnaît aussi la possibilité de définir un régime de sanctions administratives par référence à des obligations figurant dans d'autres textes, et elle n'oblige à faire remonter dans la loi que la définition des peines qui portent atteinte à des droits protégés par la loi; 3° le décret peut donc compléter un régime de sanction en faisant le lien entre d'une part, des obligations légales et réglementaires, et d'autre part une sanction devant être définie par la loi. Et s'il le peut, il le doit lorsqu'un tel complément est nécessaire pour assurer le respect de la légalité des délits et des peines.

Un tel raisonnement nous semblait en ligne avec le fait que votre jurisprudence, comme nous venons de le voir, permet au pouvoir réglementaire d'occuper une place plus importante en matière de sanctions administratives qu'en matière de sanctions pénales ; surtout, il nous paraissait à même de garantir, au cas d'espèce, le respect du principe de légalité des délits et des peines en obligeant le décret à compléter la loi sur ce point. Cette solution conduirait à l'annulation du décret attaqué au motif qu'il n'a pas suffisamment précisé les infractions pouvant donner lieu à sanction.

*Mais le **surcroît de réflexion** et **d'échanges** qu'a entraîné la **radiation de l'affaire** avant examen par votre **formation de jugement** nous a amené à examiner plus avant les conséquences ultimes d'une telle solution et ces **conséquences** nous paraissent **excessives**. Nous pensons qu'une telle solution serait justifiable si seulement l'un des deux éléments reliés par un dispositif de **sanctions** administratives, les **obligations** sanctionnées ou la **peine** infligée, relevait de la **loi**. On peut ainsi imaginer que des **obligations** définies par la **loi** fassent l'objet d'un **dispositif de sanction administrative** défini par **décret,** ce dernier précisant à la fois les **incriminations** et les **peines** applicables - ces peines ne pouvant excéder la **matière administrative** et ne privant d'effet aucun des **droits** dont la **protection** relève de la **loi**. On peut imaginer aussi, en sens inverse, qu'une **sanction administrative d**éfinie par la **loi** à raison de ses **effets** serve à assurer le respect d'**obligations** purement **réglementaires** : le décret, qui crée ces **obligations**, pourrait également préciser celles dont la **méconnaissance** entraîne l'application de la **sanction**. Dans ces deux cas, il y a n'y a en quelque sorte qu'**un seul point d'adhérence** à l'article **34**, et le reste du dispositif peut être défini par décret. Ce serait la principale différence avec la **matière pénale**, laquelle exige que les **trois éléments** soient définis par la **loi**, aux seules réserves que nous avons indiquées qui sont d'**ordre technique** ou tiennent à l'**indépendance** de la **réglementation sanctionnée**.*

*Mais il nous paraît après réflexion impossible de permettre au décret de définir les **incriminations** lorsque ce sont à la fois les **obligations sanctionnées** et la **peine** qui sont prévues par la **loi**. Si la **loi** souhaite que des **obligations** qu'elle définit soient **sanctionnées** en vertu de dispositifs créés par la loi elle-même, elle doit faire le **lien** entre les deux et il est difficilement justifiable au plan juridique de laisser au **pouvoir réglementaire** la faculté de combler ce manque. Par ailleurs, il nous paraît **dangereux** à la fois pour la **pleine application de la loi** et pour le **respect des droits** qu'elle protège de laisser au décret le soin de préciser quelles obligations légales peuvent être sanctionnées par des sanctions prévues également par la loi. Nous estimons finalement que dans ce cas, la **compétence législative** doit être considérée comme **un tout**, que la fixation par la loi des **obligations** et de la définition de la **peine** conduit à lui réserver également la définition des **incriminations**. En l'espèce, l'article **L. 6114-1** prévoyant que la **résiliation** peut intervenir en cas de « **manquement grave** aux obligations législatives et réglementaires », la loi devait prévoir elle-même de quelles obligations législatives la méconnaissance peut entraîner l'application de la sanction qu'elle définit par ailleurs. Le décret ne pouvait donc compétemment intervenir sur ce point. Ceci conduit à écarter comme inopérant le moyen tiré de l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines.*

Nous voyons bien l'inconvénient d'une telle solution. Elle souligne que la loi est entachée d'incompétence négative, et ne permet pas au décret de combler cette lacune. Ce faisant, elle laisse subsister tel quel un dispositif de sanction entaché d'inconstitutionnalité, et il ne sera pas possible de neutraliser cette dernière à l'occasion de la contestation des sanctions individuelles, puisque l'exception d'inconstitutionnalité de la loi ne pourra être davantage utilement invoquée dans de tels litiges dans le cadre constitutionnel actuel. Toutefois, si la volonté de purger le dispositif de son inconstitutionnalité est évidemment louable, elle ne peut pas justifier tous les efforts, et notamment pas autoriser le décret à intervenir sans habilitation dans le champ de l'article 34. C'est donc à la loi qu'il revient de mettre fin à cette inconstitutionnalité.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête et des conclusions présentées par l'Etat sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative. »

(conclusions **Commissaire du gouvernement Luc DEREPAS**, sous **CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304).

Sous l'éclairage qu'en a donné le **Rapporteur public**, la jurisprudence du **Conseil d'Etat** permettrait au **règlement** d'**incriminer** le **manquement** à une **obligation** si celle-ci ou la **peine** est seulement et exclusivement fixée par la **loi**.

Deux hypothèses d'incrimination se présenteraient :

1°) l'**obligation** seule est définie par la **loi**, alors que la **peine** est fixée par le **règlement**,

ou, l'inverse,

2°) la **loi** se contente de fixer la **peine**, tandis que le **règlement** définit l'**obligation** dont le manquement est sanctionné.

L e **Conseil d'Etat**, ainsi que l'indiquent les **observateurs avisés**, a, toutefois, retenu un **principe plus strict** :

« (…)
*Le commissaire du gouvernement proposait de voir si un **partage fin** entre compétence législative et réglementaire pouvait être effectué : la définition de la **peine** aurait été réservée à la **loi**, en raison des dispositions de nature législative régissant le régime des contrats d'objectifs et de moyens, mais le **décret** aurait pu régler les autres éléments du régime de sanctions, c'est-à-dire les **obligations** s'imposant aux administrés et la **définition des infractions**.*

*La décision du 18 juillet 2008 retient **une ligne de partage plus stricte** : « Lorsque la définition des **obligations** auxquelles est soumis l'exercice d'une activité relève du **législateur** en application de l'article **34** de la Constitution, il n'appartient qu'à la **loi** de fixer, le cas échéant, le **régime des sanctions administratives** dont la méconnaissance de ces obligations peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les **sanctions** encourues que les **éléments constitutifs des infractions** que ces sanctions ont pour objet de réprimer ». Autrement dit, le **caractère législatif** de la **définition** des **obligations** attrait dans le champ législatif **l'ensemble du régime de sanctions**.*

*L e s **obligations** relatives aux contrats d'objectifs et de moyens relèvent de la **loi.** En conséquence, le régime de **sanctions**, **corollaire** de ces **obligations**, relève également de la **loi**, qui **doit en définir tous les éléments**. Or le caractère **insuffisamment précis** de la détermination des infractions telles qu'elles figurent dans le texte de loi entache ces dispositions d'**inconstitutionnalité**. Mais le décret d'application, qui n'est intervenu ni sur la base d'une habilitation législative, ni dans le champ du pouvoir réglementaire autonome, ne pouvait s'écarter de la loi. Le moyen tiré de la méconnaissance, par les dispositions réglementaires contestées, du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines, est alors **sans incidence**. Le juge administratif ne peut annuler ces dispositions réglementaires dès lors qu'elles sont **conformes au texte de loi**, même si celui-ci est **inconstitutionnel**. Il subsiste donc, dans l'ordre juridique, un dispositif de **sanctions entaché d'inconstitutionnalité**.*

*Cette **solution peu satisfaisante** montre tout l'intérêt qu'aura la mise en place d'un dispositif permettant de soulever, par la voie de l'**exception**, la **question de la constitutionnalité d'une loi**. Un tel dispositif autoriserait en effet les requérants à soulever une **exception d'inconstitutionnalité** à l'occasion d'un litige relatif à une **sanction individuelle** prise sur la base des **dispositions réglementaires** existantes.*

*On relèvera enfin qu'une affaire comparable devrait être examinée au mois d'octobre par la section du contentieux et devrait permettre d'affiner la jurisprudence relative à la compétence du **pouvoir réglementaire** en matière d'édiction des régimes de sanctions administratives, lorsque le décret relève, cette fois-ci, du **pouvoir réglementaire autonome**.*

(**Edouard GEFFRAY**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation et **Sophie-Justine LIEBER**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation, auteurs de l'article « Champs de compétence respectifs de la loi et du règlement en matière de sanctions administratives » - AJDA 2008, p. 1812, *in fine*).

*

Comme susdit, la **Section du contentieux** du **Conseil d'Etat** a fait le choix de conserver son **intégrité** à la **structure normative** de l'**infraction administrative** et d'**uniformiser** les **pouvoirs** dévolus par la **Constitution**, selon les matières, au **législateur** et au **règlement** :

« (…)
***Considérant** que lorsque la **définition** des **obligations** auxquelles est soumis l'**exercice** d'une **activité** relève du **législateur** en application de l'article **34** de la **Constitution**, il n'appartient qu'à la **loi** de **fixer, le cas échéant**, le **régime des sanctions administratives** dont la **méconnaissance** de ces **obligations** peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les **sanctions** encourues que les **éléments constitutifs des infractions** que ces **sanctions** ont pour objet de **réprimer** ; que la circonstance que la **loi** ait renvoyé au **décret** le soin de définir ses **modalités** ou ses **conditions d'application** n'a ni pour **objet** ni pour **effet** d'habiliter le **pouvoir réglementaire** à intervenir dans le **domaine de la loi** pour définir ces éléments ;*
(…) »
(**CE, Section 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304, précité).

Comme les **commentateurs autorisés** de l'arrêt l'ont fait observer « (…) *le caractère **législatif** de la **définition** des **obligations** attrait dans le **champ législatif** l'ensemble du **régime de sanctions**.* (…) » (**Edouard GEFFRAY**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation et **Sophie-Justine LIEBER**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation, auteurs de l'article « Champs de compétence respectifs de la loi et du règlement en matière de sanctions administratives » - AJDA 2008, p. 1812, *in fine*).

Seule l'**incrimination pénale** fait **exception** à la **règle**, dès lors que la contrepartie de la faculté laissée au **pouvoir exécutif** d'incriminer et de sanctionner une **obligation** qu'il n'a pas **créée** est un **respect plus strict** du **principe de légalité des délits et des peines**, récusant tout renvoi, par une ***clausula generalis***, à des **obligations indéterminées** et contraignant celui-ci à **viser spécialement** le texte de **loi** incriminant le **comportement hors-la-loi**.

Ainsi, à titre d'exemple, l'article **L. 3512-9** du Code de la santé publique (CSP) dispose :

« *Il est **interdit** à tous les **occupants d'un véhicule** de **fumer** en présence d'**un enfant de moins de dix-huit ans**.* »

La **loi** se borne à créer une **interdiction**, savoir une **obligation négative** (**d'abstention**), sans prévoir **aucune sanction**. L'énoncé législatif est, e, effet, équivalent à « *Les occupants d'un véhicule ont **l'obligation de s'abstenir de fumer** en présence d'un enfant de moins de dix-huit ans.* »

Le **règlement** (article **R. 3515-4** CSP) qui ne rencontre devant lui **aucun obstacle de droit** (le **législateur** n'a pas érigé en **délit** le **comportement prohibé**), est, partant, libre de procéder à l'**incrimination** et à la **sanction** du comportement interdit par le **législateur** auquel il fait **expressément** référence :

« *Est puni de l'**amende** prévue pour les **contraventions** de la **quatrième classe** le fait de **fumer dans un véhicule** en présence d'un **mineur** en méconnaissance de **l'interdiction** prévue à l'article **L. 3512-9**.* »

En dehors de la **matière pénale** et dans le cas des **sanctions administratives**, la **réglementation** n'existe, en réalité, dans son **effectivité**, qu'à travers l'**incrimination**, laquelle nécessite l'**existence préalable** d'une **obligation**.

Le **législateur**, quant à lui, bénéficie d'une marge de manœuvre dont ne profite pas le **pouvoir réglementaire**. **Aucune norme constitutionnelle** n'oblige le **Parlement** à assortir l'**obligation** qu'il crée d'un **régime de sanctions**. D'où la **réserve** de l'énoncé prétorien qui précède : « (…) *il n'appartient qu'à la **loi** de **fixer**, **le cas échéant**, le **régime des sanctions administratives*** (…) ».

En revanche, l'**exercice** du **pouvoir réglementaire**, qui est une **obligation constitutionnelle** (article **21** de la **Constitution**) peut conduire le **Premier ministre** à assortir des **obligations déontologiques** d'un régime de **sanctions administratives / disciplinaires**.

Dès lors, seules seront **légales** les **sanctions** qui par leur **nature** et leur **objet** sont en **rapport** avec la **réglementation** en cause (**obligation** + **incrimination**) :

« (…)
*4. En premier lieu, lorsqu'il est **compétent** pour **fixer certaines règles d'exercice** d'une **activité**, le **pouvoir réglementaire** l'est **également** pour prévoir des **sanctions administratives** qui, par leur **objet** et leur **nature**, sont **en rapport avec cette réglementation**. Le **pouvoir réglementaire**, **compétent**, sur le fondement de l'article **L. 761-10** du code de commerce, pour **fixer l'organisation générale** des marchés d'intérêt national, l'est donc également pour **définir** le **régime des sanctions** applicables aux **usagers** de ces marchés en cas d'**infraction aux règles** qui régissent le marché.*
(…) »
(**CE, 09 Décembre 2016**, n°383421).

Le **Gouvernement** n'est pas, pour autant, démuni.

Il convient, d'une part, de rappeler qu'aux termes de l'article **R. 610-5** du Code pénal :

« *La **violation** des **interdictions** ou le **manquement** aux **obligations** édictées par les **décrets** et **arrêtés de police** sont punis de l'**amende** prévue pour les **contraventions** de la **1re classe**.* »

Ce texte à **portée générale** incrimine et réprime la **méconnaissance** de **tous les règlements de police** dès lors qu'elle n'est pas **sanctionnée** par un **texte spécial** :

« (…)
*Vu les articles **R. 610-5** du code pénal, 521, 522-2, 546 du code de procédure pénale, L. 3132-29 et R. 3135-2 du code du travail ;*

*Attendu que, d'une part, l'article **R. 610-5** du code pénal n'est pas applicable lorsque la **méconnaissance** des **interdictions** ou **obligations** prévues par un **décret** ou un **arrêté de police** est **sanctionnée** par un **texte spécial** ;*
(…) »
(**Cass. Crim. 24 Janvier 2012**, n°11-84.529).

D'autre part, il est toujours loisible, comme susdit, au **pouvoir exécutif** d'ériger en **contravention de police** un comportement **interdit** par la **loi**, dès lors qu'il ne constitue **ni crime ni délit**.

*

Les règles de la **logique modale** permettent de synthétiser la présente problématique :

Prolégomènes : l'**empêchement d'exercice** fait partie de l'ensemble des **sanctions** et **mesures de police** (**sûreté**) relatives à l'**exercice professionnel** ; donc, la **loi** est **seule compétente** pour fixer les **sanctions** empêchant l'exercice, déterminer les **éléments constitutifs** de **l'infraction statutaire** et désigner les **autorités habilitées** à prononcer la **sanction** et/ou la **mesure de police** qui en est l'accessoire.

Proposition A : Empêchement d'exercice **Hors Barreau d'Origine** (**HBO**), ce qui signifie empêchement d'exercice dans un **barreau tiers** ou **hors barreau**.

Proposition B : Présence d'une **loi**.

En vertu de la **loi logique** de **CONTRAPOSITION**, la proposition **A implique B** est équivalente à la proposition **non-B implique non-A**. Si l'on n'est pas en présence d'une **loi**, condition qui est vérifiée en l'absence de **texte** ou en présence d'un **règlement**, alors il ne peut pas exister d'**empêchement d'exercice HBO**.
De la même façon, en considérant le schéma **SANCTION** (**A**) implique **OBLIGATION** (**B**), l'**ABSENCE D'OBLIGATION** (**non-B**) implique l'**ABSENCE DE SANCTION** (**non-A**).
Il est, ainsi, bien établi que le **pouvoir réglementaire** ne peut pas sanctionner par la **voie administrative** (**régime disciplinaire**) une **obligation légale** (**qu'il n'a pas créée**) et contre les éventuels manquements de laquelle le **législateur n'a prévu aucune sanction administrative**.

*

Le **Conseil d'Etat** confirme, plus récemment, les principes susvisés :

1°) « (…)

*Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article **34** de la **Constitution** : « La **loi** fixe les **règles** concernant : / (...) les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques** (...) » ; qu'au nombre des **libertés publiques** dont, en vertu de ces dispositions, les **garanties fondamentales** relèvent du **domaine de la loi**, figure le **libre accès** à **l'exercice** par les citoyens d'une **activité professionnelle** ; qu'**il ne revient dès lors qu'à la loi** ou, en cas d'application de l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement intervenant par voie d'ordonnance, de **fixer** les **règles essentielles** relatives aux **conditions d'accès** à l'activité professionnelle en cause et à ses **modalités d'exercice** ; que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, les **règles essentielles d'exercice** des fonctions de **biologiste médical** étant désormais fixées aux articles L. 6213-3, L. 6213-4 et L. 6213-5 du code de la santé publique issus de l'ordonnance attaquée, les dispositions du 1° de l'article L. 6213-6 du même code, en **renvoyant** à un **décret en Conseil d'Etat** la **détermination** des « **modalités d'exercice** et les **règles professionnelles** » des fonctions de **biologiste médical**, se sont **bornées** à **confier** au **pouvoir réglementaire** le **soin** de prendre par **décret en Conseil d'Etat** les **mesures d'application** qu'elles impliquent, et **n'ont pas pour effet** d'habiliter le pouvoir réglementaire à **fixer d'autres règles essentielles d'exercice** ; qu'il en va de même des dispositions du 2° et du 3° du même article, relatives à l'exercice des fonctions de **biologiste médical** par les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, qui renvoient à un **décret en Conseil d'Etat** le soin de déterminer les **«conditions** dans lesquelles l'intéressé est soumis à une mesure de compensation » ainsi que les **« modalités** de vérification des qualifications professionnelles mentionnées à l'article L. 6213-4 » ; que le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée serait, sur ce point, entachée d'« **incompétence négative** », doit dès lors être **écarté** ;*

(…) »

(**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 Décembre 2010, Conseil national de l'Ordre des médecins et a**., n° 337396, n° 337625).

2°) « (…)

*29. En premier lieu, en vertu de l'article **21** de la **Constitution**, le **Premier ministre " assure l'exécution des lois "** et, sous réserve de la compétence conférée au Président de la République pour les décrets délibérés en Conseil des ministres par l'article **13** de la **Constitution**, **" exerce le pouvoir réglementaire "**. Pour **l'application** des **dispositions législatives** régissant les **professions d'avocat**, d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice, de notaire, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire, de conseil en propriété industrielle et d'expert-comptable, il appartient au **Premier ministre** de faire usage du **pouvoir réglementaire** que lui confère l'article **2 1** de la **Constitution** pour **fixer** les **règles de déontologie** propres à ces différentes professions. Contrairement à ce que soutient le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, ces **règles n'affectent pas**, **en principe**, les **principes fondamentaux** d e s **obligations civiles et commerciales** dont la **détermination** relève du **seul législateur** en vertu de l'article **34** de la Constitution. Il s'ensuit que les requérants **ne sont pas fondés** à soutenir qu'en ne précisant pas elle-même les **règles** permettant d'assurer la **gestion des conflits d'intérêts** au sein des sociétés pluri-professionnelles d'exercice et en **renvoyant au pouvoir réglementaire** le soin de **déterminer** ces **règles**, l'ordonnance serait entachée d'**incompétence négative**.* (…) »

(**CE, 6ème et 5ème chambres réunies, 17 Juin 2019, Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle et a**., n°400192, 400208, 400267, 400290, 400332, **§ 29**).

*

Il résulte des deux arrêts précités :

1°) Que le **législateur** est **seul compétent** pour **fixer** les **règles essentielles** d'**accès** et d'**exercice professionnels**, tandis que le **pouvoir réglementaire** est, le cas échéant, chargé de seulement les **expliciter**, savoir **préciser** « *les **mesures d'application** qu'elles impliquent* » (**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 Décembre 2010, Conseil national de l'Ordre des médecins et a**., n° 337396, n° 337625).

2°) Que les **règles de déontologie** propres à une **profession**, comme la **profession d'Avocat**, « ***n'affectent pas**, en principe, les **principes fondamentaux** des **obligations civiles et commerciales** dont la **détermination** relève du **seul législateur** en vertu de l'article **34** de la Constitution* » (**CE, 6ème et 5ème chambres réunies, 17 Juin 2019, Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle et a**., n°400192, 400208, 400267, 400290, 400332, **§ 29**) et ne pourraient pas davantage **mettre en cause** d'autres **principes** et **règles** que le **Constituant** a chargé le **législateur** de déterminer.

On tire de ce qui précède que les **règles de déontologie** fixées par **voie réglementaire** sont des **règles secondaires** (**dérivées**) et **non pas essentielles** (**intégrales**) dont la **sanction** ne peut porter atteinte à la **substance même** de l'**exercice** de ladite profession.

Leur objet est :

- de **qualifier** et/ou **d'expliciter** des **obligations essentielles** fixées par le **législateur** pour la **matière concernée** (article **1100, alinéa 1er** du Code civil : « *Les **obligations** naissent d'**actes juridiques,** de **faits juridiques** ou de l'**autorité seule de la loi**.* ») qui a seul compétence pour, le cas échéant, en prévoir les **sanctions**,

- et/ou de déterminer, dans l'exercice du **pouvoir réglementaire de police** du **Premier ministre** (**CE, 08 Août 1919, Labonne**, Rec. 737), « *en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses **pouvoirs propres*** » (articles **21** et **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 – « *pouvoir réglementaire autonome* » ou « *pouvoir réglementaire en général* »), des **obligations dérivées** (**extension** ou **transposition d'obligations essentielles applicables à l'intéressé** en une **autre qualité**) dont il lui appartient, le cas échéant, d'assurer l'**effectivité** par l'édiction de « ***sanctions administratives** qui, par leur **objet** et leur **nature**, sont **en rapport avec cette réglementation*** » (**CE, 09 Décembre 2016**, n°383421).

Ainsi, les **sanctions les plus graves** portant **empêchement temporaire** ou **perpétuel** d'exercice de la profession ne peuvent être décidées que par le **législateur** (v. l'article **726** du Code de procédure pénale qui, tout en renvoyant à « *un décret en Conseil d'Etat* » le soin de déterminer « *Le **régime disciplinaire** des **personnes détenues** placées en **détention provisoire** ou exécutant une **peine privative de liberté*** » et de préciser « *Le **contenu** des **fautes disciplinaires**, qui sont classées selon leur **nature** et leur **gravité*** », se **réserve** la **compétence** de prévoir « *Le **placement en cellule disciplinaire*** » et « *l e **confinement en cellule individuelle ordinaire*** » et leur **durée maximale** (**vingt jours**, jusqu'à **trente jours** « *pour tout acte de **violence physique** contre les **personnes** ;* »).

Dès lors, aux fins de rendre **effectif** le respect des **règles déontologiques**, seront à la disposition du **pouvoir réglementaire** toutes les « ***sanctions administratives** qui, par leur **objet** et leur **nature**, sont **en rapport avec cette réglementation*** » (**CE, 09 Décembre 2016**, n°383421), à la **condition expresse** de ne porter atteinte à aucune des **règles** ni aucun des **principes fondamentaux** que la **Constitution** a placés dans le **domaine de la loi**, tels ceux qui concernent « *les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques*** », ou le « *régime de la **propriété*** », les « ***droits réels*** » et « *les **obligations civiles*** ».

Il est bien entendu qu'une **réglementation** qui se bornerait à **exposer** le **droit positif** en **rappelant** les **dispositions législatives** applicables à la matière dans laquelle elle intervient et sans fixer de **règle de fond** (**prestation nouvelle**) à la charge de ses **destinataires**, ne saurait prévoir **aucune sanction** de la seule compétence du **législateur**. L'**obligation légale** peut être **explicitée** par le **règlement**, notamment pour en faciliter l'**observance** (l'**exécution de l'acte administratif**). Mais, seul le **législateur** est compétent pour décider si son inobservation justifie, « ***le cas échéant*** », d'aller au-delà de l'ouverture d'une **action en justice** (**l'exécution par voie de justice**). La **mesure de police** pouvant se traduire, sur le plan **normatif**, par l'édiction d'une **sanction pénale** et/ou **administrative** ou, en son absence, par l'**exécution forcée** (ou **d'office - l'exécution par voie administrative**) sera, partant, la **sanction** de l'**obligation** déterminée par la **loi** et explicitée par le **décret en Conseil d'Etat**.

Le **règlement** ne pourra, dans ces conditions, **ajouter** à la **sanction légale** sa **propre sanction** (hypothèse du **cumul** non prohibé par la **règle *non bis in idem* – article 4 du Protocole n° 7 CEDH**) ou **suppléer** à son absence, qu'aux **conditions cumulatives** suivantes :

1°) L'**obligation dérivée**, **étendue** ou **transposée** relève *in situ* d'une **matière** qui a le **caractère réglementaire**, au sens et pour l'application de l'article **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 (qui est vierge de toute intervention législative, qu'aucune loi n'est venue explorer), comme l'est la **procédure civile** ou **administrative contentieuse** ou encore les **règles d'organisation** et de **fonctionnement** d'un **service public**.

2°) Elle n'est pas simplement une **modalité d'exécution** d'une **obligation légale**, mais une **obligation substantielle** à part entière.

3°) Elle **s'explicite clairement** et **précisément** aux yeux d'une **personne raisonnable**, capable de comprendre par la seule connaissance de l'énoncé normatif la **prestation positive** ou **négative** qui est attendue d'elle.

4°) Elle **nécessite** pour son **effectivité** qu'elle soit **sanctionnée** autrement que par l'ouverture d'une **action en justice** (**l'exécution par voie de justice**) ou par **l'exécution d'office** (**critique institutionnelle** au moyen du **droit souple**). Ce qui signifie que seule une **mesure de police générale** ou **spéciale** peut y pourvoir (**pouvoir réglementaire de police** du **Premier ministre** - article **21** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 – **CE, 08 Août 1919, Labonne**).

A contrario, l'article **6, alinéa 2** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, aux termes duquel :

« *L'avocat est **tenu de déférer** aux **désignations** et **commissions d'office**, sauf **motif légitime d'excuse** ou d'**empêchement** admis par l'autorité qui a procédé à la désignation ou à la commission.* »

n'est qu'une **redite** de l'article **9** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, sans rien n'y ajouter :

« *L'avocat régulièrement **commis d'office** par le bâtonnier ou par le président de la cour d'assises **ne peut refuser son ministère** sans faire **approuver** ses **motifs d'excuse** ou d'**empêchement** par le bâtonnier ou par le président.* »

Or, la **loi** n'a prévu **aucune sanction** du **manquement** à l'**obligation** qu'elle a créée de déférer à la commission d'office.

Aucune sanction ne pourra, en conséquence, être prononcée au titre d'une « (…) ***infraction** aux **règles professionnelles*** (…) » qu'incrimine l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

*

Tout **parasitisme normatif** disqualifie le pourvoir réglementaire :

« (…)
dès lors que les sanctions sont susceptibles de porter atteinte à un droit dont la protection relève de la loi, il incombe au législateur d'en définir le régime ; mais si les droits touchés par la sanction relèvent du décret, c'est le pouvoir réglementaire qui est compétent.
(…) »
(conclusions **Commissaire du gouvernement Luc DEREPAS**, sous **CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304),

ce qui conduit à la distinction **droits fondamentaux** / **droits dérivés**.

*

II-C-A-8/ LA PROFESSION D'AVOCAT N'EST PAS UNE PROFESSION REGLEMENTEE AU SENS ET POUR L'APPLICATION DES PRINCIPES PRETORIENS DEGAGES PAR LE CONSEIL D'ETAT

Une définition – parmi d'autres - de la **profession réglementée** peut être empruntée à la **directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil** du 07 Septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JOUE L 255 du 30.09.2005, p. 22), dont l'article **3, § 1, a)** dispose :

« (…)

Article 3
Définitions

1. Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) «**profession réglementée**»: une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'**accès**, l'**exercice** ou une des **modalités d'exercice** est subordonné directement ou indirectement, en vertu de **dispositions législatives**, **réglementaires** ou **administratives**, à la possession de **qualifications professionnelles déterminées**; l'utilisation d'un **titre professionnel** limitée par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives aux détenteurs d'une qualification professionnelle donnée constitue notamment une modalité d'exercice. Lorsque la première phrase n'est pas d'application, une profession visée au paragraphe 2 est assimilée à une profession réglementée;
(…) »

L a **profession d'avocat**, en **France**, répond, sans doute, à cette définition de la **profession réglementée**, laquelle n'est, toutefois, pas **superposable** à celle dégagée par le **Conseil d'Etat**.

En effet, comme susdit, la **Haute assemblée** valide la **légalité** d'un **règlement autonome** ajoutant à la **loi** des **prescriptions complémentaires**, dès lors que l'activité en cause - « *la profession de* ***conducteur de taxi*** » - « a *le caractère d'une* ***activité réglementée par la loi*** », autrement dit une « *activité professionnelle* (…) *ayant fait l'objet* (d'une) ***limitation légale*** (…) » :

« (…)
6. Considérant qu'aux termes de l'article ***34*** *de la* ***Constitution*** *du 4 octobre 1958 : « La* ***loi*** *fixe les* ***règles*** *[...] concernant les* ***garanties fondamentales*** *accordées aux* ***citoyens*** *pour l'exercice des* ***libertés publiques*** *» ; que selon son article* ***37****, « les* ***matières autres*** *que celles qui sont du* ***domaine de la loi*** *ont un* ***caractère réglementaire*** *» ; qu'au nombre des* ***libertés publiques****, dont les* ***garanties fondamentales*** *doivent, en vertu de la* ***Constitution****, être déterminées par le* ***législateur****, figure le* ***libre exercice*** *par les* ***citoyens*** *d'une* ***activité professionnelle*** *n'ayant fait l'objet d'****aucune limitation légale*** *; que, toutefois, la* ***profession de conducteur de taxi*** *a le caractère d'une* ***activité réglementée par la loi*** *;*

*que, dès lors, il était loisible à l'**autorité** investie du **pouvoir réglementaire** de **fixer**, en vertu des **pouvoirs** qu'elle tient de l'article **37** de la **Constitution**, des **prescriptions complémentaires** de celles résultant de la **loi** du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur ; qu'ainsi, l'article **R. 3121-12** du code des transports, issu du **décret** contesté du 30 décembre 2014, a pu **légalement** prévoir la possibilité pour l'**autorité compétente** de soumettre la **délivrance** ou le **renouvellement** des **autorisations de stationnement** au respect d'une ou plusieurs **conditions** relatives à l'utilisation d'**équipements** permettant l'**accès** du taxi aux **personnes à mobilité réduite**, l'utilisation d'un **véhicule hybride** ou **électrique** ou **l'exploitation de l'autorisation** à certaines **heures** et **dates** ou dans **certains lieux**, alors même que **ces conditions n'étaient pas prévues par la loi** du 1er octobre 2014 précitée ;*

(…) »

(**CE, 6e et 1re sous-sections réunies, 09 Mars 2016, Société UBER et a.**, n°388213, n°388343 et n°388357, **§ 6**; et, dans le même sens, **CE, Ass. 07 Juillet 2004**, **BENKERROU** n°255136).

Il est constant qu'**en dehors de toute habilitation législative**, le **pouvoir réglementaire** intervient, pour les matières qui ne sont pas réservées à la **loi**, de façon **autonome**, en cas de **nécessité** (**mesure de police**). Le **jugement** est, ici, **synthétique** dès lors que la **connexité** entre **sujet** et **prédicat** est pensée **sans identité** et seulement par **proximité sémantique**. Le **règlement autonome** peut **compléter** la **loi**, dans cette mesure.

Cependant, la **profession d'avocat** n'est pas assimilable à la **profession de conducteur de taxi**. Celle-ci est soumise à un **double régime d'autorisation** décidé par la **loi**, ce qui n'est pas le cas de celle-là, bénéficiant du **régime de la déclaration** (**prestation de serment**). L'exercice professionnel est assujetti à une **décision administrative individuelle** et non plus seulement à un **règlement**.

Ainsi, d'une part, la **loi** rend tributaires lesdits **conducteurs** de la délivrance « *d'une **carte professionnelle** délivrée par **l'autorité administrative*** » (article **L. 3120-2-2** du Code des transports).

De deuxième part, l'**exploitation** des **taxis** est subordonnée à la délivrance « *d'une **autorisation de stationnement** sur la **voie publique*** » (article **L. 3121-1** du Code des transports).

C'est, précisément, en raison du **régime d'autorisation** dont est tributaire la profession de **conducteur de taxi** que le **Conseil d'Etat** l'a qualifiée de **profession réglementée par la loi**.

En effet, le **régime d'autorisation**, que seule la **loi** peut créer (**CE, Ass. 22 Juin 1951, DAUDIGNAC**, Rec. 362), place immédiatement l'**activité** ou la **profession** concernée sous « *la **surveillance** de **l'autorité qui administre*** », selon la formule de **PORTALIS** (**discours préliminaire du premier projet de Code Civil** « ***présenté le 1er pluviôse an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement*** »).

Il est, en effet, loisible au **législateur** (« (…) *la **puissance qui institue** ou qui **crée*** », ibid.), d'apporter à la **liberté d'entreprendre**, que garantit l'article **4** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), « (…) *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°2012-285 QPC du 30 Novembre 2012, M. Christian S**., **§ 6**).

La **liberté** est, de façon générale, **reconnue**, **garantie** et **encadrée** par les articles **4** et **5 DDH** :

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**.* ».

La **sécurité** des **personnes** et des **biens** a pu, partant, justifier que le **législateur** décide de rendre la profession de **conducteur de taxi** tributaire d'un **régime d'autorisation**, jugé seul apte à satisfaire l'**objectif de protection** poursuivi. Le **législateur** n'a, d'ailleurs, pas à justifier son **choix normatif**, mais seulement à s'assurer que le dispositif adopté n'entraîne pas de **restrictions disproportionnées** à la **liberté d'entreprendre**.

Le **régime d'autorisation** ne dispense pas, pour autant, le **législateur** de prévoir les **conditions essentielles d'accès** à la profession et celles de son **exercice** :

« (…)
*Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article **34** de la **Constitution** : « La **loi** fixe les **règles** concernant : / (...) les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques** (...) » ; qu'au nombre des **libertés publiques** dont, en vertu de ces dispositions, les **garanties fondamentales** relèvent du **domaine de la loi**, figure le **libre accès** à **l'exercice** par les citoyens d'une **activité professionnelle** ; qu'**il ne revient dès lors qu'à la loi** ou, en cas d'application de l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement intervenant par voie d'ordonnance, de **fixer** les **règles essentielles** relatives aux **conditions d'accès** à l'activité professionnelle en cause et à ses **modalités d'exercice** ;*
(…) »
(**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 Décembre 2010, Conseil national de l'Ordre des médecins et a**., n° 337396, n° 337625).

Ainsi, comme susdit, la **loi** oblige les **conducteurs** d'un **véhicule de transport public particulier de personnes**, dont les **conducteurs de taxi**, à être titulaires « *d'une* ***carte professionnelle*** *délivrée par* ***l'autorité administrative*** » (article **L. 3120-2-2** du Code des transports), de même qu'elle subordonne l'**exploitation** des **taxis** à la délivrance « *d'une* ***autorisation de stationnement*** *sur la* ***voie publique*** » (article **L. 3121-1** du Code des transports).

L'intérêt de la qualification de **profession réglementée** se révèle sous le jour des **sanctions administratives** applicables à ses membres, au vu de **faits** laissés à l'appréciation de l'**autorité disciplinaire**. Celle-ci pourra, en effet, en considération de la gravité du manquement aux **obligations** auxquelles est tenu le professionnel, décider de retirer à celui-ci son **habilitation d'exercice**. Il s'agit, pour les **conducteurs de taxi** de la **carte professionnelle** (article **L. 3120-2-2** du Code des transports) et de l'**autorisation de stationnement sur la voie publique** (article **L. 3121-1** du même Code).

Les articles **L. 3124-1** et **L. 3124-11** du Code des transports disposent respectivement, à cet égard :

Article **L. 3124-1** du Code des transports :

« *Lorsque l'autorisation de stationnement n'est pas exploitée de façon effective ou continue, ou en cas de violation grave ou répétée par son titulaire du contenu de cette autorisation ou de la réglementation applicable à la profession, l'autorité administrative compétente pour la délivrer peut donner un avertissement au titulaire de cette autorisation de stationnement ou procéder à son retrait temporaire ou définitif.* »

Article **L. 3124-11** du Code des transports :

« *En cas de* ***violation*** *de la* ***réglementation applicable à la profession*** *par le conducteur d'un véhicule de transport public particulier de personnes, l'****autorité administrative*** *peut lui donner un* ***avertissement*** *ou procéder au* ***retrait temporaire*** *ou* ***définitif*** *de sa* ***carte professionnelle****.* »

*

On sait, dans cet ordre d'idées, que **la police spéciale des professions réglementées** s'exerce sur les professions qui ont noué expressément ou implicitement un **lien** avec la **Puissance publique**, en raison de la **nature** de l'activité en cause, des **risques** auxquels elle expose le public ou des **charges** qu'elle fait supporter à la collectivité :

« (…)
Cependant, on ne saurait condamner sans réserves les ***sanctions administratives****. Celles-ci peuvent avoir leur place dans un* ***Etat libéral****, à la condition que leur* ***domaine d'application*** *soit* ***étroitement limité****, qu'elles n'empiètent en aucune manière sur la* ***répression pénale****. D'une part, la* ***sanction administrative*** *suppose un* ***lien déjà individualisé*** *entre* ***l'Administration*** *et l'****intéressé*** *: ce dernier* ***collabore*** *par exemple à l'exécution d'un* ***service public****, il bénéficie d'une* ***autorisation*** *accordée par l'Administration ou d'une* ***prestation*** *versée par elle. Le* ***pouvoir disciplinaire*** *ne pourrait s'appliquer aux* ***relations générales*** *entre l'****Etat*** *et les* ***citoyens*** *sans supplanter d'une manière inadmissible le* ***droit pénal****.*

(…)
(**Doyen AUBY**, ***Les sanctions administratives en matière de circulation automobile***, D. 1952, chron. XXV, p. 112).

(« (…) ***L'application des sanctions***

*Si la détermination des **faits punissables** peut, dans certains cas, être laissée à **l'appréciation** de l'**autorité disciplinaire**, il n'en va pas de même du **choix** des **sanctions applicables**. Celles-ci sont presque toujours fixées par les **textes** : dans les cas exceptionnels où il n'en va pas ainsi, la jurisprudence exerce sur elles un contrôle rigoureux : elle exige, d'une part, qu'elles se rattachent à la **situation particulière de l'administré** qui fonde l'existence du **régime disciplinaire** : elle les distingue d'autre part des **sanctions pénales**, qui nécessitent une **habilitation légale**.*

*A ce second point de vue, il est de règle que toute **sanction administrative** assimilable à une **sanction pénale**, c'est-à-dire portant atteinte à la **liberté physique** ou au **patrimoine**, ne peut être établie que par la **loi**. En sens inverse, la **privation** d'une **prestation** ou d'un **titre** accordé **discrétionnairement** par l'Administration peut avoir simplement une **base réglementaire**. Entre des deux situations se placent une série de cas pour lesquels les solutions sont plus nuancées et dépendent du caractère plus ou moins défini d'une **liberté publique** et des conditions d'exercice de cette liberté.*
(…) »
(**Doyen AUBY**, ibid, p. 114).

Il s'agit d'une déclinaison des **pouvoirs propres de police générale** que le **Premier ministre** détient **sans habilitation législative** et sur l'ensemble du territoire, aux fins d'**assurer l'ordre public** (**CE, Labonne 08 Août 1919**, Rec. 737).

*****

L'**avocat**, quant à lui, n'est pas, comme exposé précédemment, soumis à un **régime d'autorisation**, mais bénéficie du **régime de la déclaration**, qui se concrétise par la **prestation de serment** (article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Je jure, comme **avocat**, d'exercer mes fonctions avec **dignité**, **conscience**, **indépendance**, **probité** et **humanité**.* »

Le **lien** noué avec la **Puissance publique** sera logiquement **beaucoup plus lâche**, lorsqu'il n'est pas **totalement inexistant**, en ce qui concerne notamment l'activité de **plaidoirie**, **prérogative historique** du **défenseur universel**, que le **législateur** a délibérément laissée dans le champ de la **liberté** :

« *Les **avocats** exercent leur ministère et **peuvent plaider sans limitation territoriale** devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires, sous les réserves prévues à l'article 4.*
(…) »
(article **5, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

Le **législateur** a défini une **police de l'audience** à l'article **41**, **alinéas 4** à **6** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse :

« *Ne donneront lieu à **aucune action en diffamation**, **injure** ou **outrage**, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les **discours prononcés** ou les **écrits produits** devant les tribunaux.*

*Pourront néanmoins les **juges**, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la **suppression** des **discours injurieux**, **outrageants** ou **diffamatoires**, et condamner qui il appartiendra à des **dommages-intérêts**.*

*Pourront toutefois les **faits diffamatoires étrangers à la cause** donner ouverture, soit à l'**action publique**, soit à l'**action civile** des **parties**, lorsque ces **actions** leur auront été **réservées** par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'**action civile** des **tiers**.* »

Celle-ci (« ***suppression** des **discours injurieux**, **outrageants** ou **diffamatoires*** » (**alinéa 5**), se prolonge, dans les **cas les plus graves** (« ***faits diffamatoires étrangers à la cause*** ») par l'**action juridictionnelle** que la **loi** rétablit (**alinéa 6**), en faisant **exception** au **principe d'immunité** (**alinéa 4**).

*

L'exigence de « ***qualifications professionnelles déterminées*** », au sens de l'article **3 § 1, a)** de la **directive 2005/36/CE** ne suffit, donc, pas à transposer à la **profession d'avocat** la solution prétorienne ci-dessus rappelée applicable aux **professions réglementées** par la **loi**, comme l'est notamment la profession de **conducteur de taxi**.

L e **pouvoir exécutif** ne pourra, donc, pas se contenter d'alléguer, sans le prouver, que la profession d'avocat serait **réglementée par la loi** pour ajouter aux **prescriptions légales** (article **11** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) des **conditions complémentaires** d'**accès à la profession**, comme celle d'être inscrit au **tableau** d'un **barreau français** (article **154, première phrase**, du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat).

*

II-C-B/ LES REGLES LEGALES D'ORGANISATION ET DE FONCTIONNEMENT DES BARREAUX FRANCAIS RENDENT CEUX-CI JUSTICIABLES DE L'ARTICLE 11 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME GARANTISSANT LA LIBERTE D'ASSOCIATION: LE DROIT DE L'AVOCAT QUI A ACQUIS SA QUALIFICATION PROFESSIONNELLE EN FRANCE D'EXERCER HORS BARREAU

L'**esprit** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques se résume de la façon suivante.

L'exercice du **pouvoir disciplinaire** à l'égard des membres du **barreau**, inhérent à son **organisation**, à l'instar de celle de toute **association**, comme le juge le **Conseil d'Etat** (**CE, 19 Mars 2010**, **CHOTARD**, n°318549), ne tend qu'à la **conservation** de son **intégrité morale** et **matérielle** et n'a ni pour **objet** ni pour **effet** d'**empêcher l'exercice professionnel** de ses adhérents (**II-C-B-1**).

Un **équilibre subtil** a dû, donc, être recherché, sinon trouvé, aux fins de ménager les **droits** et **obligations** des **avocats**, d'une part, des **barreaux** que ceux-ci sont susceptibles de constituer, d'autre part.

L'**esprit réformateur** qui a présidé au vote de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est nettement celui du **libéralisme**.

Il n'est, donc, pas surprenant que le **législateur** de 1971 ait choisi, comme **mode de régulation** de la profession d'avocat, dont il reconnaît la **spécificité**, le régime de la **déclaration préalable** et non pas celui de l'**autorisation**, laquelle caractérise les **ordres professionnels** (**II-C-B-2**).

*

II-C-B-1/ LE DROIT DE L'AVOCAT QUI A ACQUIS SA QUALIFICATION PROFESSIONNELLE EN FRANCE D'EXERCER HORS BARREAU, CONSEQUENCE NECESSAIRE DE LA LIBERTE D'ASSOCIATION : LE TEXTE NATIONAL DOIT S'INTERPRETER CONFORMEMENT AU DROIT SUPRANATIONAL OU S'EFFACER

Cette **prérogative** s'attache à l'application des **règles** de **droit positif**, dont il résulte :

1°) QUE l'***ordre*** *n*'est pas, **en France**, le **mode légal** d'organisation de la profession d'Avocat, que le **législateur français** considère comme une « ***profession libérale et indépendante »*** (article **1er, I, alinéa 3** de de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques – ci-après « la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 » dont l'article **73** prohibe l'usage du mot « ***ordre*** » « *dans la dénomination d'un groupement professionnel constitué sous quelque forme que ce soit* (…) *en dehors des cas prévus par la loi* »).

Il est patent, à cet égard, que l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII, selon lequel « *Il sera formé un* ***tableau*** *des* ***avocats exerçant*** *près les tribunaux.* » a été **abrogé** par l'article **76** de la **loi** précitée, comme étant « ***contraire***() *à la présente loi* », sans que son **contenu** soit repris par une autre disposition législative.

2°) QU'est réputée **Avocat**, dans le texte de la **loi** susvisée, la **personne physique** remplissant les conditions **limitativement** posées à son article **11** – lesquelles **ne comprennent pas l'inscription à un barreau** - et qui a **prêté**, devant la **Cour d'appel** territorialement compétente, le **serment de l'Avocat** exprimé par l'article **3, alinéa 2** de ladite loi : « *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec* ***dignité, conscience, indépendance, probité*** *et* ***humanité*** ».

L'article **323** du Code de procédure pénale, de **nature législative**, relatif aux débats devant la **Cour d'assises**, prévoit expressément, à cet égard, le cas de l' « ***avocat*** *de l'accusé* (qui) ***n'est pas inscrit à un barreau*** ». Il est rappelé, dans cet ordre d'idées, que le **droit** d'exercer la profession de chauffeur de taxi **sans être affilié à une association professionnelle** a été reconnu dès **1993** par la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH, 30 Juin 1993, Sigurdur A. SIGURJONSSON c ISLANDE**, n°16130/90, **§ 35**, à propos de l'adhésion forcée à une association professionnelle de chauffeurs de taxis ; et, dans le même sens **CEDH, Plénière, 13 Août 1981, YOUNG, JAMES et WEBSTER c. Royaume-Uni**, n° 7601/76 ; 7806/77 : l'adhésion forcée à un syndicat – ***closed shop*** – viole l'article **11** de la C**onvention européenne des droits de l'homme**) d'où l'on tire le **droit de quitter le groupe** dont on ne partage pas les **convictions profondes** (**CEDH, Grande Chambre, 29 Avril 1999, CHASSAGNOU et a. c. FRANCE**, n°25088/94, 28331/95 et 28443/95, **§ 117**, à propos de l'adhésion forcée aux Associations Communales de Chasse Agréées - ACCA).

3°) QU'en conséquence, l'**Avocat** ayant obtenu sa **qualification professionnelle** en **France** doit pouvoir, au nom de la **liberté d'association**, qui est la **liberté de s'associer et/ou de ne pas s'associer** et que garantit notamment l'article **11** de la **Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)**, avec la **portée** que lui donne la **jurisprudence** de la **Cour de Strasbourg**, ayant **valeur supranationale**, exercer sa **mission constitutionnelle de défense sans obligation d'être affilié à un barreau**. Seule sa **résidence professionnelle** dans le ressort d'une **Cour d'appel** sera de nature à déterminer son **pouvoir de représentation** des justiciables devant les **juridictions judiciaires nationales** (**postulation**), dans les conditions prévues à l'article **5** de la loi précitée.

La **Cour de cassation** a récemment confirmé, à ce propos, que la **liberté d'association** est une **liberté fondamentale**, au sens et pour l'application notamment de l'article **11 CEDH** (**Cass. Com. 28 Novembre 2018**, n°17-18.619).

4°) QU'à la lumière des **règles** et **principes** rappelés ci-dessus, l'article **15, alinéa 1er, première phrase**, de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 aux termes duquel « ***Les avocats font partie de barreaux*** *qui sont établis auprès des* ***tribunaux de grande instance****, suivant les règles fixées par les décrets prévus à l'article 53.* (…) » doit **s'interpréter** comme formulant une **faculté d'inscription** à un **barreau** et non pas comme imposant à l'Avocat une **obligation d'affiliation à un groupement**, à défaut de quoi, sous réserve d'une **demande de décision préjudicielle**, cette norme législative nationale devrait être **écartée en son application** comme **contraire** à la **liberté d'association**, garantie en particulier par l'article **11 CEDH**.

*

Il est à observer, au demeurant, comme susdit, que le **jugement attaqué**, qui a été notifié le 17 Août 2020 au **GBF** (*pièce n°8*), par les soins du **Greffe**, donne à lire, à **quatre reprises**, l'expression « **avocat(s) non(-)inscrit(s) (au tableau d') un barreau** », ce qui atteste, sans conteste, du **droit** de l'**avocat** d'**exercer hors barreau** :

« (…)
4*. Il résulte de* ***ces dispositions*** *qu'****un avocat non inscrit au tableau d'un barreau*** *ne dispose d'aucun droit à apparaître sur l'annuaire national des avocats mis à disposition en ligne par le Conseil national des barreaux.*
(…)
6*. En tout état de cause, à supposer même que les textes cités au point précédent puissent être regardés comme une loi ou un règlement au sens et pour l'application des dispositions de l'article L. 77-12-1 du code de justice administrative, il n'en résulte pas un droit pour* ***un avocat non inscrit au tableau d'un barreau*** *d'apparaître sur l'annuaire national des avocats mis à disposition en ligne par le Conseil national des barreaux. Ce droit ne résulte pas plus des autres dispositions et stipulations citées de manière très générale par l'association requérante et relatives au principe d'égalité et à la prohibition des discriminations à rebours, étant au surplus précisé que* ***les avocats non-inscrits au tableau d'un barreau*** *étant dans une situation différente des avocats qui y sont inscrits, il est loisible de les traiter de manière différente au regard de l'annuaire national des avocats mis à disposition en ligne par le Conseil national des barreaux.*

7. Il en résulte qu'aucun droit individuel pour ***les avocats non-inscrits à un barreau*** *d'apparaître sur ledit annuaire ne résulte de l'application de la loi ou du règlement et que les conditions posées à l'article L. 77-12-1 du code de justice administrative à la reconnaissance d'un droit ne sont donc pas réunies en l'espèce.*

(…) ».

L e **jugement** repose, cependant, notamment sur une **erreur de droit**, celle-ci justifiant pleinement l'**appel** porté devant la **Cour administrative d'appel de Paris**, en tant qu'il ne reconnaît pas le **droit** de l'**avocat non inscrit** au **tableau** d'un **barreau** de figurer sur l'**annuaire national**, qu'en vertu de l'article **21-1, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques le **CNB** « ***établit, met à jour*** *et* ***met à disposition en ligne*** (…) ».

L a **loi française** doit, en effet, être **lue**, **interprétée** et **appliquée** spécialement à l'aune de l'**interdiction** de la **discrimination à rebours**.

*

On retiendra principalement, dans cette perspective :

D'une part, quant à l'**applicabilité** de l'article **11 CEDH**, que l'***ordre*** *n*'est pas, **en France**, le **mode légal** d'organisation de la profession d'Avocat (**II-C-B-1-a**).

D'autre part, aux fins d'**application** de l'article **11 CEDH**, que la **loi** n'a prévu **aucune restriction substantielle** à la **liberté de l'avocat** de **ne pas s'associer** pour exercer sa profession (**II-C-B-1-b**).

*

II-C-B-1-a/ L'APPLICABILITE DE L'ARTICLE 11 CEDH : L'ORDRE N'EST PAS, DANS LA FRANCE DU XXI° SIECLE, LE MODE LEGAL D'ORGANISATION DE LA PROFESSION D'AVOCAT

La **Cour européenne des droits de l'homme** juge, sous l'angle de la **liberté d'association**, que l'article **11 CEDH** a vocation à s'appliquer à toutes les **professions libérales** qui ne sont pas, dans chacun des Etats membres, organisées en **ordre**. La **France** fait, il est vrai, figure d'exception parmi ses voisins européens. Seront, donc, citées ***a contrario*** les décisions suivantes, qui attestent de la pleine applicabilité, en **France**, de l'article **11 CEDH**, dès lors, comme le **GBF** l'indique dans ses **Statuts** (article **2.1**), que l'**ordre** n'est pas, en **France**, le mode légal d'organisation de la profession d'Avocat (v. notamment commentaire sous **CE, Ass. 02 Avril 1943, Bouguen,** G.A.J.A. 20° édition 2015, n°50, p. 310, n°8, p. 314), celle-ci étant qualifiée par le législateur de « ***profession libérale et indépendante*** » (article **1er, I** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971), ce, contrairement à d'autres pays *:*

- CEDH 23 Juin 1981, LECOMPTE, VAN LEUVEN et DE MEYERE c. Belgique, n°6878/75 et 7238/975, pour l'**Ordre belge des médecins** vu comme « *une **institution de droit public. Fondé par le législateur et non par des particuliers**, il demeure **intégré aux structures de l'Etat** et des **magistrats nommés par le Roi siègent dans la plupart de ses organes**. Il poursuit un but d'intérêt général, la protection de la santé, en assurant de par la loi un certain **contrôle public de l'exercice de l'art médical.** Dans le cadre de cette compétence, il lui incombe notamment de **dresser le tableau de l'Ordre**. Pour accomplir les tâches que lui a confiées l'État belge, il jouit en vertu de la loi de **prérogatives exorbitantes du droit commun**, tant administratives que normatives ou disciplinaires, et utilise ainsi des **procédés de la puissance publique** (paragraphes 20-34 ci-dessus).* » ;

- Commission européenne des droits de l'homme du 08 Septembre 1989, Paul REVERT et Denis LEGALLAIS c/ France, n°14331/88 et 14332/88 pour l'**Ordre des architectes français** dont la Commission relève qu'il « *n'est pas une organisation privée mais un **organisme de droit public créé par la loi** du 3 janvier 1977 sur l'architecture* » ;

- Commission européenne des droits de l'homme du 02 Juillet 1990, A. et autres c/ Espagne, n°13750/88 pour les **Ordres des avocats espagnols**, qualifiés d' « ***institutions de droit public réglementées par la loi** qui poursuivent un but d'intérêt général, à savoir la promotion d'une assistance juridique libre et adéquate et partant la promotion de la justice elle-même.* » ;

- Commission européenne des droits de l'homme des 07 et 08 Juillet 1992, Justo VIALAS SIMON c/ Espagne, n°16685/90 pour les « ***Ordres des médecins*** (qui) *sont en Espagne des **institutions de droit public créées par voie légale** qui poursuivent un intérêt général, la protection de la santé, en assurant un certain contrôle public de l'exercice de l'art médical et de la déontologie médicale.* » ;

CEDH, 03 Avril 2001 O.V.R. C/ Russie, estimant que les **Chambres de notaires russes** « *ne constituent pas des **associations** au sens de l'article **11** de la **Convention**.* » ;

- CEDH, 06 Novembre 2003, POPOV et a. c/ Bulgarie, n°48047/99, 48961/99, 50786/99 et 50792/99, pour des **médecins bulgares** faisant partie d'une **corporation de droit public** créée par la **loi** ;

- CEDH, 12 Octobre 2004, BOTA c/ Roumanie, n°24057/03, jugeant l'article **11** de la Convention comme ne s'opposant pas à la dissolution d'une association caritative ayant pour objet de **créer des barreaux**, **sans que ses membres fussent Avocats**, dans un Etat où l'**Union nationale des Avocats** « *a été **instituée par la loi** n°51/1995 et* (…) *poursuit un but d'intérêt général, à savoir la promotion d'une assistance juridique adéquate et, implicitement, la promotion de la justice elle-même (voir, mutatis mutandis, A. et autres c. Espagne, no 13750/88, décision de la Commission du 2 juillet 1990, Décisions et rapports no 66, p. 188). Dès lors, **l'Union ne saurait s'analyser en une association au sens de l'article 11 de la Convention***. (…) » ;

- CEDH, 21 Février 2008, ALEXANDRIDIS c. GRECE, n°19516/06, irrévocable le 21 Mai 2008, **§ 17**) rappelant qu'en Grèce « ***L'avocat est un fonctionnaire public non rémunéré*** (…). ».

Le **GBF** fait, donc valoir, **avec raison** (**Statuts**, article **2.2**), que « *La **France** a, au contraire, fait le **choix législatif** de laisser la profession d'Avocat **en dehors de la sphère publique**.* »

Contrairement aux autres professions (médecins, chirurgiens, sages-femmes, infirmier, architectes...) le **contentieux des avocats** est **judiciaire** :

*« Considérant qu'il ressort de **l'ensemble des dispositions** de la **loi** du **31 décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques que les décisions prises par le bâtonnier dans l'exercice de ses fonctions **relèvent en principe du juge judiciaire** ;* (…) (**TC, 02 Avril 2012,** n°C3830).

Le **Conseil d'Etat** confirme, dans cet ordre d'idées, en ce qui concerne les **prérogatives de puissance publique**, que l'exercice du **pouvoir disciplinaire** au sein d'un groupe, n'est pas le critère déterminant de leur attribution ni, en conséquence, de la compétence du juge administratif :

« (…) *l'exercice du **pouvoir disciplinaire** par une **association** à l'égard de ses **membres** est **inhérent à l'organisation de cette association** et **ne traduit pas, par lui-même, l'exercice de prérogatives de puissance publique** qui nécessairement auraient été conférées à cette association pour l'accomplissement d'une **mission de service public** ;* (…) » (**CE, 19 Mars 2010, CHOTARD**, n°318549; AJDA 2010, p. 1443).

L'**ordonnancement juridique français** a, ainsi, résolument pris le parti de confier la **défense des justiciables** à des **membres qualifiés** de la **Société civile** devant jouir d'une **totale indépendance** et **non pas à des fonctionnaires publics** ou **officiers ministériels nommés par le pouvoir exécutif**.

L'**indépendance** de l'Avocat est réaffirmée dans le texte du **serment** qu'il prête dont les termes sont définis par l'article **3, alinéa 2** de la **loi** précitée n°71-1130 du 31 Décembre 1971 :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience,* ***indépendance****, probité et humanité* »,

tandis que, c'est encore, « *Dans le respect de l'****indépendance de l'avocat*** *, de* ***l'autonomie des conseils de l'ordre*** *et du* ***caractère libéral*** *de la profession* » que « *des décrets en Conseil d'Etat fixent les* ***conditions d'application*** *du présent titre.* » (article **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971).

La **loi** reconnaît, ainsi, l'**autonomie** de **chaque Barreau** (« ***l'autonomie des conseils de l'ordre*** » - article **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971) et le **règlement -** pleinement opposable aux juridictions et pouvoirs publics et invocable par les tiers -, précise que **l'indépendance** de l'Avocat est, en **France**, **ABSOLUE** (article **21.2.1.1** du **Code de déontologie des Avocats européens** annexé au **Règlement Intérieur National (R.I.N.) des Barreaux de France (Mai 2014)** :

"***21.1.1 La mission de l'avocat***

Dans une société fondée sur le ***respect de la justice****,* ***l'avocat remplit un rôle éminent****. Sa mission ne se limite pas à l'exécution fidèle d'un mandat dans le cadre de la loi.* ***L'avocat doit veiller au respect de l'Etat de droit*** *et aux intérêts de ceux dont il défend les droits et libertés. Il est du devoir de l'avocat non seulement de plaider la cause de son client mais aussi d'être son conseil.* ***Le respect de la mission de l'avocat est une condition essentielle à l'Etat de droit et à une société démocratique****.* (...)"

21.2.1 Indépendance

21.2.1.1 *« La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une* ***indépendance absolue, exempte de toute pression****, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou* ***d'influences extérieures.*** *Cette* ***indépendance*** *est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que* ***l'impartialité du juge****. L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son* ***indépendance*** *et* ***veiller à ne pas négliger l'éthique professionnelle*** *pour plaire à son* ***client****,* ***au juge*** *ou à des* ***tiers****. »*

21.2.1.2 « *Cette indépendance est nécessaire pour l'activité juridique comme judiciaire. Le conseil donné au client par l'avocat n'a aucune valeur, s'il n'a été donné que par complaisance, par intérêt personnel ou sous l'effet d'une pression extérieure.* »

Le caractère d'**indépendance** est, de même, fortement marqué dans la définition des **professions libérales** par l'article **29, I** de la **loi** n°2012-387 du 22 Mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives comme celles groupant « *les personnes exerçant* ***à titre habituel****,* ***de manière indépendante et sous leur responsabilité****, une* ***activité*** *de nature généralement* ***civile*** *ayant pour objet d'assurer,* ***dans l'intérêt du client ou du public****, des* ***prestations*** *principalement* ***intellectuelles****,* ***techniques*** *ou* ***de soins*** *mises en œuvre au moyen de* ***qualifications professionnelles appropriées*** *et* ***dans le respect de principes éthiques*** *ou d'une* ***déontologie professionnelle,*** *sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant.* »

Il est remarquable, dans cet ordre d'idées, que le **Conseil National des Barreaux (CNB)** ait, en définitive, renoncé, à la faveur d'une modification du **Règlement Intérieur National (R.I.N.) des Barreaux de France** (**décision à caractère normatif n°2016-002** adoptée par l'Assemblée générale du **CNB** le 09 Décembre 2016 – publiée par décision du 26 Janvier 2017 – JORF du 13 Avril 2017), à voir dans l'Avocat un « *auxiliaire de justice* » (sic). Désormais, l'article **6.1** du **R.I.N.** qualifie le **défenseur universel** de « ***Partenaire de justice** et **acteur essentiel de la pratique universelle du droit*** ».

C'est un **progrès significatif** sur la voie qui prochainement devra conduire à reconnaître, dans la **Loi Fondamentale** ou le **texte organique**, le véritable **statut constitutionnel de l'Avocat défenseur**. Répétons-le : l'avocat est une **autorité de la Société civile à statut constitutionnel**, comme le magistrat est une **autorité étatique** jouissant du même statut.

On déduit de ce qui précède, au regard de la **mission constitutionnelle de défense**, qu**'aucun lien privilégié** n'existe entre l'**Etat** et un **Barreau**, quel qu'il soit, lequel, ainsi que l'a jugé la **Cour de justice de l'Union européenne**, doit être regardé comme une « ***association d'entreprises*** » (**CJCE 19 Février 2002, WOUTERS**, C-309/99, **§ 71**).

Selon la juste formule du **Doyen AUBY** :

(« (…) *Le **pouvoir disciplinaire** ne pourrait s'appliquer aux **relations générales** entre l'**Etat** et les **citoyens** sans supplanter d'une manière inadmissible le **droit pénal*** ». (**Doyen AUBY**, Dalloz 1952, chron. p. 111).

*

Il est logique, au vu de ce qui précède, que le **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** – déclare à l'article **2.3** de ses **Statuts**, « *être une **association d'entreprises** au sens et pour l'application de l'article **101** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (ex-article **81 TCE**), tel qu'interprété par la **Cour de justice de l'Union européenne** dans son **arrêt WOUTERS** du 19 Février 2002 (**CJCE 19 Février 2002, WOUTERS**, C-309/99, **§ 71**), les **Avocats** étant considérés comme des **entreprises** par le **droit européen de la concurrence***. ».

*

Le **CNB** se borne, dans son **mémoire en défense** de première instance (**Tribunal administratif de Paris**) communiqué le 29 Avril 2019, à faire une **compilation de textes** prétendument applicables au présent litige, sans, toutefois, faire la **démonstration** de l'inexistence du droit revendiqué que l'**action en reconnaissance de droits** du **GBF** tend à promouvoir.

Les développements qui suivent évacuent la **confusion** que le défendeur à l'instance a tenté de semer devant le **Tribunal administratif de Paris**.

On constatera, en l'occurrence, que ni le **barreau** (article **1 5** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), ni le **conseil de l'ordre** (conseil d'administration) d'un **barreau** (article **1 7** de la **loi** susvisée), ni le **Conseil national des barreaux** (« *établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale* (…) *chargé de représenter la profession d'avocat notamment auprès des pouvoirs publics*. (…) » selon l'article **21-1, alinéa 1er, première phrase** de la même **loi**) ne sont, en **droit positif**, des ***ordres,*** notamment au sens et pour l'application de l'article **11 CEDH**.

Le **barreau** et l'***ordre*** s'opposent essentiellement en ce que :

1°) Le premier procède de l'**initiative privée**, celle des avocats qui décident **librement** de se grouper pour exercer leur profession, tandis que le second est créé par la **loi**.

2°) Les **barreaux** sont **concurrentiels** auprès de **chaque tribunal judiciaire** (**CE, 20 Novembre 2019, ASSOCIATION GRAND BARREAU DE FRANCE**, n°420772), tandis que l'**ordre** est **monopolistique**.

3°) L'**inscription au barreau** est **facultative** en ce qu'elle ne conditionne ni l'**accès** à la profession d'avocat ni son **exercice** (représentation et assistance des parties devant les juridictions ; consultation juridique et rédaction d'actes sous seing privé), alors que l'**ordre** regroupe **obligatoirement** les personnes exerçant la profession qu'il représente.

4°) L'**organisation** et le **fonctionnement** du **barreau** sont d'essence **associative**. Quant à lui, l'**ordre** obéit à une **logique corporative** incluant la **surveillance** de la **puissance publique**, que le **législateur** a exclue pour les **avocats** en reconnaissant aux **conseils de l'ordre** une « ***autonomie*** » (article **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

5°) L'**ordre** a reçu de la **loi**, dans les conditions qu'elle prévoit, le pouvoir d'**empêcher l'exercice professionnel** sur **tout le territoire national**, y compris pour des **faits** qui ne constitueraient pas des **infractions pénales**, alors que le **barreau** ne détient pas cette prérogative. L'exercice du **pouvoir disciplinaire** en son sein et devant le **conseil régional de discipline** n'est, en effet, susceptible, dans les cas extrêmes, d'exclure l'**avocat** qui en serait tributaire que du **cercle limité** où il avait été admis à l'origine, sans faire obstacle à l'**exercice professionnel**, selon le **choix propre** de l'intéressé, au sein d'un **autre barreau** ou **hors barreau**.

Le **Tribunal des conflits** confirme que l'une des fonctions essentielles des **ordres professionnels** est « (…) *d'assurer la* ***discipline interne*** *de la* ***profession*** *par des* ***mesures unilatérales*** *qui* ***s'imposent à tous ses membres***
(…) »
(**TC, 13 Février 1984, CORDIER**, n°2314 : compétence des **juridictions de l'ordre judiciaire** pour connaître des litiges afférents à l'**élection** des membres du conseil national et des conseils régionaux des commissaires aux comptes qui « (…) *ne constituent que l'un des organismes de gestion de la profession de commissaire aux comptes et* ***n'exercent aucun pouvoir sur ses membres****, tant en ce qui concerne leur* ***inscription*** *qu'en* ***matière disciplinaire*** *;* »).

De même, « (…) *les litiges relatifs à la détermination des* ***honoraires*** *dus aux* ***commissaires aux comptes*** *par les sociétés auprès desquelles ils exercent leur mandat, qui ne concernent ni* ***l'accès à la profession*** *ni la* ***discipline professionnelle****, ont le caractère de* ***litiges de droit privé*** *; que, par suite, les recours formés contre les décisions prises en cette matière par la* ***chambre nationale de discipline*** *relèvent de la compétence de la* ***juridiction judiciaire*** *;*
(…) »
(**TC, 16 Mai 1994, GUEZ**, n°2871).

*

Le **droit positif** laisse clairement apparaître que ne méritent la qualification d'**ordre d'avocats** ni le **conseil de l'ordre** (**1**), ni le **barreau** (**2**), ni le **Conseil national des barreaux** (**3**).

*

1.-/ LE CONSEIL DE L'ORDRE N'EST PAS UN ORDRE D'AVOCATS

Il doit, ici, être rappelé que le **Barreau**, qui seul, aux termes de l'article **21, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, « *est doté de la **personnalité civile*** », ne saurait être confondu avec le « ***conseil de l'ordre élu pour trois ans*** » qui l'**administre** (article **15, alinéa 2, première phrase** de la même **loi**).

De même, en vertu de l'article **17, 7°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, le **Conseil de l'Ordre** – qui, comme susdit, est un **conseil d'administration** et **n'a donc pas la personnalité juridique** - a pour tâches notamment « ***d'autoriser le bâtonnier à ester en justice*** », ce dont on déduit que le bâtonnier ne peut **agir en justice** pour le compte du **barreau**, en demande ou en défense, sans y être **expressément habilité**, nonobstant les termes de l'article **21, alinéa 2, première phrase** de la même loi aux termes duquel :

« *Le **bâtonnier** représente le **barreau** dans tous les actes de la vie civile.* (…) »,

lequel doit, donc, se lire **sous réserve** de ce qui est dit à l'article **17, 7°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971.

La **jurisprudence** tant **administrative** que **judiciaire** confirme, en effet, la **nécessité** d'une telle **autorisation préalable** du **conseil de l'ordre** habilitant le **bâtonnier** à **ester en justice**, - **en demande ou en défense** - spécialement lorsque le **barreau** entend réclamer condamnation de son adversaire au titre des **frais irrépétibles**, comme ce fut le cas dans les espèces considérées (**CAA Marseille, 05 Février 2013, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille**, n°12MA00409 ; **CA Aix-en-Provence, ord. Premier Président, 24 Juillet 2015, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille**, n°2015/347 ; **CA Aix-en-Provence, 1ère Ch B, 24 Septembre 2015, matière réglementaire**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille**, n°2015/20 D, RG n°15/03244 ; **CA Aix-en-Provence, 1ère Ch B, 24 Septembre 2015, matière réglementaire**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille**, n°2015/21 D, RG n°15/03552).

Il est, ici, rappelé avec pertinence que par **arrêt** rendu le 05 Février 2013, la **Cour administrative d'appel de Marseille** a jugé :

« (…) *3. Considérant que la **délibération** du conseil de l'Ordre des avocats au barreau de Marseille du 12 juin 2012 habilitant le bâtonnier à **défendre en appel** ne comporte aucune précision sur le **quorum** et ne permet pas de vérifier si le conseil a statué à la **majorité des voix;** que, dans ces conditions, **le bâtonnier ne peut être regardé comme ayant été régulièrement autorisé à présenter un mémoire en défense** dès lors que **celui-ci ne tend pas seulement au rejet de la requête** mais **présente également des conclusions tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1** du code de justice administrative; que, par suite et **ainsi que le soutient Me Krikorian** dans un mémoire enregistré au greffe le 6 novembre 2012 et dont l'avocat de l'Ordre des avocats au barreau de Marseille a accusé réception le 20 décembre 2012, **le mémoire en défense doit être écarté des débats**, y compris en ce qui concerne **la demande de frais exposés et non compris dans les dépens** qui y figure, sur laquelle la Cour n'a pas à statuer;*

(…) » (**CAA Marseille, 05 Février 2013, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille**, n°12MA00409, considérant **3**).

(v. dans le même sens, **a contrario, CAA Paris, 11 Février 1999, Sté Ateliers de chaudronnerie du Cantal**, n°96PA01910; **CE, 09 Novembre 1994, Bensimon**, n°120111).

L'**ordre judiciaire** adopte une **solution identique** quant à la nécessité pour le **bâtonnier** d'être **autorisé à ester en justice** par le **conseil de l'ordre**, au nom et pour le compte du **barreau** :

Ainsi, aux termes de l'**ordonnance** rendue le 24 Juillet 2015 par **Madame la Première Présidente** de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** :

« (…)
Sur la représentation du Barreau de Marseille

*En vertu de l'article **2 1** de la loi du 31 décembre 1971 si chaque Barreau est doté de la personnalité civile et si le Bâtonnier représente le Barreau dans tous les actes de la vie civile, l'article **17 7°** soumet à **l'autorisation du conseil de l'ordre** la **faculté pour le Bâtonnier d'ester en justice** ; faute de justifier l'avoir obtenue, les écritures déposées pour le compte du **Barreau de Marseille** doivent être **écartées des débats** ;*
(…) »

(**Ordonnance de référé n°2015/347** rendue le 24 Juillet 2015 par **Madame Christiane BELIERES**, Présidente, déléguée par ordonnance de Madame la Première Présidente - RG n°15/00493).

Deux arrêts récents de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, statuant en matière réglementaire, après audience publique solennelle, sont venus, de surcroît, confirmer l'**exigence d'une autorisation par le conseil de l'ordre** en vertu de l'article **17, 7°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 :

« (…)
-II) sur la recevabilité de l'intervention volontaire du barreau :

La procédure (de) contestation d'une décision du conseil de l'ordre par un avocat, dont s'agit, oppose M. KRIKORIAN au conseil de l'ordre des avocats au barreau de Marseille, en présence du Ministère public et du bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de Marseille.

Le barreau n'est en principe pas partie à ce litige.

Le barreau a décidé d'intervenir.
***Aucune délibération n'a spécifiquement autorisé le bâtonnier à intervenir pour le barreau** dans cette contestation à laquelle le barreau n'est pas partie et n'est pas en défense.*

***Cette intervention volontaire n'est pas recevable**. (…) »*
(**CA Aix-en-Provence, 1ère Ch B, 24 Septembre 2015, matière réglementaire**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille**, n°2015/20 D, pages **6-7/8**).

« (…)

-II) sur la recevabilité de l'intervention volontaire du barreau :

La procédure (de) contestation d'une décision du conseil de l'ordre par un avocat, dont s'agit, oppose M. KRIKORIAN au conseil de l'ordre des avocats au barreau de Marseille, en présence du Ministère public et du bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de Marseille.

Le barreau n'est en principe pas partie à ce litige.

Le barreau a décidé d'intervenir.

***Aucune délibération n'a spécifiquement autorisé le bâtonnier à intervenir pour le barreau** dans cette contestation à laquelle le barreau n'est pas partie et n'est pas en défense.*

***Cette intervention volontaire n'est pas recevable**.*

(…) »
(**CA Aix-en-Provence, 1ère Ch B, 24 Septembre 2015, matière réglementaire**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille**, n°2015/21 D, pages **6-7/9**).

*

On comprend aisément, dans ces conditions, que le **bâtonnier ne représente jamais le conseil de l'ordre**, dont il n'est pas issu, mais qu'il préside (article **15, alinéa 2, deuxième phrase** de la **loi** précitée).

C'est, donc, par **abus de langage** que le **pouvoir réglementaire** a écrit à l'article **16, alinéa 3** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat que, s'agissant des modalités du recours devant la **Cour d'appel** tendant à l'annulation d'une délibération ou d'une décision du Conseil de l'ordre, « *Sauf en matière disciplinaire, le **conseil de l'ordre** est partie à l'instance.* ». Ce texte doit être **interprété conformément** au droit en vigueur, c'est dire aux **normes supranationales, constitutionnelles** et **législatives**, qui lui sont supérieures, **sauf à écarter son application**.

Il faut, donc, lire « ***barreau*** » aux lieu et place de « ***conseil de l'ordre*** », sauf à écarter l'application du **règlement illégal**.

Le **pouvoir exécutif** est, en effet, **radicalement incompétent** pour conférer la **personnalité juridique** à un groupement.

Le **législateur** a, **seul**, la compétence, aux termes de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, pour fixer « *les **règles** concernant* (…) ***l'état et la capacité des personnes*** », comme il l'a fait pour le **barreau**, dont il dit à l'article **21, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qu'il « *est doté de la **personnalité civile*** », sous réserve implicite de son **identification** par **un règlement intérieur** régulièrement **déposé au greffe**.

L'article **L. 4125-1** du Code de la santé publique (Quatrième partie : Professions de santé - Livre Ier : Professions médicales - Titre II :Organisation des professions médicales - Chapitre V : Dispositions communes aux différents conseils) relatif aux **conseils de l'ordre des médecins**, dispose, à cet égard :

*« Tous les **conseils de l'ordre** sont dotés de la **personnalité civile**. »*

Nulle disposition législative similaire n'existe, en revanche, en ce qui concerne le **conseil de l'ordre des avocats** qui ne peut, partant, jamais être **partie** à une quelconque instance – contrairement à ce qu'a jugé la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** dans son arrêt **n°2016/5 D** rendu le 25 Février 2016 (**RG n°15/21494**), frappé de **pourvoi en cassation** - et **n'a pas la capacité d'ester en justice**, au sens et pour l'application de l'article **117** CPC précité.

La **Doctrine** confirme la **compétence exclusive du législateur**, en la matière :

« (…)
A. - Attribution de la personnalité morale par le législateur

1 7. *Le principe, aujourd'hui acquis, est que l'attribution de la **personnalité juridique** aux **groupements**, de même que pour les personnes physiques, dépend en toute hypothèse de la **volonté du législateur,** laquelle se manifeste ici à deux niveaux en raison de la structure particulière des personnes morales.*

1 8. *En premier lieu, la loi intervient pour déterminer les **catégories de groupements** qu'elle admet ainsi que les conditions de leur constitution. A ce stade son intervention peut s'exercer selon trois directions : soit **la loi institue directement le groupement** - ce qui correspond principalement au cas des **collectivités territoriales** - ; soit elle **rend son existence obligatoire** lorsque sont réunies certaines conditions - notamment pour les **comités d'entreprise** (C. trav., art. L. 431-1), d'**établissement** (art. L. 435-1), de **groupe** (art. L. 439-1), d'**entreprise européen** (art. L. 439-6) ou d'**hygiène, de sécurité et des conditions de travail** (art. L. 236-1), pour le **syndicat des copropriétaires** de l'immeuble bâti (L. no 65-557 du 10 juill. 1965, art. 14, D. 1965.222) ou encore pour la **masse des obligataires** ayant souscrit un même emprunt (L. no 66-537 du 24 juill. 1966, art. 293, D. 1966.265, rect. 400) - ; soit la loi laisse la création du groupement à **l'initiative des personnes privées** ou **publiques**. Cette dernière solution, qui est **la plus fréquente en droit privé**, se rencontre en droit public en matière d'**établissements publics** dont la création est, dans la limite des catégories créées par la loi, abandonnée à la **libre décision du Gouvernement** ou des **collectivités locales** (V. Moreau, op. cit., no 61 et s.).*

1 9. *En second lieu, lorsque s'est légalement formé un **groupement susceptible d'être personnifié**, il appartient au **législateur** d'accorder, ou non, la **personnalité juridique**. Quatre situations peuvent alors se rencontrer. Il se peut, tout d'abord, que la loi attribue la **personnalité morale** sous la seule condition de **l'existence du groupement** ; ainsi en est-il des **partis politiques** (L. no 88-227 du 11 mars 1988, art. 7, D. 1988.197) et des groupements forcés précédemment envisagés - à l'exclusion des comités de groupe, d'entreprise européen et d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail -. Parfois, l'octroi de la **personnalité** se trouve subordonné à la réalisation de conditions supplémentaires : soit accomplissement de **mesures de publicité** pour les **associations** (L. 1er juill. 1901, art. 2 et 5, DP 1901.4.105), les **syndicats** (C. trav., art. L. 411-3,*

L. 411-10 et R. 411-1), les ***sociétés*** *(C. civ., art. 1842), les* ***groupements d'intérêt économique*** *(Ord. no 67-821 du 23 sept. 1967, art. 3, D. 1967.361), les* ***groupements européens d'intérêt économique*** *(L. no 89-377 du 13 juin 1989, art. 1er, D. 1989.192) et les* ***fondations d'entreprise*** *(L. no 87-571 du 23 juill. 1987, art. 19-1, réd. L. no 90-559 du 4 juill. 1990, D. 1990.292) ; soit* ***reconnaissance d'utilité publique*** *par décret en Conseil d'État pour les* ***fondations*** *(L. no 87-571 du 23 juill. 1987, art. 18, al. 2, D. 1987.321). Concernant cette dernière exigence, sa fonction ne doit d'ailleurs pas être confondue avec la reconnaissance d'utilité publique dont bénéficient certaines associations pour lesquelles elle ne détermine pas l'existence de leur* ***personnalité*** *mais l'étendue de leur* ***capacité.*** *A l'opposé, le législateur peut encore expressément refuser la* ***personnalité juridique*** *à certains groupements comme les* ***sociétés en participation*** *ou* ***créées de fait*** *(C. civ., art. 1871, al. 1er, et 1873), les* ***fonds communs de placement ou de créances*** *(L. 23 déc. 1988, art. 7-I, al. 1re, préc. supra, no* ***15****). Mais toute discussion n'est pas alors fermée car cette exclusion doit être appréciée en considération des variations dont est susceptible la* ***personnalité morale*** *(V. infra, no* ***47****) (V. infra, no* ***47****). Reste, enfin, la situation des* ***groupements pour lesquels le législateur ne s'est pas prononcé****. Dans cette dernière hypothèse, conformément à la règle d'interprétation posée par la jurisprudence, il faut admettre que la reconnaissance législative de la licéité du groupement emporte à son profit, pourvu qu'il réunisse les conditions nécessaires,* ***attribution implicite de la personnalité morale****.*

(…) »

(**Guillaume WICKER**, Professeur à la Faculté de droit et d'économie de Martinique, Répertoire de droit civil Dalloz, v° **Personne morale,** - juin 1998 - actualisation : mars 2014 -).

S'il est vrai que le **juge** se reconnaît le pouvoir de découvrir la **personnalité juridique** de groupements auxquels la **loi** ne l'attribue pas expressément, ce n'est qu'à certaines conditions et dans les strictes limites de l'**interprétation de la loi**.

Ainsi, la **Cour de cassation** n'a-t-elle pu reconnaître la **personnalité juridique** aux **comités d'établissement** – avant que le législateur lui emboîte le pas - qu'en interprétant l'article **21** de l'ordonnance législative du 22 Février 1945, comme conférant à ceux-ci la même **personnalité juridique** que celle que l'article **1 e r** de ce texte attribue aux **comités d'entreprise**, dont la **composition**, le **fonctionnement** et les **attributions** sont **identiques** :

« (…)
Sur le moyen unique pris en sa seconde branche :

*Vu les articles **1er paragraphe 2** et **21** de l'ordonnance législative du 22 février 1945, 1er du décret du 2 novembre 1945 ;*

*Attendu que la **personnalité civile** n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à **tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites,** dignes, par suite, d'être **juridiquement reconnus et protégés** ; Que, si le **législateur** a le pouvoir, dans un but de **haute police**, de **priver de la personnalité civile** telle **catégorie** déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire**, implicitement** mais **nécessairement,** l'existence en faveur d'**organismes créés par la loi elle-même** avec mission de **gérer certains intérêts collectifs** présentant ainsi le caractère de **droits** susceptibles d'être **déduits en justice** ;*

*Attendu qu'après avoir, en son article **1er**, institué des **comités d'entreprises** dans toutes les entreprises qu'elle énonce, l'ordonnance susvisée dispose : "le comité d'entreprise coopère avec la direction à l'amélioration des conditions collectives du travail et de vie du personnel, ainsi que des règlements qui s'y rapportent" ; "Le comité d'entreprise assure ou contrôle la gestion de toutes les oeuvres sociales établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés ou de leurs familles ou participe à cette gestion ... dans les conditions qui seront fixées par un décret pris en Conseil d'Etat" ; "Le **décret** déterminera notamment les règles d'octroi et l'étendue de la **personnalité civile** des **comités d'entreprises"** ;*

*Attendu que l'article **21** de la même ordonnance est ainsi conçu : "Dans les entreprises comportant des établissements distincts, il sera créé des **comités d'établissements** dont la **composition** et le **fonctionnement** seront **identiques** à ceux des comités d'entreprises définis aux articles ci-dessus, qui auront **les mêmes attributions** que les comités d'entreprises dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements ; "Le comité central d'entreprise sera composé de délégués élus des comités d'établissements" ;*

*Attendu que, pour déclarer irrecevable l'action intentée contre le sieur X..., en remboursement du prix d'un marché de vêtements prétendu non exécuté par le Comité d'établissement de Saint-Chamond de la Compagnie des Forges et Aciéries de la Marine et d'Homécourt, représenté par son Président, le sieur Y..., l'arrêt attaqué énonce qu'un groupement n'a la **personnalité civile** que si celle-ci lui a été **expressément attribuée** ; que le silence de la loi relativement aux comités d'établissements dans une matière ou une disposition expresse est indispensable ne peut s'interpréter que comme étant l'expression de la volonté de n'attribuer la personnalité civile qu'aux seuls comités d'entreprises, l'existence et le fonctionnement des comités d'établissements devant se confondre avec la personnalité des comités centraux d'entreprises et les comités d'établissements ne pouvant contracter ou agir en justice que par l'intermédiaire de ces derniers ;*

*Mais, attendu que, d'après l'article **21** précité, la composition et le fonctionnement des **comités d'établissements** sont **identiques** à ceux des **comités d'entreprises** et ont les **mêmes attributions q**ue ces derniers dans les limites des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements ; Et attendu que si les dispositions de l'article 1er du décret du 2 novembre 1945, prises en application de l'article 2, alinéa 2 de l'ordonnance législative, ne visent expressément que les comités d'entreprises, elles impliquent nécessairement reconnaissance de l**a personnalité civile** des **comités d'établissements,** celle-ci n'étant pas moins indispensable à l'exercice d'attributions et à la réalisation de **buts identiques**, dans le champ d'action qui leur est dévolu par ladite ordonnance elle-même ; D'où il suit qu'en déclarant, pour les motifs qu'elle a admis, l'action dudit comité d'établissement irrecevable, la Cour d'appel a faussement appliqué, et par suite, violé les articles invoqués au moyen ;*

*PAR CES MOTIFS : **CASSE et ANNULE** l'arrêt rendu entre les parties par la Cour d'Appel de Lyon, le 30 octobre 1950, et les renvoie devant la Cour d'Appel de Riom.*
(…) » (**Cass. 2° Civ., 28 Janvier 1954**, n°54-07.081).

En outre, la jurisprudence a confirmé qu'en **France** la **justice** demeurait une **fonction régalienne** :

« (…) *Considérant que **la justice est rendue de façon indivisible au nom de l'Etat**; qu'il n'appartient dès lors qu'à celui-ci de répondre, à l'égard des justiciables, des dommages pouvant résulter pour eux de **l'exercice de la fonction juridictionnelle** assurée, sous le contrôle du **Conseil d'Etat**, par les **juridictions administratives**; qu'il en va ainsi alors même que la **loi** a conféré à des **instances** relevant d'**autres personnes morales** compétence pour connaître, en premier ressort ou en appel, de certains litiges;*
(…) »
(**CE, Section, 27 Février 2004, Madame POPIN**, n°217257).

De même que la **faculté** qu'ont les **justiciables**, dans les conditions prévues par la **loi** et le **règlement**, d'exercer des **recours** contre des **jugements** rendus au nom du **Peuple français** et sous la **responsabilité de l'Etat**, ne confère pas la **personnalité juridique** aux **Cours** et **Tribunaux** qui les ont rendus (il ne peut être élu domicile au « *greffe d'un tribunal qui est un service intégré dans une **juridiction**, **elle-même dépourvue de la personnalité morale**;* » - **Cass. Crim. 14 Mars 2006, M. Georges CHETOCHINE**, n°Y 05-87.803 F-P+F), de même le **pouvoir de délibérer** reconnu au **conseil de l'ordre** « *de traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession* » et « *notamment* » « *7° D'autoriser le bâtonnier à ester en justice* » (v. notamment articles **17** et **18** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971) n'a ni pour **objet** ni pour **effet** de reconnaître à cette **instance délibérante** une quelconque **capacité juridique**.

Est significatif, à cet égard, l'acte dit « ***CONVENTION RELATIVE A LA COMMUNICATION ELECTRONIQUE EN MATIERE CIVILE DEVANT LES TRIBUNAUX DE GRANDE INSTANCE DU RESSORT DE LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE*** » signé le 02 Mai 2017 entre les **huit Tribunaux de grande instance** du ressort de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** et « *les ordres des avocats des Barreaux* » d'Aix-en-Provence, des Alpes de Haute-Provence, de Draguignan, de Grasse, de Marseille, de Nice, de Tarascon et de Toulon.

Comme susmentionné, « ***une juridiction*** (est) ***elle-même dépourvue de la personnalité morale;*** » - **Cass. Crim. 14 Mars 2006, M. Georges CHETOCHINE**, n°Y 05-87.803 F-P+F), ce dont on déduit logiquement qu'elle ne saurait être **partie** à un **contrat de droit privé**, comme l'entend l'article **1101** du Code civil (« *L e* ***contrat*** *est un* ***accord de volontés*** *entre deux ou plusieurs* ***personnes*** *destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des* ***obligations****.* ») ou même à un **contrat administratif**, lequel est soumis aux mêmes conditions de formation, notamment l'existence d'une **personne publique**, **ce que n'est pas une juridiction**.

Cet exemple est révélateur de la **mentalité pragmatique** qui préside à l'élaboration de certains actes que les parties considèrent comme valables, alors même que les conditions de leur formation font manifestement défaut. De telles conventions seront à l'abri de la **nullité** tant qu'elles ne seront pas appliquées à des personnes à qui elles sont susceptibles de **faire grief**.

L'**intérêt pratique** d'un **dialogue** entre les **juridictions** et les **avocats** n'est certes pas négligeable. Mais, seules des **personnes** peuvent être parties à une **convention**, ce que ne sont ni les **tribunaux judiciaires**, ni les ***ordres d'avocats*** (sic) qui prétendent y être rattachés.

Doivent, dès lors, comme susdit, être nettement distinguées la **personnalité juridique** de la **sociologie** d'une entité considérée, celle-ci ne pouvant induire celle-là. La **loi de Hume**, reformulée par **Raymond BOUDON (1934 – 2013)**, émérite sociologue, s'énonce, en effet, de la manière suivante : « *On ne peut tirer une conclusion à* ***l'impératif*** *de prémisses qui seraient toutes à* ***l'indicatif****.* ». En d'autres termes, de **l'être** on ne peut pas déduire le **devoir-être**, ce qui signifie, encore, que **ce qui est** ne peut pas **s'autojustifier** comme **devant être**.

Qu'un **conseil d'administration** soit composé de **personnes physiques**, comme l'est un **conseil de l'ordre d'avocats** ne signifie pas que celui-ci a la **capacité juridique**. Son **fonctionnement interne** (**politique**) ne nécessite pas, en effet, sa **reconnaissance juridique** ni son **habilitation par la loi à agir en justice**. Cette fonction est remplie par le **barreau** lui-même, savoir **l'ensemble des avocats** (article **21, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), à condition d'être rattaché à un **tribunal judiciaire**.

Nul n'a, à ce jour, contesté la légitimité d'un **ministère** à quotidiennement produire des **normes** (arrêtés, projets de lois, ordonnances et décrets) qui pourront être déférées à la censure des juridictions administratives compétentes, par la voie du **recours pour excès de pouvoir** exercé par les justiciables justifiant d'un intérêt à agir.

Pour autant, cela n'autorise pas tel **ministre** à prétendre qu'il serait à la tête d'un organisme doté de la **personnalité juridique**. Et si **l'Etat transcende le ministère**, rien de tel pour le **conseil de l'ordre des avocats**, lequel, contrairement à ce que prévoit l'article **L. 4125-1** du Code de la santé publique pour les médecins, **n'a pas la personnalité morale**, que la **loi** reconnaît au seul **barreau**.

Les **actes diligentés** au nom et pour le compte du **conseil de l'ordre des avocats**, conseil d'administration **dépourvu de la personnalité juridique**, sont, en vertu de l'article **117** CPC, entachées de **nullité** pour **irrégularité de fond**.

*

L'**Avocat** est membre, le cas échéant, d'un **Barreau** (l'article **323** du Code de procédure pénale prévoyant expressément le cas d'un **Avocat** – et non pas celui d'un **défenseur quelconque** - qui « ***n'est pas inscrit à un barreau*** ») et non pas d'un **Ordre**, de même qu'un **citoyen** est **ressortissant** de la **Nation** et non pas **sujet** du **Gouvernement**. Il tire son **statut constitutionnel** et ses **prérogatives de défense** non pas de son appartenance à tel ou tel **barreau** régulièrement identifié, mais de sa **prestation de serment** devant la **Cour d'Appel**. Les **cinq termes du serment de l'Avocat** sont suffisamment **puissants** et **explicites** – ils sont aussi **indissociables** que le sont les **cinq doigts** de la main qui se lève pour le prêter - pour ne laisser place à aucune ambiguïté :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec* ***dignité, conscience, indépendance, probité et humanité****.* » (article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971).

L'appellation « ***ordre*** » est, donc, incorrecte, concernant les **avocats**, si l'on entend désigner, ainsi, l'organe habilité à prendre des décisions au nom du **barreau**, qui, seul, a la **personnalité morale**, dès lors qu'il est **identifié**.

L'usage que fait le **législateur** du vocable « ***ordre*** », dans la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971, incite à n'y voir qu'un **synonyme** ou une **abréviation** pour « ***conseil de l'ordre*** ».

L'article **18** de ladite loi est, à cet égard, des plus significatifs :

« Les ***ordres*** *des avocats mettent en oeuvre, par* ***délibération*** *conjointe et dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires, les moyens appropriés pour régler les problèmes d'intérêt commun, tels : l'informatique, la communication électronique, la formation professionnelle, la représentation de la profession, le régime de la garantie.*

Les bâtonniers des ***barreaux*** *d'une même cour d'appel soumettent à la* ***délibération*** *du* ***conseil de l'ordre*** *qu'ils président les questions mentionnées au dernier alinéa de l'article 21. ».*

Ce texte n'est pas sans rappeler l'article **33** du **décret impérial** précité du 14 Décembre 1810, aujourd'hui abrogé :

« *33. L'****ordre des avocats*** *ne pourra* ***s'assembler*** *que sur la* ***convocation*** *de son bâtonnier, et pour l'élection des candidats au conseil de discipline, ainsi qu'il est dit article 19. - Le bâtonnier ne permettra pas qu'aucun autre objet soit mis en* ***délibération****.* (…) ».

Il est clair, dans ces conditions, que l'**ordre** est indissociable de la **délibération** qu'il est susceptible d'adopter. C'est là sa fonction principale : **administrer le barreau**, conformément à l'article **15, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971. L'**ordre** - ou, dans sa formule développée, le **conseil de l'ordre** - est et demeure un **organe délibératif**, comme l'est un **conseil d'administration**.

Ce n'est que de façon extensive et par commodité de langage, que l'**ordre** pourra désigner le **barreau organisé**, pris dans sa **dimension administrative** (il tient à jour « *la **liste** des avocats inscrits au tableau* » qu'il communique au **Conseil national des barreaux** – article **17, 1° bis** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971), **normative** (il arrête et modifie « *les dispositions du **règlement intérieur*** » - article **17, 1°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971) et **contraignante** (il a le pouvoir légal de prendre des **décisions** ou **délibérations** « *de nature à **léser les intérêts professionnels d'un avocat*** », en tant que telles, susceptibles d' « *être **déférées à la cour d'appel**, à la requête de l'intéressé* » - article **19, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971).

Cependant et en tout état de cause, l'**instance délibérante** (**le conseil de l'ordre**) n'a pas, sauf disposition contraire de la **loi**, absente en l'occurrence, vocation à **ester en justice** ni à **représenter le barreau** dans les actes de la vie civile, fonction dévolue au seul **bâtonnier** par l'article **21, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971.

On doit le répéter : le **conseil de l'ordre délibère** et, s'il **autorise** le **bâtonnier** à ester en justice au nom du barreau, **il n'est pas, lui-même, le barreau** qui seul, lorsqu'il est **identifié**, a la **personnalité civile** (article **21, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971).

Qu'on l'assimile au **barreau** lui-même (l'ensemble des Avocats) ou au seul **conseil de l'ordre** (conseil d'administration), **l'ordre des avocats n'a pas d'existence juridique propre**.

Il sera, en l'état de **l'imprécision des termes de la loi**, tantôt le **barreau**, tantôt le **conseil** qui l'administre, selon l'interprétation que donneront à ces expressions les parties et les juridictions ayant à connaître des litiges relatifs à la profession d'avocat.

*

L'entité dite « **ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE MARSEILLE** » reconnaît, d'ailleurs, dans ses **conclusions en réponse de première instance** (page **4/10**) communiquées le 03 Juillet 2017 devant le **Juge de l'exécution** de **Marseille** (et, à l'identique, **conclusions en réponse au fond** communiquées le 17 Août 2018, page **5/15** ; **conclusions en réponse devant la Cour** notifiées les 21 Décembre 2018 et 18 Janvier 2019, page **15/25** – **N° RG 18/17271**), la **confusion** qui a présidé à la rédaction de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 :

« (…) *Le législateur de 1971 avait introduit une* ***différence rédactionnelle peu claire entre les ordres et les barreaux.***

Le Barreau regroupant l'ensemble des avocats exerçant de façon effective, c'est-à-dire les avocats inscrits au tableau. Il est doté de la personnalité juridique par la loi (article 21 L. n° 71-1130, 31 déc. 1971).

Quant à l'Ordre, il ***semble*** *être limité par le législateur à une* ***fonction administrative de gestion des avocats*** *exerçant effectivement la profession, ainsi que les avocats honoraires qui sont inscrits sur une liste spéciale du tableau. C'est l'Ordre qui rassemble les votants désignant le Conseil de l'Ordre, organisme professionnel.*

La rédaction n'est pas heureuse *puisque la même loi prévoit que les Ordres peuvent recevoir des dons ou legs et percevoir des cotisations (L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 17).*

Or ***comment peut-on recevoir des dons ou des legs sans avoir la personnalité juridique*** *?* (…) »

En outre, la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** a confirmé, il y a trois ans (**arrêt n°2017/450** de la **Quinzième Chambre A** du 22 Juin 2017, **RG n°16/02604** – *pièce n°30*), que la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 **ne reconnaît pas** « *la capacité civile de* ***l'ordre des avocats*** », celui-ci étant, en tant que tel, « ***effectivement dépourvu de personnalité morale*** » (page **7/8**).

*

2.-/ L'ORDRE DES AVOCATS N'A PLUS, EN FRANCE, D'EXISTENCE LEGALE DEPUIS 1971 : L'ABROGATION DE L'ARTICLE 29 DE LA LOI DU 22 VENTOSE AN XII PAR L'ARTICLE 76 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES

Un rappel de la définition du mot « ***ordre*** » facilitera la compréhension des développements qui suivent.

ORDRE

« *N. m. - Lat. ordo, ordinis : rang, ligne ; le sens de 'prescription' vient du verbe *ordonner.*

1. ***Ensemble ordonné****, considéré sous le double rapport de son* ***existence comme entité distincte*** *(classe, catégorie) et de son* ***organisation interne****, que l'ordre s'applique à des personnes, des juridictions, des opérations ou activités, ou aux règles du Droit. Ex.* ***ordre des créanciers****, ordre judiciaire, ordre du jour, ordre juridique ; peut aussi bien désigner en ce sens une* ***procédure****, un groupement, une hiérarchie. Comp. Police (I).*

(…)

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, 10e édition Janvier 2014, v° ORDRE, p. 716).

L'**ordre** est, dans l'histoire occidentale des Avocats, intimement lié à un **registre** regroupant les noms de ses membres, une **matricule -** du latin ***matricula, ae*** signifiant matricule, rôle, registre, issu de ***matrix, icis*** désignant au sens figuré source, matrice, registre - (**Dictionnaire Latin – Français – Le Grand Gaffiot**, Hachette 2000, troisième édition revue et augmentée sous la direction de **Pierre FLOBERT**, Professeur émérite à l'Université de Paris-Sorbonne, Directeur d'études à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes, v° ***matricula, ae***; v° ***matrix, icis***, p. 965) :

« *Trouvant raisonnable la demande que* ***les avocats de la ville d'Alexandrie*** *ont faite concernant leur ordre et l'avocat du fisc, nous voulons par cette ordonnance que leur nombre soit porté à cinquante; que le* ***nom*** *de chacun soit à son* ***rang*** *inscrit dans une* ***matricule****, et qu'ils puissent, lorsqu'ils en sont priés, exercer leurs fonctions près le tribunal du préfet augustal et celui du gouverneur d'Egypte.* (…) »

(**Code justinien**, Livre II, Titre VII, § 13, les empereurs Léon et Anthémius à Alexandre, préfet augustal, **Les Douze Livres du Code de l'Empereur Justinien** traduits en français par **P.-A. TISSOT**, Jurisconsulte, membre de plusieurs sociétés savantes, Tome Premier, BEHMER, Editeur-Propriétaire, p. 292 – source BNF).

Le **décret impérial** du 14 Décembre 1810 « *contenant règlement sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau* » (Bulletin annoté des lois – Source BNF GALLICA) illustre ce qu'était, aux yeux de son auteur, un ***ordre.*** Il s'agissait, selon le vœu du **législateur post-révolutionnaire** (article **29** de la **loi** du 22 Ventôse an XII **abrogé** par l'article **76** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), ni plus ni moins d'un **tableau** (une ***matricule*** disait l'**Empereur JUSTINIEN**) **– auquel il n'a jamais été question de conférer la personnalité juridique -** sur lequel seraient inscrits ceux que le **pouvoir disciplinaire** pouvait atteindre avec le plus d'efficacité possible :

« (…)

Au palais des Tuileries, le 14 décembre 1810.

Napoléon,

Lorsque nous nous occupions de l'organisation de l'Ordre judiciaire, et des moyens d'assurer à nos cours la haute considération qui leur est due, une profession dont l'exercice influe puissamment sur la distribution de la justice a fixé nos regards ; nous avons en conséquence ordonné, par la loi du 22 ventôse an XII, le rétablissement du tableau des Avocats , comme un des moyens les plus propres à maintenir la probité , la délicatesse, le désintéressement , le désir de la conciliation, l'amour de la vérité et de la justice, un zèle éclairé pour les faibles et les opprimés , bases essentielles de leur état.

En retraçant aujourd'hui les règles de cette discipline salutaire dont les avocats se montrèrent si jaloux dans les beaux jours du barreau , il convient d'assurer en même temps à la magistrature la surveillance qui doit naturellement lui appartenir sur une profession qui a de si intimes rapports avec elle ; nous aurons ainsi garanti la liberté et la noblesse de la profession d'avocat, en posant les bornes qui doivent la séparer de la licence et de l'insubordination.

A ces causes,

Sur le rapport de notre grand-juge, ministre de la justice ;

Notre conseil d'état entendu,

Nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

Titre 1". -- Dispositions générales.

Art. 1er. En exécution de l'article 29 de la loi du 22 ventôse an XII, il sera dressé un tableau des avocats exerçant auprès de nos cours impériales et de nos tribunaux de première instance.

(...)

5. Seront compris dans la première formation des tableaux , à la date de leurs titres ou réception, tous ceux qui, aux termes de la loi du 22 ventôse an XII, ont droit d'exercer la profession d'avocat, pourvu néanmoins qu'il y ait des renseignemens satisfaisants sur leur capacité , probité , délicatesse , bonne vie et mœurs.

(…) »

Il est vrai que dans la **sinistre lignée impériale**, les **textes républicains**, se référant encore, plus d'un siècle après son entrée en vigueur, à la **loi** du **22 Ventôse An XII**, ont eu la faiblesse de reproduire par **mimétisme normatif** des formules qui appartiennent au **césarisme napoléonien**.

C'est, ainsi que l'article **1er** du **décret** du 20 Juin 1920 portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau (J.O. du 22 Juin 1920; D.P. 1920.4.118) disposait que « *Les avocats qui exercent près de chaque Cour d'appel ou de chaque Tribunal de première instance, ne siégeant pas au chef-lieu d'une Cour d'appel, forment un* ***Ordre des avocats*** *qui est soumis aux règles ci-après.* »

Son article **2** disait de ceux-ci qu' « *Ils sont inscrits sur le* ***tableau*** *institué par l'article* ***29*** *de la* ***loi*** *du* ***22 ventôse an XII****, d'après leur rang d'ancienneté, conformément aux dispositions de l'article 16 du présent décret et à celles du règlement intérieur prévu à l'article 46.* »

De même, le **décret** n°54-406 du 10 Avril 1954 portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau prévoyait en ses articles **1er** et **2** :

Article **1er** :

« *Les avocats qui exercent près chaque cour d'appel ou chaque tribunal de première instance ne siégeant pas au chef-lieu d'une cour d'appel forment un* ***ordre des avocats*** *qui est soumis aux règles ci-après.* »

Article **2** :

« *Ils sont inscrits au* ***tableau*** *institué à l'article* ***29*** *de la* ***loi*** *du* ***22 ventôse an XII****, d'après leur rang d'ancienneté, conformément aux dispositions de l'article 16 du présent décret et à celles du règlement intérieur prévu à l'article 47.* »

L'**inscription au tableau** était, au prix d'une **confusion totale** génératrice d'un **oxymoron**, à la fois la **condition** de l'exercice effectif de la profession d'Avocat et sa **conséquence** :

Articles **3** et **5** du **décret** du 20 Juin 1920 :

Article **3** :

« *Nul ne peut être* ***inscrit sur le tableau des avocats au barreau*** *d'une Cour ou d'un Tribunal,* ***s'il n'exerce réellement*** *près de cette Cour ou de ce Tribunal, et s'il ne produit le certificat de stage mentionné à l'article 27. Les magistrats honoraires et les anciens magistrats ayant au moins trois ans de fonctions sont dispensés du stage.* »

Article **5** :

« *Seuls ont droit au titre d'****avocat*** *les licenciés en droit qui sont* ***régulièrement inscrits au tableau*** *ou au stage du barreau d'une Cour d'appel ou d'un Tribunal de première instance. Ils doivent faire suivre leur titre d'avocat de la mention de ce barreau.*

Cette disposition n'est pas applicable aux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. »

Les mêmes dispositions ont été reproduites aux articles **3** et **5** du **décret** n°54-406 du 10 Avril 1954 :

Article **3** :

« *Nul ne peut être* ***inscrit au tableau des avocats au barreau*** *d'une cour ou d'un tribunal* ***s'il n'exerce réellement*** *près cette cour ou ce tribunal, et s'il ne produit le certificat de stage, conformément aux dispositions de l'article 29.* »

Article **5** :

« *Seuls ont droit au titre d'**avocat** les licenciés en droit qui son**t régulièrement inscrits au tableau** ou au stage du barreau d'une cour d'appel ou d'un tribunal de première instance. Ils doivent faire suivre leur titre d'avocat de la mention de ce barreau.*

Cette disposition n'est pas applicable aux avocats au conseil d'Etat et à la cour de cassation. »

*

Ces dispositions sont, aujourd'hui, **abrogées** par l'article **76** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Sont **abrogées** toutes dispositions **contraires à la présente loi**, et notamment :*

*Les articles **24** et **29** de la **loi** du **22 ventôse an XII** modifiée relative aux écoles de droit ; Les articles **2** et **4** de la **loi** n° 54-390 du **8 avril 1954** constatant la nullité de l'acte dit loi n° 2525 du 26 juin 1941 instituant le certificat d'aptitude à la profession d'avocat ;*

(…) »

*

Logiquement, le **droit positif** (article **73** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) a résolument **banni** le mot « ***ordre*** » de toute **dénomination sociale** d'un groupement professionnel d'Avocats :

« *Toute personne qui, dans la **dénomination** d'un **groupement professionnel** constitué sous quelque forme que ce soit, utilise, en dehors des cas prévus par la loi, le mot " **ordre** " est passible des peines prévues à l'article 72.* »

Les peines prévues par l'article **433-17, alinéa 1er** du Code pénal, auquel renvoie l'article **72** de la même loi, sont d' « ***un an d'emprisonnement** et de **15 000 euros d'amende**.* »

Cette disposition législative justifierait des poursuites pénales à l'encontre de chacun des **barreaux** utilisant, en violation de ce texte, le mot « ***ordre*** » dans sa dénomination sociale, notamment aux fins d'empêcher l'établissement d'un **barreau concurrent** auprès du **même tribunal judiciaire**.

*

3.-/ LE CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX N'EST PAS UN ORDRE D'AVOCATS

De facto et *de jure*, le **Conseil National des Barreaux (CNB)**, - qui **n'est pas un Ordre national**, **ni un Barreau national**, mais se trouve seulement « *chargé de représenter la **profession d'avocat** notamment auprès des pouvoirs publics* » (article **21-1** de la **loi** précitée n°71-1130 du 31 Décembre 1971) - n'est le garant de l'existence d'aucun barreau. Il ne procède pas de la **réunion** des cent soixante-quatre barreaux français (cent soixante-cinq avec le **BARREAU DE PROVENCE ET DE LA MEDITERRANEE – EUTOPIA - BPME -** issu du **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF**), mais de **l'élection** de **représentants d'Avocats**, électeurs et élus étant tous des **personnes physiques**.

Le **CNB** est, en effet, composé, aux termes de l'article **21-2** de la **loi** susmentionnée n°71-1130 du 31 Décembre 1971 :

« *d'**avocats** élus au suffrage direct par deux collèges :*
*- le **collège ordinal**, composé des bâtonniers et des membres des conseils de l'ordre ;*
*- le **collège général**, composé de l'ensemble des avocats disposant du droit de vote mentionné au deuxième alinéa de l'article 15.*

Chaque collège élit la moitié des membres du Conseil national des barreaux.

L'élection dans chaque collège a lieu sur la base d'une ou plusieurs circonscriptions.

En cas de pluralité de circonscriptions, la répartition des sièges à pourvoir entre les circonscriptions est proportionnelle au nombre des avocats inscrits dans chacune d'elles.

Le président de la conférence des bâtonniers et le bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de Paris en exercice sont membres de droit du Conseil national des barreaux. La proportion, au sein du Conseil national des barreaux, des personnes d'un même sexe est comprise entre 40 % et 60 %. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions dans lesquelles les règles du scrutin assurent le respect de cette exigence. »

Le **CNB** n'est donc pas un organe fédéral (comme on aurait pu l'imaginer sur le modèle du **Sénat américain** où chaque Sénateur représente un Etat fédéré au sein de la Fédération), mais une **Assemblée nationale d'avocats**, dotée de la **personnalité juridique**. Celle-ci sera **identifiée** par le **nom** de chacun des **quatre-vingts membres** qui la composent.

Le CNB ne représente pas les barreaux, mais, indistinctement « *l a **profession d'avocat** notamment auprès des pouvoirs publics* » (article **21-1** de la **loi** précitée n°71-1130 du 31 Décembre 1971). Il se compose de **représentants d'avocats**.

Le **CNB** tient sa **personnalité juridique** directement de la **loi qui l'a créé**, comme étant **l'unique représentant** de la profession d'avocat.

Il est à noter que le mot « ***ordre*** » est absent de la **dénomination** « *Conseil National des **Barreaux*** ».

On peut y voir une franche volonté commune du **législateur** et de la **profession d'Avocat** de catégoriquement rejeter toute organisation en « ***ordre*** », pour lui préférer celle de « ***barreau*** » : *« Les avocats font partie de* ***barreaux*** (…) », dit l'article **15, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971, sous réserve de la **liberté d'association** garantie notamment par l'article **11** de l**a Convention européenne des droits de l'homme**, laquelle comprend la **liberté de s'associer** et/ou **de ne pas s'associer** (**CEDH, Plénière, 13 Août 1981, YOUNG, JAMES et WEBSTER c. Royaume-Uni**, n° 7601/76 - 7806/77 : l'adhésion forcée à un syndicat – ***closed shop*** – viole l'article **11** de la **Convention européenne des droits de l'homme** ; **CEDH, 30 Juin 1993, Sigurdur A. SIGURJONSSON c ISLANDE**, n°16130/90, **§ 35**, à propos de l'adhésion forcée à une association professionnelle de chauffeurs de taxis) d'où l'on tire le **droit de quitter le groupe** dont on ne partage pas les **convictions profondes** (**CEDH, Grande Chambre, 29 Avril 1999, CHASSAGNOU et a. c. FRANCE**, n°25088/94, 28331/95 et 28443/95, **§ 117**, à propos de l'adhésion forcée aux Associations Communales de Chasse Agréées - ACCA).

Dans cet ordre d'idées, le **Barreau de Paris** reconnaît désormais, qu' « *Un* ***ordre des avocats*** *comprend en outre les avocats honoraires.* ***Aucun texte ne lui donne la personnalité civile ou morale****, même si d'aucuns lui ont reconnu sans motif un statut d'établissement d'utilité publique.On peut dire que* ***l'ordre est une émanation du barreau*** *qui lui donne certaines missions.* » (…) » (**Note d'information** publiée sur le **site officiel Internet du Barreau de Paris** intitulée « ***Quelle est la différence entre un barreau et un ordre des avocats ?*** » où l'on lit aussi : « (…) ***il peut cependant y avoir plusieurs barreaux pour un même TGI*** (…) » (*pièce n°19* - deux pages).

Il ne cache pas, ce faisant, la distance que la profession a voulu ménager avec des **institutions** et **corporations d'Etat** nées sous le **régime de Vichy** :

« (…) *Il existe plusieurs différences. Elles sont importantes et résulte*(nt) *d'une volonté politique depuis la* ***Libération*** *de* ***s'écarter pour les structures professionnelles des ordres****,* ***conseils*** *et* ***autres corporations*** *existant durant la* ***période de Vichy****.* (…) » (*pièce n°19*).

Par comparaison, l'***ordre*** serait au **Barreau** ce que le **Gouvernement** est à **l'Etat** : un **organe d'exécution non personnifié**.

La **mission exécutive** que la **Constitution** confie au **Gouvernement** de **déterminer et de conduire la politique de la Nation** (article **20, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) ne suffit pas à lui donner la **personnalité juridique**, sur le plan national ou international, dont seul l'**Etat** peut se prévaloir.

*

Le **CNB** serait un **proto-ordre**, en ce sens que le **législateur** qui l'a **créé** pourrait le doter de **pouvoirs disciplinaires**, ce qu'à ce jour, il n'a pas fait.

*

II-C-B-1-b/ L'APPLICATION DE L'ARTICLE 11 CEDH : LA LOI N'A PREVU AUCUNE RESTRICTION SUBSTANTIELLE A LA LIBERTE DE L'AVOCAT DE NE PAS S'ASSOCIER POUR EXERCER SA PROFESSION

Lorsqu'elle est invoquée, comme source de **droits individuels**, la **loi** doit, en vertu de la **règle** de **répartition des compétences constitutionnelles** (articles **34** et **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) être **lue** et, le cas, échéant, **interprétée** et **mise en oeuvre** dans ses **termes propres** et non pas dans ceux de ses **règlements d'application** (**1**).

L'**adhésion à un barreau** n'est plus la **condition *sine qua non*** de l'exercice de la profession d'avocat par l'effet conjugué de la **promulgation** de la **Vème République** et celle de de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (**2**).

La **liberté d'association** donne le droit à **l'avocat** d'exercer sa **profession** sans être obligé de s'affilier à un **barreau**, dès lors qu'**aucune raison impérieuse d'intérêt général** n'a justifié qu'elle **soit substantiellement restreinte** (**3**).

1.-/ LA LOI SOURCE DE DROITS INDIVIDUELS SE LIT ET S'INTERPRETE DANS SES PROPRES TERMES, INDEPENDAMMENT DE SES REGLEMENTS D'APPLICATION : L'ARTICLE 15 DE LA LOI N°71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES NE SAURAIT ETRE INTERPRETE A L'AUNE DE L'ARTICLE 154 DU DECRET N°91-1157 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT, QUI LUI EST SUBORDONNE

Aux termes de l'article **L. 77-12-1** du Code de justice administrative (CJA) :

« ***L'action en reconnaissance de droits*** *permet à une association régulièrement déclarée ou à un syndicat professionnel régulièrement constitué de déposer une requête tendant à la* ***reconnaissance de droits individuels*** *résultant de* ***l'application de la loi*** *ou du* ***règlement*** *en faveur d'un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt, à la condition que leur objet statutaire comporte la défense dudit intérêt. Elle peut tendre au bénéfice d'une somme d'argent légalement due ou à la décharge d'une somme d'argent illégalement réclamée. Elle ne peut tendre à la reconnaissance d'un préjudice.*

Le groupe d'intérêt en faveur duquel l'action est présentée est caractérisé par l'identité de la situation juridique de ses membres. Il est nécessairement délimité par les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public mis en cause.

L'action collective est présentée, instruite et jugée selon les dispositions du présent code, sous réserve du présent chapitre. »

Il ressort du texte précité que les **droits individuels** dont l'**action en reconnaissance de droit** tend à assurer la promotion doivent résulter **alternativement** « *de* ***l'application de la loi*** ou *du* ***règlement*** » (nous soulignons).

En effet, selon la matière considérée, le **législateur** (article **34** de la **Constitution**) ou le **pouvoir réglementaire** (article **37**) sera compétent pour définir les **droits** et **obligations** dont seront titulaires et tributaires les parties en présence.

Dans ces conditions, les **dispositions réglementaires** prises pour l'**application** d'une **loi** ne sauraient se substituer à celle-ci, qui, étant placée dans la **hiérarchie des normes** à un **rang supérieur**, devra, spécialement en cas de conflit, **prévaloir sur le décret**.

La **doctrine autorisée** a donné du rôle attribué à chaque **pouvoir normatif** la synthèse suivante :

« (…)
40. - Il était irréaliste de penser que l'on pourrait délimiter strictement les domaines de la loi et du règlement : les gouvernements puis les juges s'en sont aperçus très vite et ont adopté une attitude beaucoup plus souple.

*Il n'en reste pas moins que le but originel a été atteint : la **loi** statue sur l'**essentiel** et le **pouvoir réglementaire** sur l'**accessoire** ; le législateur ne perd plus son temps à statuer sur les **détails** ou sur des **questions non importantes**. En outre, la hiérarchie (retrouvée) entre loi et règlement s'insère dans la hiérarchie générale qui compte un élément supplémentaire avec la Constitution : **aux normes constitutionnelles, l'essentiel ; aux normes législatives, l'important ; aux normes réglementaires, le secondaire et le détail**.* (…)

(**Professeur Louis FAVOREU**, RFDA 3, (6), Novembre – Décembre 1987, Les règlements autonomes n'existent pas, § 40, p. 883).

Cette approche n'est pas, au demeurant, fondamentalement différente de celle qui, il y a **deux siècles**, a présidé à l'élaboration du **Code civil** et qui ne saurait, aujourd'hui, être sérieusement remise en cause :

« (…)
*Les **lois**, proprement dites, diffèrent des simples **règlements**. **C'est aux lois à poser, dans chaque matière, les règles fondamentales**, et à déterminer les **formes essentielles**. Les **détails d'exécution**, les précautions **provisoires** ou **accidentelles**, les objets **instantanés** ou **variables**, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la **surveillance de l'autorité qui administre** que l'**intervention** de la **puissance qui institue** ou qui **crée**, sont du ressort des **règlements**. **Les règlements sont des actes de magistrature**, et les **lois des actes de souveraineté.***
(…) »
(**PORTALIS**, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1er Pluviose An IX (21 Janvier 1801), cité en **épigraphe** des **actes du colloque** « **LE DOMAINE DE LA LOI ET DU REGLEMENT** » organisé par la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille et qui s'y est tenu les 2-3 Décembre 1977, sous la direction de **Louis FAVOREU**, p. **6**).

Peut être proposé le **schéma** suivant :

LOI….....**REGLEMENT**
ACTE DE SOUVERAINETÉ …..... **ACTE DE MAGISTRATURE**
INTERVENTION DE LA PUISSANCE …....**SURVEILLANCE DE L'AUTORITE**
QUI INSTITUE ….....**QUI ADMINISTRE**
OU QUI CREE ….....

Règles fondamentales ….....**Détails d'exécution**

Formes essentielles ….....**Précautions provisoires** ou **accidentelles**

….....**Objets instantanés** ou **variables**

Autrement dit, pour la bonne application de l'article **L. 77-12-1** CJA, la **loi** consacrant les **droits individuels** doit être lue avec **ses propres termes** – en tant que de besoin, pour satisfaire à l'**obligation d'interprétation conforme**, enrichis d'une **normativité constitutionnelle** ou **supranationale** - et non pas avec ceux de ses **règlements d'application** dont la **légalité** ne peut pas, dans ce cadre procédural, être contrôlée, comme le prévoit l'article **R. 77-12-2, alinéa 2** CJA :

« (…)
*La requête ne peut comporter d'autres **conclusions** que celles tendant à la **satisfaction** de **l'action en reconnaissance de droits considérée**.* »

En d'autres termes, n'ont pas leur place, dans ce cadre procédural précis, des **conclusions** tendant, sur le fondement de l'article **R. 312-3** CJA, à faire **déclarer illégal** tel décret en Conseil d'Etat, **règlement d'application** d'une **loi** ou **règlement autonome**.

En effet, de deux choses l'une :

Ou bien, le **règlement** est, comme en l'occurrence, une **mesure d'application** d'une **loi** et, dans cette hypothèse, qu'il soit **légal** ou **illégal** (s'il **excède l'habilitation législative**) il n'a **aucune incidence** sur les **droits individuels** résultant de l'application de la **loi** elle-même, à laquelle il ne peut jamais se substituer.

Ou bien, le **règlement** est **autonome**, en ce qu'**aucune loi ne fait écran** entre lui et la **Constitution** à laquelle il doit se conformer directement (la **loi** ne fournit pas au **règlement** la **matière** de son intervention) et, dans ce cas de figure étranger à la présente espèce, son **illégalité** ne fera obstacle à la reconnaissance des **droits individuels** qu'il consacre que si elle a été reconnue antérieurement par le **Conseil d'Etat**, juge naturel des décrets en Conseil d'Etat. Les **conséquences** de l'**annulation** ou de **l'abrogation** du **règlement autonome**, postérieurement au prononcé d'un **jugement passé en force de chose jugée** reconnaissant des **droits individuels** sur la foi dudit règlement, devraient être déterminées par le **juge de l'exécution**, en cas de **refus d'exécution** opposé par l'autorité administrative compétente.

C'est, exactement, la **méthodologie** que le **Conseil constitutionnel** – juge de la **constitutionnalité** de la **loi** et non pas de la **légalité** du **règlement** - a **nouvellement adoptée** en **2016** :

« (…)
*7. En premier lieu, contrairement à ce que soutiennent les syndicats requérants, les dispositions relatives à la **consignation d'une somme d'argent** en vue de garantir le paiement de l'amende transactionnelle **ne confèrent pas à cette dernière un caractère exécutoire**, puisque l'auteur de l'infraction peut toujours, même après l'homologation, **refuser d'acquitter la somme due**. La circonstance que le **décret pris en application des dispositions contestées** aurait conféré un tel caractère exécutoire à la mesure transactionnelle en prévoyant que la consignation valait paiement, une fois la transaction homologuée, **ne saurait à cet égard être prise en compte**, dans l'exercice de son contrôle, par le Conseil constitutionnel.*
(…) »
(**CC, décision n° 2016-569 QPC** du 23 Septembre 2016 - **Syndicat de la magistrature et autre**, **§ 7**).

C'est, donc, à une **interprétation littérale** – au vu du seul **texte législatif** et non pas de l'**application** qu'en fait, à tort ou à raison, le **pouvoir réglementaire** – que doit se livrer le **juge constitutionnel**, à la différence du **juge civil** qui pourra, le cas échéant, aux fins d'échapper au grief de **déni de justice** (article **4** du Code civil), tenter d'**interpréter** une **loi obscure** ou **incomplète** – dont il n'a pas le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité – à l'aide de la **méthode exégétique** (notamment par les **travaux préparatoires**).

Cette faculté n'est pas ouverte au **Conseil constitutionnel** dès lors qu'une interprétation qui irait au-delà du **texte de la loi**, le cas échéant **combiné** avec certaines **dispositions constitutionnelles** (cf. **CE Ass. 20 Octobre 1989, NICOLO**, n°108243), en révèlerait, en réalité, l'obscurité ou l'imprécision, et partant l'**inconstitutionnalité**, devant conduire à **l'empêcher d'entrer en vigueur** (**contrôle *a priori*** – article **61**) ou à son **abrogation** (**contrôle *a posteriori*** à l'occasion d'une **QPC** – article **61-1**).

Ces considérations autorisent, dès lors, à **dépasser la solution** de la décision susmentionnée **2011-171/178 QPC** du 29 Septembre 2011, en ce qui concerne tant la **fausse qualification** de **profession réglementée**, que l'**interprétation** de la **volonté du législateur** à propos de la sanction des manquements à la déontologie des Avocats.

En effet, d'une part, la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 n'a jamais dit que la profession d'avocat serait une **profession réglementée**, mais précise, au contraire, dès son article **1er, I**, que « *La profession d'avocat est une **profession libérale et indépendante*** », qualification **radicalement incompatible** avec celle de **profession réglementée**. Est, dans cet ordre d'idées, **réglementée** une profession que le **législateur** a expressément entendu placer sous la « *la **surveillance de l'autorité qui administre*** », selon l'éclairante formule de **PORTALIS**. Relèvent de cette matière toutes les **activités économiques** soumises à une **police administrative spéciale** confiée au **pouvoir réglementaire**, en tant que leur exercice expose les **personnes** et les **biens** à un **risque** que l'exercice d'une **action juridictionnelle** ne suffirait pas à maîtriser, ou grève d'une **charge** la collectivité publique, comme, par exemple, la **profession de taxi** (sécurité des transports ; occupation du domaine public).

La précision apportée par le **Conseil constitutionnel** dans sa **décision n°2016-569 QPC** du 23 Septembre 2016 autorise l'interprète de sa jurisprudence à ne pas tenir compte de la qualification de profession ***réglementée*** qu'il avait erronément donnée à la profession d'Avocat dans sa précédente **décision n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011, M. Michael C. et autre.**

D'autre part, il n'est plus possible d'affirmer, désormais à la **seule lecture du texte législatif**, comme l'avait fait le **Conseil constitutionnel,** en **2011**, en **lisant, à tort, la loi avec les termes du décret**, que « ***le législateur a entendu**, en l'espèce, que les **fautes disciplinaires** des avocats puissent faire l'objet de **sanctions** comprenant, le cas échéant, **l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer leur activité*** ; ».

Le **législateur**, à l'inverse, n'a rien dit des **sanctions** qu'il convenait de prévoir pour réprimer les éventuels manquements déontologiques des Avocats, signe de son **désintérêt manifeste** pour la question.

*

2.-/ L'ADHESION A UN BARREAU N'EST PLUS LA CONDITION SINE QUA NON DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT, PAR L'EFFET CONJUGUE DE LA PROMULGATION DE LA CONSTITUTION DE LA V° REPUBLIQUE ET CELLE DE LA LOI N°71-1330 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES

La **discordance** entre la **loi** (article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 modifiée portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) et le **règlement** (articles **1er** et **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 modifié organisant la profession d'Avocat), laquelle ne peut, dans la **hiérarchie des normes** de la **Ve République**, que se régler au profit de la première, à laquelle le second est **toujours subordonné**, n'est pas, en tout état de cause, un obstacle au **succès** de la présente **demande tendant à l'abrogation** des **textes réglementaires** visés *supra*.

On peut, en effet, avancer l'idée selon laquelle en donnant **habilitation législative**, le **législateur de l'Empire**, de la **Monarchie restaurée**, puis de la **République retrouvée** (**IIIème** et **IVème Républiques**) donnait une **délégation de pouvoirs**, mais non pas de **signature**. L'**exécutif** réglait des **matières** qui normalement relevaient de la **loi**, mais à son **rang réglementaire**, ce qui explique que le **règlement d'administration publique** a été, en définitive, jugé justiciable du **recours pour excès de pouvoir** par **arrêt** du **Conseil d'Etat** du 06 Décembre 1907, **Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres**, Rec. p. 913.

Si, à l'inverse, il y avait eu **délégation de signature**, l'auteur du **règlement** aurait été vu comme signant un **acte législatif**, thèse, que la **Haute assemblée** avait adoptée à ses premières heures (**CE, 20 Décembre 1872, Fresneau**, D. P. 74. 3. 42 ; **1er Avril 1892, Commune de Montreuil**, D. P. 93. 3. 80 ; **08 Juillet 1892, Ville de Chartres**, ibid.), mais qu'elle a abandonnée en **1907**, par l'arrêt précité.

Le même raisonnement a été suivi par le **Conseil d'Etat** à propos :

1°) des **décrets-lois** de la **III° République** (**CE, Ass. 25 Juin 1937, Union des véhicules industriels**, Rec. 619) ;

2°) des **décrets** pris sur **habilitation législative** sous la **IV° République** (**CE, Ass. 15 Juillet 1954, Société des Etablissements Mulsant**, Rec. 481 ; **Ass., 16 Mars 1956, Garrigou**, Rec. 121) ;

3°) sous la **V° République**, des **ordonnances** prises sur **habilitation législative**, en vertu de l'article **38** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, tout au moins avant leur ratification (**CE, Ass. 24 Novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police**, Rec. 658) ;

4°) des **ordonnances** que la **loi** du 13 Avril 1962 accordait au **Président de la République** le droit de prendre, dans les limites qu'elle précisait, lesquelles conservaient leur caractère d'**actes administratifs** et pouvaient, donc, être attaquées devant le **juge de l'excès de pouvoir** :

« (…)
Sur la fin de non-recevoir opposée par le ministre de la justice et le ministre des armées :

*Considérant que l'article **2** de la **loi** du 13 avril 1962 adoptée par le **peuple français** par la voie du **référendum**, **autorise** le **président de la République** 'à **arrêter**, par voie d'ordonnance ou, selon le cas, de décrets en Conseil des ministres, **toutes mesures législatives** ou **réglementaires** relatives à l'application des **déclarations gouvernementales** du 19 mars 1962' ; qu'il résulte de ces termes mêmes que ce texte a eu pour **objet**, non d'habiliter le **président de la République** à exercer le **pouvoir législatif lui-même** ; mais seulement de **l'autoriser** à **user exceptionnellement**, dans le **cadre** et dans les **limites** qui y sont précisées, de **son pouvoir réglementaire**, pour prendre, par **ordonnances**, des **mesures** qui normalement relèvent du **domaine de la loi** ; qu'il suit de là que l'**ordonnance attaquée** du 1er Juin 1962, qui a été prise en application de l'article **2** de la **loi** du 13 avril 1962, conserve le caractère d'un **acte administratif** et est susceptible, comme tel, d'être déférée au **Conseil d'Etat** par la voie du **recours pour excès de pouvoir** ;*
(…) »
(**CE, Ass. 19 Octobre 1962, Canal, Robin et Godot**, Rec. 552).

Seules des **circonstances exceptionnelles** peuvent justifier une **délégation de signature** au **pouvoir exécutif**. S'inscrivent dans la **très courte liste** :

- D'une part, les **ordonnances** prises au cours de la **période transitoire** organisée par l'article **92** de la **Constitution** (**CE, Section, 12 Février 1960, Société Eky**, Rec. 101) ;

- D'autre part, les décisions prises en vertu de l'article **16** de la **Constitution** – **circonstances exceptionnelles** - (**CE, Ass. 02 Mars 1962, Rubin de Servens**, Rec. 143).

*

On tire de ce qui précède :

1°) L'**habilitation législative** ne peut, en aucun cas, en vertu de la **délimitation stricte** des **domaines respectifs** de la **loi** (**compétence d'attribution**) et du **règlement** (**compétence résiduelle de droit commun**), telle qu'opérée par la **Constitution** du 04 Octobre 1958, comprendre la **délégation** de **compétences** que le **législateur** doit **exercer en propre**, comme par exemple la détermination des **conditions essentielles d'accès à une profession** et celles de son **exercice** (**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 Décembre 2010, Conseil national de l'Ordre des médecins et a**., n° 337396, n° 337625), ou, encore de **sanctions** ayant pour **objet** et/ou pour **effet** d'**empêcher l'exercice professionnel** :

« (…)
*Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article **34** de la **Constitution** : « La **loi** fixe les **règles** concernant : / (...) les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques** (...) » ; qu'au nombre des **libertés publiques** dont, en vertu de ces dispositions, les **garanties fondamentales** relèvent du **domaine de la loi**, figure le **libre accès** à **l'exercice** par les citoyens d'une **activité professionnelle** ; qu'**il ne revient dès lors qu'à la loi** ou, en cas d'application de l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement intervenant par voie d'ordonnance, de **fixer** les **règles essentielles** relatives aux **conditions d'accès** à l'activité professionnelle en cause et à ses **modalités d'exercice** ;* (…) » (**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 Décembre 2010, Conseil national de l'Ordre des médecins et a**., n° 337396, n° 337625).

2°) Les dispositions figurant dans le **décret d'application de la loi** sont réputées être de **nature réglementaire**, sauf à censurer ledit décret en cas de **dépassement de l'habilitation législative**. Le vice pouvant entacher, le cas échéant, le règlement procèdera de l'**illégalité interne** (**violation directe de la loi**) et non pas, sauf violation d'une **disposition expresse** de la **Constitution** autre que son article **34**, de l'**illégalité externe** (**incompétence**) dont serait entaché un **règlement autonome** empiétant sur le **domaine de la loi**.

Il est, dans cet ordre d'idées, remarquable, à titre d'exemple, que les dispositions relatives aux **prérogatives du conseil de l'ordre** (article **16** du **décret** n°54-406 du 10 Avril 1954) aient été appréciées, en 1971, comme étant de **nature législative** (article **17** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), tandis que demeuraient **réglementaires**, après 1971, les **sanctions disciplinaires** applicables aux **avocats** (article **32** du **décret** n°54-406 du 10 Avril 1954 ; article **107** du **décret** n°72-468 du 09 Juin 1972 « *organisant la profession d'avocat, pris pour l'application de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques* » ; article **184** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 « *organisant la profession d'Avocat* »).

Avant 1958, il importait peu de discerner dans un **règlement d'administration publique** les **dispositions législatives** des **dispositions réglementaires** qui y étaient **mêlées**, parfois dans une même phrase, puisque le **tout normatif** (**normativité conjuguée**) suffisait à assurer l'**exécution de la loi**, telle que voulue par l'auteur de l'habilitation.

Depuis 1958 et dans la **jurisprudence actuelle** du **Conseil constitutionnel** (**CC, décision n°2005-512 DC du 21 Avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école**; **CC, Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005 -Loi relative à la création du registre international français**, consid. **14**) , comme celle du **Conseil d'Etat** (**CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304), il est, à l'inverse, essentiel de clairement et précisément déterminer ceux des **règles** et **principes fondamentaux** qui relèvent du **domaine de la loi** (article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958), tandis que toutes les autres **matières** auront « *un **caractère réglementaire***. » (article **37, alinéa 1er** de la **Constitution**).

*

Si, les différents **règlements d'administration publique** qui se sont succédé depuis le **décret impérial** du 14 Décembre 1810, conformément à l'article **38** de la **loi** du 22 Ventôse An XII aux fins de pourvoir à l'**exécution** de ladite **loi**, « *et notamment à ce qui concernera :*

(…)

***7.°** La formation du **tableau** des avocats, et la **discipline** du barreau ;*

(…) »

ont pu **compléter** les **dispositions législatives** concernées, c'est dire y ajouter de la **matière législative**, cette compétence a été enlevée au **pouvoir réglementaire** en 1958.

En effet, la **Constitution** de la **Vème République** et ses **interprètes authentiques** que sont le **Conseil constitutionnel** et le **Conseil d'Etat**, ont retiré au **pouvoir exécutif** la faculté de **compléter** la **loi**, fût-ce sur **délégation expresse** du **législateur**.

Les jurisprudences des **Hautes juridictions** sont, à cet égard, sans ambiguïté :

« (...) *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 d**e 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)** ;

« (…)
*14. Considérant qu'aux termes de l'article **34** de la Constitution : « La loi détermine les principes fondamentaux... du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale » ; qu'**il incombe au législateur d'exercer pleinement cette compétence** ; 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** ; qu'il doit en effet 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° 2005-514 DC du 28 avril 2005 -Loi relative à la création du registre international français**, consid. **14**).

« (…)
***Considérant** que lorsque la **définition** des **obligations** auxquelles est soumis l'**exercice d'une activité** relève du **législateur** en application de l'article **34** de la **Constitution**, il n'appartient **qu'à** la **loi** de **fixer**, **le cas échéant**, le **régime des sanctions administratives** dont la **méconnaissance** de ces **obligations** peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les **sanctions** encourues que les **éléments constitutifs des infractions** que ces sanctions ont pour objet de réprimer ; que la circonstance que la **loi** ait renvoyé au **décret** le soin de définir ses **modalités** ou ses **conditions d'application** n'a **ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi** pour définir ces éléments ;*
(…) »
(**CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304).

Désormais, le **Premier ministre**, lorsqu'il a reçu **invitation expresse** du **législateur**, ne peut qu'**expliciter** – et non plus **compléter** - la **norme législative** aux fins de son **application** à des **espèces concrètes**.

La **différence** est de **fond** et non pas seulement de **forme**.

Tandis que le **règlement d'administration publique** pouvait **ajouter** à la **loi existante** de la **matière législative** en rapport avec son **contenu initial**, le **décret en Conseil d'Etat** auquel renvoie la **loi** pour ses **modalités d'application** ne peut, suivant un **jugement analytique kantien**, que déterminer les **prédicats** de la **substance législative**, qui doit demeurer **intacte** après édiction de la norme réglementaire.

On rappelle, ici, que, selon **Emmanuel KANT**, le **jugement analytique** est celui où le **prédicat** est compris dans le **sujet**: « *Tous les hommes sont mortels* »; « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

Il y a, ici, **identité** entre le **sujet** et le **prédicat**.

Le **jugement synthétique**, quant à lui, ajoute au **sujet** un **concept** qui ne s'y trouvait pas.

Ainsi s'exprime le **grand philosophe**:

« ***IV. DE LA DIFFERENCE DES JUGEMENTS ANALYTIQUES ET DES JUGEMENTS SYNTHETIQUES***

Dans tous les jugements, où est pensé le ***rapport d'un sujet au prédicat*** *(si je considère seulement les jugements affirmatifs, car l'application aux jugements négatifs est ensuite facile), ce rapport est possible de deux façons. Ou bien* ***le prédicat B appartient au sujet A*** *comme quelque chose qui est* ***contenu (de manière cachée)*** *dans ce* ***concept A****; ou bien* ***B est entièrement hors du concept A****, quoique* ***en connexion avec lui****. Dans le premier cas, je nomme le jugement* ***analytique****, dans l'autre (A 7)* ***synthétique****. Des jugements* ***analytiques*** *(affirmatifs) sont donc ceux dans lesquels la* ***connexion*** *du* ***prédicat*** *avec le* ***sujet*** *est pensée par* ***identité****, tandis que ceux dans lesquels la* ***connexion*** *est pensée* ***sans identité*** *doivent s'appeler justement (B 11)* ***synthétiques*** (...). » (**Emmanuel KANT, Critique de la raison pure**, Ed. Gallimard 1980, folio essais, Introduction, p. 71).

Cette distinction ne recouvre, cependant, pas totalement l'opposition entre **jugement *a priori*** et **jugement empirique**: selon **KANT** il existe des **jugements synthétiques *a priori*** (mathématiques), les jugements **analytiques** étant toujours ***a priori*** (en tant qu'ils portent sur des **connaissances nécessaires** et **universelles**).

Rapportée au **Droit**, la distinction n'est pas sans intérêt.

Elle permet notamment de rendre compte de la différence entre la **sentence du juge** et le **jugement de la loi**.

La mise en oeuvre du **droit à un procès équitable** – trancher une contestation sur des droits et obligations de caractère civil ou une accusation en matière pénale - (art. **6 CEDH**; art. **14 PIDCP**) se fait par l'intermédiaire d'un **jugement synthétique *a posteriori*** car pour imputer à une personne déterminée une responsabilité civile ou pénale (« *X...est déclaré coupable de...* ») il est nécessaire de recourir à l'**expérience des faits**.

En revanche, le **législateur** rend parfois des **jugements analytiques** (« *il est interdit de voler* », le **vol** étant une infraction dite **naturelle**, comme heurtant **évidemment** et **universellement** la **conscience collective** des **sociétés humaines**, sans l'incrimination duquel toute **vie sociale** serait impossible) et d'autres fois des **jugements synthétiques *a priori*** (art. **1382** C. civ. « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »; « ***La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915*** » **- loi** n°2001-70 du 29 Janvier 2001; **loi** n°2001-434 du 21 Mai 2001 reconnaissant la traite et l'esclavage comme crime contre l'Humanité).

En effet, dans cette dernière hypothèse (**Maître Philippe KRIKORIAN**, « ***Le droit à la dignité et la liberté d'expression face aux crimes contre l'humanité*** », Dalloz 2006, p. 1980), s'il y a **qualification juridique** de **faits incontestables de l'histoire**, l'élévation de ces faits au rang de **norme générale** leur confère un caractère de **nécessité** et **d'universalité** qui **exclut toute contingence**: l'expérience n'a servi qu'à fournir la matière de la délibération du Parlement, non sa norme qui s'impose de façon **apodictique**, *a fortiori* si elle relève du **JUS COGENS**, sous réserve, toutefois, de ne pas être incompatible avec une norme supérieure.

…/...

Reconnu par la loi, le **Génocide Arménien** constitue un **nouveau concept** qui va élargir la catégorie des **crimes contre l'humanité** dont la négation, la banalisation grossière ou l'apologie sont pénalement répréhensibles.

La notion de **JUS COGENS** confirme que l'incrimination et la répression du négationnisme à l'égard d'un tel crime contre l'humanité procède d'un **impératif catégorique de civilisation**.

- Quant à la **création du droit par le juge**, elle n'est possible que dans l'exercice de sa mission **d'interprétation des normes existantes**, en suivant un **jugement analytique**: « *telle loi implique **nécessairement** telle règle* ».

A contrario, le **pouvoir créateur** du **juge** lui est retiré dès lors que la norme qu'il doit appliquer ne contient **pas nécessairement** le concept qu'il croit y trouver et ce, à peine d'engager la **responsabilité de l'Etat** pour **dysfonctionnement** du **service public de la justice**.

Pressé par l'article **4** du Code Civil, à peine de « *déni de justice* », de trancher le litige qui lui est soumis, malgré le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, le juge n'en demeure pas moins un **interprète** – certes privilégié dans la mesure où il a le pouvoir de rendre **opposable** aux justiciables son interprétation de la loi – et ne se transforme pas en **législateur**.

*

S'agissant de **l'imputation d'un fait juridique à une personne**, dont celle-ci doit répondre (**responsabilité**), il y a lieu de distinguer :

- le **jugement synthétique** ***a posteriori*** porté sur la **personne** : aucune norme ne pouvait ordonner ***a priori*** **(nécessité et universalité)** que celle-ci soit l'auteur des faits qu'on cherche à lui imputer ;

- le **jugement analytique** quant aux **faits** : la nature et l'étendue de la **sanction** *lato sensu* (**réparation civile** ou **peine répressive**) sont nécessairement comprises dans la **qualification juridique** dont ceux-ci seront revêtus. C'est l'illustration moderne du principe de ***justice immanente***.

*

Ainsi, pendant plus d'**un siècle et demi** depuis la **loi** du 22 Ventôse An XII (13 Mars 1804) jusqu'à la loi du 31 Décembre 1971, le **Chef de l'Etat** (**décret impérial** du 14 Décembre 1810 « *contenant R*(è)*glement sur l'exercice de la Profession d'Avocat, et la discipline du Barreau* » ; **ordonnance royale** du 20 Novembre 1822 « *contenant R(*è)*glement sur l'exercice de la Profession d'Avocat et la discipline du Barreau* » ; **décret** du **Président de la République** du 20 Juin 1920 « *portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau* »), puis le **Chef du gouvernement** (**décret** n°54-406 du 10 Avril 1954 « *portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau* », ont pu **subordonner** l'**exercice** de la profession d'Avocat à l'inscription sur le **tableau** d'un **barreau**, comme étant l'un des **prolongements possibles** de l'**énoncé législatif** relatif à « *La formation du **tableau des avocats**, et la **discipline** du **barreau** ;* » (article **38, 7°** de la **loi** du 22 Ventôse An XII).

Cette **faculté** n'existe plus depuis 1971.

En effet, il est patent que l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII, selon lequel « *Il sera formé un **tableau** des **avocats exerçant** près les tribunaux.* » a été **expressément abrogé** par l'article **76** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, comme étant « ***contraire***() *à la présente loi* », sans que son **contenu** soit repris par une autre disposition législative.

En termes **kantiens**, si, avant 1958, le **pouvoir réglementaire** pouvait lire l'**énoncé législatif** selon un **jugement synthétique**, celui selon lequel le **prédicat B** « *est **entièrement en dehors du concept A**, quoiqu'il soit, à la vérité, **en connexion avec lui*** » (**Emmanuel KANT**, *Critique de la Raison pure*, introduction, IV), depuis la **Vème République**, le **pouvoir exécutif** ne peut qu'**expliciter** la **loi**, sans y ajouter de **matière législative**, c'est dire suivre, seulement, un **jugement analytique** dès lors que « *le **prédicat B** appartient au **sujet A** comme quelque chose qui est **contenu implicitement** dans ce concept* » (ibid.).

Autrement dit, **aucune norme réglementaire d'application** ne peut plus, désormais, être **légalement** édictée que si elle se trouve **en puissance** dans la **loi**.

*

Traduite en termes **normatifs**, la **logique transcendantale** (qui régit toutes les connaissances relatives aux **conditions *a priori* de l'expérience**, c'est dire **nécessaires** et **universelles**) conduit à distinguer la période avant 1958 de celle que la **Vème République** a inaugurée.

Sachant qu'avant 1958 le **règlement d'administration publique** pouvait, sur **invitation expresse** du **législateur**, **compléter la loi**, partant, décider sur des **matières législatives**, en y ajoutant des **règles de fond**, il était loisible au **Président de la République** (**décret** du 20 Juin 1920), puis au **Président du Conseil des ministres** (**décret** n°54-406 du 10 Avril 1954) d'**ajouter** au concept ***tableau*** le **prédicat** de la **nécessité** d'y être **inscrit** pour pouvoir **exercer** la profession d'Avocat.

Les deux **notions** sont, en effet, reliées par un lien de **connexité**, mais non pas d'**identité**.

Le mot ***tableau*** ne connote pas **nécessairement *inscription obligatoire***, mais plus exactement ***liste de personnes que relient un ou plusieurs dénominateurs communs***, comme, par exemple, l'appartenance à une **même corporation** ou la **réussite à un examen**.

Selon une formulation **rigoureusement identique** à celle du **décret** du 20 Juin 1920, l'article **5** du **décret** n°54-406 du 10 Avril 1954 disposait :

« (…)
Art. 5.- *Seuls ont droit au **titre d'avocat** les **licenciés en droit** qui sont **régulièrement inscrits** au **tableau** ou au **stage** du **barreau** d'une cour d'appel ou d'un tribunal de première instance. Ils **doivent** faire suivre leur **titre d'avocat** de la **mention** de ce barreau.*

Cette disposition n'est pas applicable aux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.
(…) »

Le **principe** du **tableau** « *des **avocats exerçant** près les tribunaux* » ayant été posé par l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII, le **règlement d'administration publique** pouvait lui **associer**, comme **prédicat**, l'**obligation** d'y être **inscrit** pour pouvoir **exercer** la profession d'Avocat.

On comprend, à cet égard, que si le **tableau** regroupe les « *avocats **exerçant** près les tribunaux* », la personne qui n'y figure pas ne pourra pas **légalement exercer**.

Le **Conseil d'Etat** s'est prononcé en ce sens dans sa décision du 18 Février 1921.

La **Haute Assemblée** y a déclaré **légal** notamment l'article **5** du **décret** du 20 Juin 1920 précité, comme étant l'**application** d'un **principe** posé par la **loi** :

« (…)
*Considérant qu'il résulte de ces divers textes qu'en rétablissant le **titre d'avocat**, la **loi** précitée* (22 Ventôse An XII) *ne l'a accordé qu'aux **avocats exerçant près les tribunaux** ; qu'en admettant que, du rapprochement des art. 13, 38 et 39 de l'**ordonnance** du 20 nov. 1822, il ressorte que celle-ci a entendu créer une distinction entre le **titre d'avocat**, lequel serait **acquis** aux **licenciés en droit** par la **prestation de serment**, et **la fonction d'avocat**, dont **l'exercice** rendrait seul nécessaire **l'inscription au tableau**, ce fait ne pouvait être un obstacle à ce que le Gouvernement abrogeât ladite ordonnance et prît un **règlement nouveau**, en vertu de la **délégation** contenue dans l'art. **38-7°** de la **loi** susvisée du 22 vent. an 12, en vue d'**assurer l'application** d'un **principe** posé par la **loi** elle-même ; que c'est dans ce but, et conformément à ce **principe**, qu'a été édicté l'art. **5** du **décret** attaqué, d'après lequel, sous réserve de la disposition transitoire contenue à l'art. 49, § 1er, seuls ont droit au **titre d'avocat** les **licenciés en droit** qui sont **régulièrement inscrits au tableau** ou au stage du barreau d'une cour d'appel ou d'un tribunal de première instance ; qu'il suit de là que les sieurs Guillemain, Bricout et Le Blond ne sont pas fondés à soutenir que l'art. 5 dont s'agit est entaché d'excès de pouvoir ;*
(…) »
(**CE, 18 Février 1921**, DP 1922. 3. 1).

Est, en revanche, depuis lors, constante l'**abrogation expresse** de l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII, selon lequel « *Il sera formé un **tableau** des **avocats exerçant** près les tribunaux.* » par l'article **76** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, comme étant « ***contraire***() *à la présente loi* », sans que son **contenu** soit repris à **droit constant** par une autre **disposition législative**.

La conséquence **nécessaire** doit en être immédiatement tirée : le **législateur** de 1971 n'a pas entendu rendre **obligatoire**, mais seulement **facultative**, l'inscription au **tableau** d'un **barreau** pour pouvoir **légalement exercer** la profession d'avocat. En effet, dans l'hypothèse d'une **volonté conservatrice** du **texte consulaire**, que la **jurisprudence** avait consolidée (**CE, 18 Février 1921**, DP 1922. 3. 1), l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII n'aurait pas été **abrogé**.

Comme son **titre** l'indique, la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 a pour objet de **réformer** notamment la **profession d'Avocat**.

On déduit logiquement de cette **abrogation** que l'existence d'un **tableau** n'est plus **imposée** par la **loi**, mais est **laissée à l'initiative privée**, celle des **avocats** qui auront **choisi librement** de se **grouper** pour exercer leur profession au sein de **barreaux**, dont les **conseils de l'ordre** seront chargés d'en dresser la **liste** (article **17, 1°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) et de la communiquer au **Conseil national des barreaux** (article **17, 1° bis** de ladite **loi**), à qui il appartient notamment d'**établir**, de **mettre à jour** et de **mettre à disposition en ligne** « *un **annuaire national** des avocats inscrits au tableau d'un barreau.* »

L'**abrogation** étant la **négation** de l'**énoncé normatif**, avec comme conséquence logique, son **exclusion de l'ordonnancement juridique**, il aurait été, en outre, **totalement incohérent** de rétablir la disposition législative abrogée dans un autre article de la **loi**, ce que le **Parlement** n'a pas fait.

De fait, ne peut être considéré comme **identique** à la disposition législative de l'an XII abrogée en 1971 (« *Il sera formé un* ***tableau*** *des* ***avocats exerçant*** *près les tribunaux.* ») l'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (« ***Les avocats font partie de barreaux*** *qui sont* ***établis*** *auprès des* ***tribunaux judiciaires****, suivant les règles fixées par les décrets prévus à l'article 53.* (…) », dans la **lecture authentique** qu'en fait désormais le **Conseil d'Etat** :

« (…)
3. Il résulte des dispositions citées au point précédent que, pour ***chaque*** *tribunal de grande instance, le* ***législateur*** *a prévu l'****existence*** *de « **barreaux** », personnes privées chargées de missions de service public, formés de tous les* ***avocats*** *inscrits au tableau* ***établis*** *près de ce tribunal de grande instance.*
(…) »
(**CE, 20 Novembre 2019, ASSOCIATION GRAND BARREAU DE FRANCE c/ PREMIER MINISTRE**, n°420772, **§ 3** – *pièce n°31*).

L'**analyse lexicographique** et **sémantique** de l'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques confirme le propos.

LES VALEURS DU PRESENT DE L'INDICATIF

Six valeurs sont communément attribuées, en grammaire française, au **présent** de l'**indicatif** :

1. **Présent d'énonciation** : actualité (je, dialogue, lettre).

2. **Présent d'habitude** (adverbe de temps ; souvent, toutes les semaines).

3. **Présent de description** (décrit un objet, une personne, un paysage).

4. **Présent de vérité générale** (généralité, faits vrais, dictionnaire, proverbes).

5. **Présent de passé proche** ou **futur proche** (venir de... aller … arriver).

6. **Présent de narration** (donne de la vivacité au récit au passé).

Selon le contexte, l'usage du **présent** de l'**indicatif** peut avoir un **effet prescriptif** :

« (…)
17. Considérant, en quatrième lieu, que, l'emploi du ***présent de l'indicatif*** *ayant* ***valeur impérative****, la* ***substitution*** *du* ***présent de l'indicatif*** *à une rédaction formulée en termes d'****obligation*** *ne retire pas aux dispositions du nouveau code du travail leur* ***caractère impératif*** *;*
(…) »
(**CC, décision n°2007-561 DC du 17 Janvier 2008** – Loi ratifiant l'ordonnance du 12 mars 2007 relative au code du travail, **§ 17**).

Cette **règle lexico-normative** n'a, cependant, pas une **valeur absolue** et doit être conjuguée avec la **loi de Hume**, reformulée par **Raymond BOUDON (1934 – 2013)**, émérite sociologue, laquelle s'énonce, en effet, de la manière suivante :

« *On ne peut tirer une conclusion à **l'impératif** de prémisses qui seraient toutes à **l'indicatif**.* ».

En d'autres termes, de **l'être** on ne peut pas déduire le **devoir-être**, ce qui signifie, encore, que **ce qui est** ne peut pas **s'autojustifier** comme **devant être**.

En tout état de cause, l'emploi du **présent de l'indicatif** ne saurait **obliger** le **Chef de l'Etat** à signer des **ordonnances** qui n'ont pas son aval (« *Le Président de la République **signe** les ordonnances* (…) ») ni conduire à priver le **Président de la République** de l'exercice des **prérogatives constitutionnelles** que lui reconnaît l'article **13** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 (**CE, 13 Décembre 2017**, **Président du Sénat**, n°411788).

Il est, de la sorte, signifié que **d'ordinaire** (***Quod plerumque fit***), lorsque le **pouvoir normatif** s'exprime au **présent de l'indicatif**, celui-ci n'a **valeur impérative**, au sens de **vérité générale prescriptive**, que pour autant que la **portée normative** conférée par l'**interprétation** du texte ne place pas celui-ci dans un **rapport** de **non-conformité** à la **Constitution** ou de **non-compatibilité** avec une **norme supranationale** qui :

- consacrerait un **pouvoir discrétionnaire** (« *Le Président de la République **signe** les **ordonnances*** (…) » **si telle est sa volonté** – dès lors qu'il lui est loisible de vérifier que la **loi d'habilitation** a été « ***interprétée** et **appliquée** dans le **strict respect de la Constitution** ;* » par le **Gouvernement** (**CC, décision n°86-207 DC du 26 Juin 1986** – Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, **§ 15**),

- un **régime libéral** (« *La profession d'avocat est une **profession libérale** et **indépendante**.* (…) » - article **1er, I**, de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques),

- ou garantirait une **liberté publique**, comme la **liberté d'association** (articles **2** et **4** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958; article **11 CEDH**), qui est la **liberté de s'associer** et/ou de **ne pas s'associer**.

En d'autres termes, le **texte national** doit s'interpréter **conformément à la Constitution** et/ou à la **norme supranationale**, ou **s'effacer**.

En effet, le **Conseil constitutionnel** juge de façon constante que la **loi** n'est **l'expression de la volonté générale** que dans le **respect de la Constitution** :

« (…)
27. *Considérant donc que la procédure législative utilisée pour mettre en conformité avec la Constitution la disposition déclarée non conforme à celle-ci par le Conseil constitutionnel a fait de l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique une application ne méconnaissant en rien les règles de l'article 10 de la Constitution et a répondu aux exigences du* ***contrôle de constitutionnalité*** *dont l'un des buts est de permettre à la* ***loi votée****, qui* ***n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution****, d'être sans retard amendée à cette fin ;*
(…) »
(**CC, décision n°85-197 DC du 23 Août 1985** – Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, **§ 27**).

Il est, en effet, généralement admis que le **législateur** est réputé ne pas avoir voulu adopter un texte **contraire à la Constitution**. L'**interprétation** de la **loi** doit, donc, tendre à **pérenniser** la **présomption** de **conformité à la Constitution**.

On sait, de même, à cet égard, que 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 06 Octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.** consid. **2; CC, décision n°2010-52 QPC du 14 Octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau**, consid. **4**).

C'est, donc, bien, en définitive, la **charge normative**, telle qu'elle résulte de l'**interprétation** du texte, qui est, ici, à pendre en considération.

La valeur **impérative** ou **incitative** du **présent de l'indicatif** n'est pas une **constante**, qui imprimerait à la **norme contrôlée** sa **teneur définitive**, mais une **variable**, fonction de la **nécessité** de lui maintenir ou, à l'inverse, de lui retirer sa **juridicité** selon qu'elle pourra ou non être interprétée **conformément** à la norme supérieure (**obligation d'interprétation conforme** – v. *a contrario,* **CJUE, Grande Chambre, 24 Juin 2019, Daniel Adam POPLAWSKI**, affaire C-573/17, points **71** à **109** – **arrêt préjudiciel** par lequel la **Cour de justice de l'Union européenne** suggère très fortement à la juridiction néerlandaise de renvoi que son droit national peut être **interprété conformément au droit de l'Union** comme créant non pas une **simple faculté** – ce que laisserait entendre une lecture des seuls termes du texte – mais une **véritable obligation** d'exécuter sur son territoire national la peine de privation de liberté infligée à la personne visée par le **mandat d'arrêt européen**).

Si, pour conserver à la **loi** sa valeur de **référence**, dans le respect de la **Constitution** et des **engagements internationaux** de la **France**, il est indispensable de lui donner une **portée non contraignante**, le **présent de l'indicatif** qu'utilise son énoncé sera **descriptif** ou **incitatif** et **non pas prescriptif**.

En d'autres termes, le **contrôle** de la **conformité** de la **portée effective** de la **norme nationale** à la **Constitution** ou au **traité international** décidera s'il convient de conserver au **présent de l'indicatif** sa **valeur impérative** ou si, à l'inverse, il est indiqué de lui attribuer une simple valeur de **constat sociologique** ou **présomption** ***quod plerumque fit*** (**présent d'habitude** ou **présent de vérité générale**), sauf, en cas d'**impossibilité absolue** (hypothèse de la **dénaturation**), quelle que soit la syntaxe adoptée, d'interpréter la **loi** conformément à la norme supérieure, à en **écarter l'application** à l'espèce considérée.

En dehors de l'**interprétation littérale** qu'adopterait n'importe quelle **personne normalement avisée**, au-delà de tout **doute raisonnable** et, dès lors qu'il est demandé à l'interprète de rechercher, notamment au vu des **travaux préparatoires**, l'**intention cachée** du **législateur**, dans le cadre d'une **interprétation exégétique**, voire en considération du **but** que celui-ci s'est fixé (**interprétation téléonomique**), la priorité n'est plus la **signification** (**sens** et **référence**) **stricte**, voire **restrictive** du texte analysé, lui attribuant une **portée limitée**, mais la décision de lui conférer une **interprétation conforme** ou, à l'inverse, de lui retirer la qualité de **norme de référence** et de l'exclure directement ou indirectement de l'ordonnancement juridique.

De même que l'usage du **présent de l'indicatif** par l'article **13** de la **Constitution** (« (…) *le* ***pouvoir de nomination*** *du Président de la République* ***s'exerce après avis public*** *de la* ***commission permanente*** *compétente de chaque assemblée*. (…) » ne peut pas être interprété, en l'absence dudit avis résultant d'un **refus réitéré** de ladite assemblée, comme privant le **Président de la République** du **pouvoir de nomination** que lui attribue expressément cette **norme constitutionnelle** (**CE, 13 Décembre 2017**, **Président du Sénat**, n°411788), de même, dire que « ***Les avocats font partie de barreaux*** (…) » (il est à noter que l'adverbe « ***obligatoirement*** » n'est ni présent ni connoté dans l'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) ne peut, au regard de la **liberté d'association** qui est la **liberté de s'associer** et/ou de **ne pas s'associer**, se comprendre, dans une **interprétation** de la **loi conforme** à la **Constitution** qui présume celle-là **compatible** avec la **norme supranationale** (article **11 CEDH**), comme prescrivant l'**obligation** de s'affilier à un barreau, mais seulement la **faculté** d'**adhérer librement** à un tel groupement professionnel.

L'exception à la règle n'est pas sans rappeler l'article **1304-3** du Code civil, lequel fait application au **droit des contrats** de la maxime ***Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*** (Nul n'est recevable à invoquer sa propre turpitude) :

« *La* ***condition suspensive*** *est* ***réputée accomplie*** *si celui qui y avait* ***intérêt*** *en a* ***empêché l'accomplissement***.

La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt. »

Le **principe de bonne foi** s'applique aussi dans le domaine de l'**interprétation** des textes.

Dès lors que le **législateur** n'a pas écrit, à l'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, « ***Les avocats font* <u>obligatoirement</u> *partie de barreaux*** (…) », mais seulement « ***Les avocats font partie de barreaux*** (…) » et que les **travaux parlementaires** ne révèlent pas qu'il s'agirait d'une **omission involontaire**, rien ne permet d'affirmer que cette formule est l'expression d'une **obligation** de s'affilier à un barreau pour pouvoir **accéder** à la profession d'Avocat.

La **séance publique** à l'**Assemblée Nationale** du 13 Octobre 1971 laisse apparaître que les débats n'ont concerné que l'insertion à l'actuel article **15**, initialement numéroté **21**, d'un **amendement** tendant à inclure dans le **collège électoral**, outre les Avocats inscrits au tableau, « *les avocats stagiaires admis au stage depuis un an au moins* », lequel n'a pas été adopté (**Séance publique** du 13 Octobre 1971, page 4512, II, page **18/40**).

Aucune discussion ne s'est élevée, parmi les députés, quant à l'affiliation des Avocats à des barreaux exprimée au présent de l'indicatif, ni quant à son **hypothétique caractère obligatoire**.

Comme l'écrivait le **Chief Justice MARSHALL** dans le célèbre arrêt **MARBURY c. MADISON** rendu le 24 Février 1803 par la **Cour Suprême des Etats-Unis** :

« (…)
*Les **termes affirmatifs** emportent souvent, dans leur mise en œuvre, **négation des objets qu'ils ne visent pas**. Il faut alors les **interpréter** comme **refusant** ou **excluant ceux-ci**, si on veut qu'ils aient une application effective.*
*On ne saurait supposer qu'une seule clause de la Constitution ait été conçue pour **rester sans effet**. A moins que les mots ne l'exigent **expressément**, une telle interprétation serait **inadmissible**.*
(…) »
(**Elisabeth ZOLLER**, Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, PUF, Juin 2000, p. 99).

Si l'adverbe ***obligatoirement*** est **absent** du texte de la loi c'est que le législateur a voulu **l'exclure** pour conserver à la **profession d'Avocat** son **caractère libéral et indépendant**, comme exprimé à l'article **1er, I**.

Le caractère **libéral** de la profession d'Avocat étant acquis (article **1er, I**, de la **loi**), il en résulte que l'interprétation du texte doit se faire dans une perspective **non contraignante** (v. propos de **Monsieur Michel de GRAILLY**, Député, Assemblée Nationale, séance publique du 13 Octobre 1971, JORF page 4501 – *pièce n°33*), à peine de retirer à la **loi** sa **cohérence d'ensemble**, sans laquelle les **objectifs** à **valeur constitutionnelle** d'**intelligibilité** et d'**accessibilité** ne seraient pas atteints :

« (…)
*La future profession d'avocat restera – la loi le dit – un**e profession libérale**. Par conséquent, **elle ne s'exercera pas** sur un **mode contraignant**. A cet égard, l'amendement me paraît donc inutile.* (…) »
(**Monsieur Michel de GRAILLY**, Député, Assemblée Nationale, séance publique du 13 Octobre 1971, JORF page 4500).

L e **libéralisme politique** est la doctrine « *qui proclame et consacre, comme un principe fondamental, les **libertés publiques** ou la **liberté du marché**;* (…) ». (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU,** PUF 10° édition Janvier 2014, v° LIBERAL, ALE, page **610**, **sens 1**).

Libéral s'oppose communément à « ***autoritaire, dirigiste, interventionniste***. » (ibid.).

Rapporté aux professions, le vocable « *Sert à caractériser, bien qu'elles soient de plus en plus réglementées, certaines professions **d'ordre intellectuel**, en raison de **l'indépendance** qu'exige leur exercice. Ex. la **profession d'avocat** est une **profession libérale**.*
(…) » (ibid., **sens 5**).

Dire, dès lors, de la **profession d'Avocat**, comme le fait la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qu'elle est « *une **profession libérale et indépendante*** » (article **1er, I**) signifie que le **législateur** s'engage à n'entraver d'aucune sorte la **mission constitutionnelle de défense** des **Avocats**, laquelle évolue sur l'**espace public** du **marché concurrentiel**.

La **loi** est à la **Nation** ce que le **contrat** est au **cercle des parties** : un **pacte social**.

Etant un **acte** « *de **sagesse**, de **justice** et de **raison*** » (**PORTALIS**, présentation du projet de Code civil, page 4), la **loi** doit s'appliquer à elle-même les **règles d'interprétation** qu'elle édicte pour les **contrats**.

L'article **1189, alinéa 1er** du Code civil dispose, à cet égard :

« ***Toutes les clauses** d'un **contrat** s'interprètent **les unes par rapport aux autres**, en donnant à chacune le **sens** qui respecte la **cohérence** de **l'acte tout entier**.*
(…) »

Dans cette **logique pronormative**, l'article **15** de la loi précitée n'a ni pour **objet** ni pour **effet** de créer une **obligation d'adhésion** à un **barreau** (dans le cas inverse, le **législateur** n'aurait certainement pas manqué de le dire **expressément**, comme il l'a fait notamment pour les **ordres professionnels**), mais d'assurer à celui-ci la **protection de la loi**, contre les éventuels **excès** du **pouvoir réglementaire** et les **abus** d'autres entités privées qui seraient tentées d'usurper sur ses prérogatives.

L'énoncé législatif « ***Les avocats font partie de barreaux** qui sont **établis** auprès des **tribunaux judiciaires*** (…) » est, sans contestation sérieuse, **sensiblement différent** de la formule que le législateur utilise lorsqu'il veut rendre **obligatoire** l'inscription à un **ordre** ou une **corporation**.

Ainsi, lit-on :

1°) à l'article **L. 4121-1** du Code de la santé publique (CSP) :

« *L**'ordre national des médecins**, celui des **chirurgiens-dentistes** et celui des **sages-femmes** **groupent obligatoirement** tous les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes **habilités à exercer**.* » ;

2°) à l'article **L. 4231-1** du même Code institue l'**Ordre national des pharmaciens** :

« *L**'ordre national des pharmaciens** a pour objet :*

1° D'assurer le respect des devoirs professionnels ;
2° D'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession ;
3° De veiller à la compétence des pharmaciens ;
4° De contribuer à promouvoir la santé publique et la qualité des soins, notamment la sécurité des actes professionnels.

*L'ordre national des pharmaciens **groupe** les pharmaciens exerçant leur art en France.* » ;

3°) à l'article **L. 4312-1** CSP :

*« **Il est institué un ordre national des infirmiers groupant obligatoirement** tous les infirmiers **habilités à exercer** leur profession en France, à l'exception de ceux régis par le statut général des militaires.*

L'ordre national des infirmiers veille à maintenir les principes éthiques et à développer la compétence, indispensables à l'exercice de la profession. Il contribue à promouvoir la santé publique et la qualité des soins.

Le conseil national de l'ordre prépare un code de déontologie, édicté sous forme d'un décret en Conseil d'Etat. Ce code énonce notamment les devoirs des infirmiers dans leurs rapports avec les patients, les autres membres de la profession et les autres professionnels de santé. »

4°) à l'article **L. 4321-13** CSP :

« *L**'ordre des masseurs-kinésithérapeutes regroupe obligatoirement** tous les masseurs-kinésithérapeutes habilités à exercer leur profession en France, à l'exception des masseurs-kinésithérapeutes relevant du service de santé des armées.* »

5°) à l'article **L. 4322-6** CSP :

« *L**'ordre des pédicures-podologues regroupe obligatoirement** tous les pédicures-podologues habilités à exercer leur profession en France, à l'exception des pédicures-podologues relevant du service de santé des armées.* »

6°) à l'article **1er** de l'**ordonnance n°45-2138** du 19 Septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable :

« *Il est **créé** un **ordre des experts-comptables**, doté de la **personnalité civile**, **groupant** les **professionnels habilités à exercer** la profession d'expert-comptable dans les conditions fixées par la présente ordonnance.*
(…) »

7°) à l'article **10** de la **loi** n°46-942 du 07 Mai 1946 instituant **l'Ordre des géomètres-experts** :

« ***Il est créé** un **Ordre des géomètres-experts groupant** les personnes **habilitées à exercer** la **profession de géomètre-expert** dans les conditions fixées par la présente loi.*
(…) ».

*

8°) Les **huissiers de justice** sont, comme les **notaires**, **nommés** par **arrêté** du **Garde des sceaux** (article **1er** du **décret** n°88-814 du 12 Juillet 1988 relatif à la nomination et à la cessation de fonctions des officiers publics et ministériels : *« Le garde des sceaux, ministre de la justice, **nomme par arrêté** les **officiers publics** ou **ministériels**. Il accepte leur démission ou leur retrait d'une société titulaire d'un office en la même forme.* »).

Ils sont **obligatoirement regroupés** au sein d'une **Chambre nationale**, placée sous la **tutelle** de la **Chancellerie**. Un **portail du ministère de la Justice** leur est dédié (« ***OPM – Officiers publics ou ministériels*** »).

9°) « *Le **commissaire-priseur judiciaire** est l'**officier ministériel** chargé de procéder, dans les conditions fixées par les lois et règlements en vigueur, à l'**estimation** et à la **vente publique aux enchères** des **meubles** et **effets mobiliers corporels**.* » (article **1er, alinéa 1er** de l'**ordonnance** n°45-2593 du 2 Novembre 1945 relative au statut des commissaires-priseurs judiciaires).

Il est, en cette qualité, aux termes de l'article **1-1-1** de « l'ordonnance du 26 juin 1816 qui établit, en exécution de la loi du 28 avril 1816, des commissaires-priseurs judiciaires dans les villes chefs-lieux d'arrondissement, ou qui sont le siège d'un tribunal de grande instance, et dans celles qui, n'ayant ni sous-préfecture ni tribunal, renferment une population de cinq mille âmes et au-dessus » **nommé par le ministre de la Justice** :

« *Toute personne remplissant les conditions de nationalité, d'aptitude, d'honorabilité, d'expérience et d'assurance est **nommée par le ministre de la justice** en qualité de **commissaire-priseur judiciaire** dans les zones où l'implantation d'offices de commissaire-priseur judiciaire apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services.* »

10°) L'article **L. 741-1** du Code de commerce dispose, de même, que « *Les **greffiers des tribunaux de commerce** sont des **officiers publics et ministériels*.* »

Ils sont, donc, nommés par **arrêté** du **Garde des sceaux**, conformément à l'article **1er** du **décret** n°88-814 précité du 12 Juillet 1988.

11°) Quant à l'**Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**, il procède de la **volonté royale** (**Louis XVIII**) et trouve son acte fondateur dans l'**ordonnance** du 10 Septembre 1817 « *qui **réunit**, sous la dénomination d'**Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement, le nombre des titulaires, et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'Ordre* » dont certaines dispositions (notamment son article **13**) sont pour partie législative et pour partie réglementaire.

Son article **1er** dispose :

« *L'**ordre des avocats en nos conseils** et le **collège des avocats à la Cour de cassation sont réunis** sous la dénomination d'**Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**.* »

*

A l'extrême rigueur, on pourrait interpréter l'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 comme **présumant** une **affiliation d'office** - mais **non obligatoire** - de l'Avocat aux barreaux établis auprès des **tribunaux judiciaires** du ressort de **cour d'appel** dans lequel il a fixé sa **résidence professionnelle**, conformément à l'article **5, alinéa 2** de la loi susvisée, sous réserve de la **faculté** de l'intéressé, en vertu de la **liberté de ne pas s'associer**, de **notifier sa désinscription**, laquelle n'aura **aucun effet** sur sa **capacité d'exercice professionnel**.

Cette solution est la conséquence logique de la jurisprudence du **Conseil constitutionnel** précitée :

« (…) *6. Considérant que **la liberté d'entreprendre** découle de l'article **4** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** ; qu'il est loisible au **législateur** d'apporter à cette liberté 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 ;*

*7. Considérant, d'une part, 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; que, par suite, la circonstance que l'**affiliation** à une corporation obligatoire **ne conditionne pas l'exercice** d'une profession mais **en découle**, n'a pas pour effet de rendre **inopérant** le **grief** tiré de l'atteinte à la **liberté d'entreprendre** ;*

(…) »

(**CC, décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 - M. Christian S**., **§§ 6** et **7**).

De plus, l'article **115** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 pose le principe de **l'incompatibilité** de la profession d'avocat « *avec l'exercice de toute autre profession, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires particulières* », inexistantes en l'occurrence. **Avocats** et **Avocats aux Conseils** constituent **deux professions différentes**.

La différence avec les **Avocats** est, ici, notable.

1°) En effet, d'une part, l'**histoire de France** révèle qu'**aucun barreau n'a été créé par la loi**. Le **Roi**, puis le **Législateur républicain** ont seulement **pris acte** de la présence d'**Avocats** traditionnellement **regroupés** auprès d'une **juridiction** (**Cour de Parlement** et, de nos jours, **Tribunal judiciaire** ou **Cour d'appel**) pour y exercer leur mission consistant essentiellement à **donner accès au Droit** et à la **Justice**.

2°) D'autre part, contrairement aux **ordres professionnels** dont l'inscription au tableau est une **condition *sine qua non*** de l'exercice de la profession, **la loi n'a pas rendu obligatoire l'affiliation à un barreau**. L'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 dispose seulement que « ***Les avocats font partie de barreaux*** (…) ».

Cette expression ne peut être interprétée, au regard de l'article **1er, I** de la **loi** susvisée faisant de la profession d'avocat « *une profession **libérale** et **indépendante*** », comme formulant un **impératif catégorique** (**moral**), ni même **hypothétique** (**impératif technique** ou **pragmatique**). Il s'agit seulement d'un **constat sociologique**, une **présomption** (***Ex eo plerumque fit, ducuntur praesumptiones*** (**Cujas**) : les **présomptions** sont tirées de **ce qui advient le plus souvent** ; ***Praesumptio sumitur eo quod plerumque fit*** : la **présomption** prend comme prémisse **ce qui se produit le plus souvent** - maximes citées par le **Professeur Gérard CORNU**, in ***Vocabulaire juridique***, PUF Quadrige, 11° édition Janvier 2016, pages 1093 et 1098), selon lequel, en **règle générale**, les Avocats sont **regroupés** au sein de **barreaux**, dont la **forme** n'est pas déterminée.

Le **législateur** a, en effet, comme susmentionné, expressément envisagé le cas d'un **Avocat –** et non pas seulement, comme le voudrait le **CNB**, celui d'un **défenseur quelconque - qui ne serait inscrit à aucun barreau** (article **323** du Code de procédure pénale : « *Lorsque **l'avocat** de l'accusé **n'est pas inscrit à un barreau**, le président l'informe qu'il ne peut rien dire contre sa conscience ou le respect dû aux lois et qu'il doit s'exprimer avec décence et modération. »*).

Une **interprétation conforme** au **droit conventionnel** (article **11** de la **Convention européenne des droits de l'homme**) interdirait, en tout état de cause, de voir dans l'article **15** de la loi susvisée, la formulation d'une **affiliation obligatoire** à un barreau. La **liberté d'association** est, en effet, la **liberté de s'associer et/ou de ne pas s'associer** (**CEDH, Plénière, 13 Août 1981, YOUNG, JAMES et WEBSTER c. Royaume-Uni**, n° 7601/76 ; 7806/77 : l'adhésion forcée à un syndicat – *closed shop* – viole l'article **11** de la Convention européenne des droits de l'homme ; **CEDH, 30 Juin 1993, Sigurdur A. SIGURJONSSON c ISLANDE**, n°16130/90, **§ 35**, à propos de l'adhésion forcée à une association professionnelle de chauffeurs de taxis) d'où l'on tire le **droit de quitter le groupe** dont on ne partage pas les **convictions profondes** (**CEDH, Grande Chambre, 29 Avril 1999, CHASSAGNOU et a. c. FRANCE**, n°25088/94, 28331/95 et 28443/95, **§ 117**, à propos de l'adhésion forcée aux Associations Communales de Chasse Agréées - ACCA).

*

Quant à l'article **17** de la loi précitée, il ne s'attache qu'à donner une **liste indicative** des **attributions** du **conseil de l'ordre**, c'est dire le **conseil d'administration** d'un **barreau** parmi d'autres.

Le « ***tableau des avocats*** » y est mentionné, au **1°**, au même titre que le « ***règlement intérieur*** », dont le **conseil de l'ordre** est chargé d' « ***arrêter*** *et, s'il y a lieu, de* ***modifier*** *les dispositions* ». Il s'agit, dans les deux cas, de **documents à usage interne**, qui n'ont pas vocation à sortir d'**effets de droit** en dehors du **cercle du barreau**. Ils ne seraient pas **opposables** à une personne non membre du barreau concerné ni **invocables** à son encontre par les tiers.

Pas plus que dans l'article **15** précité, rien n'indique, dans ce texte, que l'inscription au tableau serait **obligatoire**.

Il n'est, dans le dernier état de la **législation**, nullement question d'**obligation** d'inscription à un **tableau**, mais de **barreaux**, le cas échéant, constitués de tous les avocats réunissant les deux conditions d'être :

1°) inscrits volontairement au **tableau** d'un **barreau** ;

2°) établis près du **tribunal judiciaire** de **leur choix**.

Il ne ressort nullement de l'article **15** susvisé ni d'aucune autre disposition législative que l'**Avocat exerçant**, **établi** près d'un **tribunal judiciaire**, ait l'**obligation** d'être **inscrit** au **tableau** d'un **barreau**.

Il résulte, en revanche, directement de la combinaison des articles **3, alinéa 2** ; **4 alinéa 1er** et **5** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques – qui ne s'occupent nullement du sort des ***barreaux***, mentionnés seulement à partir de l'article **15** de la **loi -** :

1°) qu'est **Avocat** et a le **droit** de porter le **titre** d'**Avocat** la personne qui a prêté le **serment d'Avocat** dans les termes de l'article **3, alinéa 2** : « *Je jure, comme avocat, d'****exercer mes fonctions*** *avec* ***dignité, conscience, indépendance, probité*** *et* ***humanité****.* ».

2°) que la **prestation de serment**, qui enferme **l'exercice des fonctions** (« *Je jure, comme avocat, d'****exercer mes fonctions*** (…) »), donne ***ipso facto*** le **droit** d'**exercer pleinement** la **profession d'Avocat**, sans autre condition, s'agissant de la seule **postulation facultative** - « *Ils* ***peuvent*** *postuler* (…) » - que d'établir « *leur* ***résidence professionnelle*** » dans le **ressort d'une cour d'appel** de leur choix (article **5, alinéa 2**), la **plaidoirie** demeurant, quant à elle, « ***sans limitation territoriale*** » (article **5, alinéa 1er**).

L'article **4**, **alinéa 1er** de la **loi**, qui suit immédiatement les articles **3** et **3 bis** ne laisse subsister, à cet égard, aucune ambiguïté quant à l'**acte constitutif** de l'**Avocat de plein exercice**. Il s'agit de la **prestation de serment** :

« *Nul ne peut,* ***s'il n'est avocat***, ***assister*** *ou* ***représenter les parties***, ***postuler*** *et* ***plaider*** *devant les* ***juridictions*** *et les* ***organismes juridictionnels*** *ou* ***disciplinaires*** *de* ***quelque nature que ce soit***, *sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.* (…) »

En effet, **aucune autre règle de fond** n'est venue s'interposer entre, d'une part, la formulation du **serment des Avocats** (article **3, alinéa 2**) et, d'autre part, celle de « ***l'exercice*** *de leurs* ***fonctions judiciaires*** » les faisant revêtir « *le* ***costume*** *de leur* ***profession*** » (article **3, alinéa 3**) ou la **liberté de déplacement** dont l'**Avocat** doit jouir « *pour* ***exercer ses fonctions***. » (article **3 bis, alinéa 1er**).

Ne saurait, dans ces conditions, être empêché de **revêtir la robe** et **plaider** un **Avocat** au seul motif qu'il n'aurait par établi sa **résidence professionnelle** dans le ressort d'une **Cour d'appel** (**Avocat *in partibus***).

*

Ainsi, par l'effet conjugué du **changement de régime constitutionnel** en 1958 et de l'**abrogation**, en 1971, de l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII, l'inscription au **tableau** d'un barreau a cessé d'être la **condition d'exercice** de la profession d'Avocat.

On rappelle, à ce titre, qu'il revient au **législateur** et à lui seul de fixer les **conditions essentielles** de l'**accès** à une profession et celles de son **exercice** (**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 Décembre 2010, Conseil national de l'Ordre des médecins et a**., n° 337396, n° 337625).

Dès lors, les dispositions de l'article **154, première phrase**, du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat (« *Ont seules droit au* ***titre d'avocat*** *les personnes inscrites au* ***tableau*** *d'un* ***barreau français***. (…) »), en tant qu'elles révèlent un **dépassement** par le **pouvoir réglementaire** des **limites** de **l'habilitation législative**, sont présentement **inopérantes** et justifient que ce texte soit déféré à la **censure** du **Conseil d'Etat**.

Elles ne sont, en vertu et dans le respect de la **hiérarchie des normes**, nullement de nature à empêcher le **juge**, en l'occurrence, le **Tribunal administratif de Paris** et, désormais, la **Cour administrative d'appel de Paris**, d'appliquer les **dispositions législatives** précitées (notamment les articles **1er**, **3**, **4**, **5**, **15**, **17** et **21-1** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), dans l'**interprétation conforme** qui doit leur être donnée, d'où l'on tire que l'**Avocat** peut exercer sa profession **hors barreau**, tout au moins, en ce qui concerne la **plaidoirie** et la **postulation** devant les **tribunaux judiciaires** autres que ceux de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** et **Nanterre**, que vise l'article **5-1** de ladite loi.

Pour atteindre ce résultat, il n'y aura même pas lieu, en l'espèce, de faire application de l'article **R. 312-3** CJA (**exception d'illégalité**) en vue de **déclarer illégal** l'article **154, première phrase**, du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat. Ce **moyen de droit** est, en effet, offert à la partie qui entend faire **annuler** un **acte** dont le **règlement litigieux** constitue la **base légale**. Or, en l'espèce, la situation est inverse : le **décret d'application** du 27 Novembre 1991 ne trouve sa **raison d'être** que dans la **loi** dont il doit respecter tant la **lettre** que **l'esprit**, à peine d'être **censuré** pour **dépassement** des limites de l'**habilitation législative**.

*

L a **prestation du serment** investit l'Avocat, **immédiatement** et **sans autre agrément** que l'**arrêt d'*admittatur*** (« ***qu'il soit admis*** ») prononcé par la **Cour d'appel**, de l'intégralité de ses **prérogatives de défense** (**mandat d'assistance en justice** – **plaidoirie** – article **5, alinéa 1er**) que la fixation de sa **résidence professionnelle** complètera de son **pouvoir de représentation en justice** devant les **tribunaux** et **cours d'appel judiciaires** (**postulation** – article **5, alinéa 2**).

Une et une seule exception est faite pour la **postulation** dans le ressort des **Cours d'appel** de **Paris** et de **Versailles** par l'article **5-1** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Le **législateur** y mentionne, il est vrai, l'inscription « *au* ***barreau*** *de l'un des* ***tribunaux judiciaires*** *de* ***Paris, Bobigny, Créteil*** *et* ***Nanterre*** » comme **faculté** de **postulation**, en première instance, « *auprès de* ***chacune*** *de ces juridictions.* » et en **appel**, selon la compétence territoriale de la juridiction du second degré : « *Ils* ***peuvent*** *postuler auprès de la* ***cour d'appel de Paris*** *quand ils ont postulé devant l'un des* ***tribunaux judiciaires*** *de* ***Paris, Bobigny*** *et* ***Créteil****, et auprès de la* ***cour d'appel de Versailles*** *quand ils ont postulé devant le* ***tribunal judiciaire de Nanterre****.* »

On tire, en bonne logique, qu'il existe, en cette **matière dérogatoire** de la **postulation** et dans l e s **deux seules circonscriptions judiciaires** susnommées (**Cours d'appel de Paris** et de **Versailles**), u n e **condition supplémentaire** venant s'ajouter à la fixation de la **résidence professionnelle** dans le ressort de la **Cour d'appel**, celle d'être **inscrit** au(x) **barreau(x)** de l'un des quatre **tribunaux judiciaires** susmentionnés (« ***Paris, Bobigny, Créteil*** *et* ***Nanterre*** »).

Cependant, la **plaidoirie** y conserve, **en tous cas**, sa **place intégrale**, comme **socle irréductible de l'exercice professionnel** sans condition de fixation de la **résidence professionnelle**. L'alinéa **1er** de l'article **5** de la **loi** susvisée retrouve son **plein empire** :

« *L e s* ***avocats*** *exercent leur* ***ministère*** *et peuvent* ***plaider sans limitation territoriale*** *devant* ***toutes les juridictions*** *et* ***organismes juridictionnels*** *ou* ***disciplinaires****, sous les réserves prévues à l'article 4.*
(…) »,

lesdites **réserves**, telles que formulées à l'article **4** n'entamant en rien le **libre exercice** de la **plaidoirie** par les **Avocats**, mais venant, à l'inverse, y ajouter notamment les prérogatives des **Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** et, en **matière prud'homale**, celles des **défenseurs syndicaux**.

*

A titre de **synthèse**, il est permis d'affirmer, au regard des développements qui précèdent, que la **prestation de serment** donne à l'**Avocat** qu'elle concerne le **droit *ipso facto*** :

1°) En toutes hypothèses et **en tous lieux**, à la **plaidoirie** « ***sans limitation territoriale*** *devant* ***toutes les juridictions*** *et* ***organismes juridictionnels*** *ou* ***disciplinaires****, sous les réserves prévues à l'article 4.*
(…) » (article **5, alinéa 1er**).

2°) Sous réserve de **fixer sa résidence professionnelle** dans le ressort d'une **Cour d'appel** autre que celles de **Paris** ou de **Versailles**, à la **postulation** « *devant* ***l'ensemble des tribunaux judiciaires*** *d*(e son) *ressort* (…) *et devant* ***ladite cour d'appel****.* » (article **5, alinéa 2**).

3°) Sous réserve d'être **inscrit** au **barreau** de l'un des **tribunaux judiciaires** de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** ou **Nanterre**, à la **postulation**, en première instance, devant chacune de ces juridictions et, en appel, devant la **Cour d'appel de Paris** lorsqu'il a postulé devant l'un des trois premiers tribunaux et devant la **Cour d'appel de Versailles** quand il a postulé devant le quatrième (article **5-1, alinéas 1er et 2**).

4°) à la **postulation** seulement devant le **tribunal judiciaire** auprès duquel est établie sa **résidence professionnelle** dans **trois occurrences limitativement énumérées** par la **loi** :

4-a°) « ***procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation*** » ;

4-b°) « ***aide juridictionnelle*** », le **paiement** au moyen de la **dotation** visée à l'article **25, alinéa 2** de la **loi** n°91-647 du 10 Juillet 1991 relative à l'aide juridique nécessitant, toutefois, que l'Avocat prestataire soit inscrit à un **barreau** ;

4-c°) « *instances dans lesquelles il*() *ne serai*()*t pas* ***maître***() ***de l'affaire*** *chargé*() *également d'assurer la* ***plaidoirie****.* » (articles **5, alinéa 3** et **5-1, alinéa 3**).

*

Quel que soit son **choix** d'adhérer ou non à un **barreau**, l'**Avocat** reste soumis à l'observance des termes de son **serment** et de l'ensemble des **obligations statutaires** et **déontologiques** qui en procèdent.

L'**exercice hors barreau** n'est donc pas, contrairement à ce qu'a allégué à tort le **CNB**, un moyen d'échapper à l'application des **règles professionnelles** (**loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat ; **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat ; **Règlement intérieur national de la profession d'avocat – R.I.N.**).

*

Le **droit** de l'**Avocat** d'**exercer hors barreau** n'étant pas, aux termes de la **loi**, sérieusement contestable, la **portée** des **sanctions disciplinaires**, **limitée** au **cercle du barreau**, explique et justifie que leur **liste** en soit dressée par le **règlement** et non pas par la **loi**.

On comprend mieux, dans ces conditions, pourquoi ni l'**omission** (articles **104** à **108** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat) ni l'**interdiction temporaire** (article **186** dudit **décret**) ni la **radiation du tableau** (article **185** du même **décret**) ne peuvent empêcher l'**Avocat** membre d'un **barreau** de **continuer à exercer sa profession**.

L e **législateur**, en 1971, s'est, en effet, efforcé de concilier deux exigences en apparence **contradictoires** :

D'une part, le caractère **libéral** de la profession d'Avocat, qui laisse très fortement entendre un **exercice professionnel sans entrave**.

D'autre part, l'**autonomie des conseils de l'ordre**, qui connote le **corporatisme**.

La **synthèse** s'est faite dans le concept d'**indépendance de l'Avocat**.

L'article **15** de la **loi** (« ***Les avocats font partie de barreaux*** (…) ») est, comme susdit, l'expression d'une **présomption *quod plerumque fit*** (**ce qui arrive généralement** o u **ce qui se produit le plus souvent**), savoir le **constat sociologique** que dressent les **siècles** selon lequel, ***ordinairement***, les Avocats **se groupent** pour exercer leur profession.

Il n'y a, cependant, dans la **lettre** et l'**esprit** de la **loi**, **aucune obligation** d'être inscrit au **tableau** d'un **barreau**, **pour accéder à la profession d'Avocat**, cette circonstance étant ce qui oppose radicalement la **profession d'Avocat** du **XXIème siècle** aux **professions libérales** organisées en **ordres** (**médecins, architectes, experts-comptables**...).

L'Avocat qui ferait le libre choix d'**exercer hors barreau** conserverait la **quasi-totalité** et, en tous cas, l'**essentiel** des **prérogatives** dont jouissent ses confrères membres d'un **barreau**, à l'exception notamment de la **commission d'office** et de l'**aide juridictionnelle**, que le **législateur** a voulues attachées à un **barreau**.

Pour la **commission d'office**, on peut utilement se reporter à la jurisprudence judiciaire : **Cass. 1° Civ., 27 Février 2013**, n°12-12.878 : « (…) *la désignation des **avocats commis d'office**, instituée **en faveur des justiciables**, relève des **prérogatives propres** du **bâtonnier** auquel revient la responsabilité du **choix** de l'avocat* (…) », mesure **insusceptible de recours**, puisque seules le sont « *les **décisions** et **délibérations** du **conseil de l'ordre** ou du **conseil de discipline** ;* ».

Dans le registre de l'**aide juridictionnelle**, si la **loi** institue le principe du **choix** de l'**Avocat** « *par le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle* » (article **25, alinéa 2** de la **loi** n°91-647 du 10 Juillet 1991 relative à l'aide juridique), sans condition d'appartenance à un **barreau**, l'**alinéa 3** du même article prévoit qu' « ***A défaut de choix** ou en cas de **refus** de l'auxiliaire de justice choisi* (…) », l'avocat est **désigné**, « *sans préjudice de l'application des règles relatives aux commissions ou désignations d'office, par le **bâtonnier*** (…) *dont il dépend*. », ce qui implique nécessairement, tout au moins, à ce stade, que l'Avocat **désigné** soit **membre d'un barreau**.

…/...

L'article **25, alinéa 4** fait, à nouveau, intervenir le **bâtonnier** aux fins de décharger l'Avocat de sa mission.

De plus, l'article **27, alinéa 2** prévoit l'affectation annuelle « *à chaque **barreau*** (d') *une **dotation** représentant sa part contributive aux missions d'aide juridictionnelle accomplies par les avocats du barreau.* »

L'article **29** de la loi mentionne expressément, à cette fin, la **CARPA** :

« *La **dotation** est versée sur un **compte spécial** de la **caisse des règlements pécuniaires** prévue au **9°** de l'article **53** de la **loi** n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Elle est intégralement affectée au **paiement** des **avocats** effectuant des **missions d'aide juridictionnelle**.*

*Les **modalités** et le **montant** de ce paiement et, le cas échéant, le versement de **provisions** sont déterminés dans **chaque barreau** par le **règlement intérieur**.*

Toutefois, pour l'aide juridictionnelle partielle, la part contributive de l'Etat revenant à l'avocat est calculée selon les modalités qui servent à déterminer la dotation du barreau.

*Le **règlement intérieur** peut prévoir que les avocats prêtent, à temps partiel, leur concours à l'aide juridictionnelle selon des modalités fixées par convention avec l'ordre.*

*En ce qui concerne les **règles** de **gestion financière et comptable des fonds**, le **règlement intérieur** doit être **conforme** à un **règlement type** établi par **décret en Conseil d'Etat**.*

*Les dispositions du **règlement intérieur** relatives à l'**aide juridictionnelle** sont communiquées pour information au **conseil départemental de l'accès au droit** prévu à l'article **54**.* »

En outre, l'article **20** du **décret** n°91-1266 du 19 Décembre 1991 attribue le pouvoir de désignation des Avocats, membres de **BAJ**, au « ***conseil de l'ordre*** » ou, à défaut, à « ***l'assemblée générale de l'ordre*** », deux organes du **barreau**.

« *Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les **avocats** et les huissiers de justice, membres des **bureaux d'aide juridictionnelle**, sont **désignés**, selon le cas, par le **conseil de l'ordre** ou la chambre départementale dont ils relèvent.*

*Lorsque les **fonctions** du **conseil de l'ordre** sont remplies par le **tribunal judiciaire**, les avocats membres des **bureaux d'aide juridictionnelle** ou des sections de bureau sont désignés par **l'assemblée générale de l'ordre**.*

Les membres des bureaux qui doivent être choisis par la Cour de cassation ou par le Conseil d'Etat sont désignés respectivement par le premier président de la Cour de cassation, après consultation du bureau de cette cour, et par le vice- président du Conseil d'Etat, après consultation des présidents de section.

Les membres des bureaux ou des sections de bureau au titre des usagers sont choisis parmi les personnes portant un intérêt particulier aux problèmes relatifs à l'accès à la justice. Ils sont désignés par le conseil départemental de l'accès au droit dans le ressort duquel le bureau a son siège. »

*

Le caractère **libéral** de la profession est garanti par la **liberté de plaidoirie** (article **5, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), **socle irréductible**, laquelle ne nécessite jamais, **quel que soit le lieu de la prestation**, l'inscription au **tableau** d'un **barreau**, que renforce la **liberté de se déplacer** garantie par l'article **3 bis, alinéa 1er** de ladite **loi** (« *L'avocat peut **librement se déplacer** pour exercer ses fonctions.* »).

L'**exception** au **principe** resurgit uniquement pour la **postulation** devant les **tribunaux judiciaires** de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** et **Nanterre** (article **5-1** de la **loi**).

*

L'article **185** du **décret** n°91-11967 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat devrait, en conséquence, être réécrit de la façon suivante :

« *L'**Avocat radié** ne peut plus se prévaloir, dans l'accomplissement de ses actes professionnels, de l'appartenance à son **barreau d'origine**. Sous réserve d'**incapacité** ou d'**interdiction** prévue par la **loi**, la **radiation** n'empêche pas l'exercice professionnel au sein d'**un autre barreau** ou **hors barreau**.* »

Quant à l'article **186** du même **décret**, il devrait se lire comme suit :

« *L'Avocat **interdit temporairement**, doit s'abstenir, dès que la décision est **irrévocable**, de **toute référence**, dans ses **actes professionnels**, à son **barreau d'origine**. Sous réserve d'**incapacité** ou d'**interdiction** prévue par la **loi**, l'interdiction temporaire n'empêche pas l'exercice professionnel au sein d'**un autre barreau** ou **hors barreau**.* »

*

En outre, à chaque texte faisant référence à l'inscription au **tableau** d'un **barreau**, comme condition d'exercice de la profession d'avocat, doit être substituée l'**habilitation d'exercice**.

Ainsi, l'article **72** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques vise à **protéger le périmètre professionnel de l'Avocat** en renvoyant à l'article **433-17** du Code pénal, lequel **incrimine** et **réprime** « *d'**un an d'emprisonnement** et de **15 000 euros d'amende*** » l'**usurpation de titres**, savoir « *L'**usage, sans droit**, d'un **titre** attaché à une **profession réglementée** par **l'autorité publique** ou d'un **diplôme officiel** ou d'une **qualité** dont les conditions d'attribution sont fixées par **l'autorité publique*** ».

Dès lors, l'article **72** de la loi précitée, aux termes duquel :

« *Sera puni des peines prévues à l'article **433-17** du code pénal quiconque aura, n'étant pas **régulièrement inscrit au barreau**, exercé une ou plusieurs des **activités réservées** au **ministère des avocats** dans les conditions prévues à l'article **4**, sous réserve des conventions internationales.* »

devra se lire, désormais :

« *Sera puni des **peines** prévues à l'article **433-17** du code pénal quiconque aura, n'étant pas **susceptible** d'être **régulièrement inscrit** **sur l'annuaire national** prévu à l'article **21-1, alinéa 2**, exercé une ou plusieurs des **activités réservées** au **ministère des avocats** dans les conditions prévues à l'article **4**, sous réserve des conventions internationales.* »

Il ressort, en effet, des articles **15** ; **17, 1° bis** ; **21-1, alinéa 2** ; **76** et **84** de la **loi** susvisée, dans l'**interprétation conforme au droit de l'Union européenne** qu'il convient de donner à ces dispositions législatives, que l'**inscription** au **tableau d'un barreau** ne conditionne pas, en **France**, l'exercice de la profession d'avocat. La formule « ***régulièrement inscrit au barreau*** » ne peut pas, dans ces conditions, signifier « ***régulièrement inscrit au* tableau d'un *barreau*** », mais doit se comprendre comme **réservant** aux **avocats**, dans le principe, à peine de **sanctions pénales** pouvant être prononcées contre les infracteurs, les **missions d'assistance** et de **représentation en justice**.

Il est, dès lors, parfaitement loisible au **pouvoir normatif compétent** (**Premier ministre** exerçant le **pouvoir réglementaire** – article **21, alinéa 1er, quatrième phrase** et article **37, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958), aux fins d'obtenir un respect plus marqué de la prohibition d'**exercice illégal de la profession d'avocat**, tout en assurant une **sécurité juridique optimale**, d'imposer à toute personne **habilitée** à exercer en France **de façon permanente** sous le **titre d'Avocat** ou son son **titre d'origine**, au sens et pour l'application de la **directive 98/5/CE**, l'**obligation** de **s'inscrire** (demander son **inscription**) sur l'***annuaire national*** qu'en vertu de l'article **21-1, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, le **CNB établit**, **met à jour** et **met à disposition en ligne**.

Le **règlement autonome** pourrait ***de lege ferenda*** être rédigé de la façon suivante :

Article **1er** :

« 1. L'avocat **exerçant** les activités réservées au ministère des avocats dans les conditions prévues à l'article **4** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, **sans être inscrit** au **tableau** d'un **barreau**, doit se **déclarer** au **Conseil national des barreaux**, dans le **mois** du **premier acte d'exercice hors barreau**.

2. Il doit, dans le même délai, **déclarer** au **Conseil national des barreaux**, l'adresse de sa **résidence professionnelle**.

3. Les **déclarations** sont enregistrées par **téléprocédure** sur le site internet du **Conseil national des barreaux**. Elles sont **horodatées**.

4. Un **arrêté** du **garde des sceaux, ministre de la justice**, précise, outre **l'arrêt d'*admittatur*** donnant acte à l'intéressé de sa **prestation de serment**, les **pièces** à produire dans le délai de **quinze jours** à compter de l'enregistrement de la déclaration.

5. Sauf en cas d'**urgence** ou de **force majeure**, le **manquement** par l'avocat concerné à l'une ou l'autre des **obligations** prévues aux **alinéas 1er**, **2** et **4** ci-dessus fait **obstacle** à **l'exercice régulier** de ses fonctions. Ses **accès RPVA** et **TELERECOURS** sont, sous la même réserve, **suspendus**. L'avocat recouvre l'**intégralité** des **prérogatives** que lui confère sa **prestation de serment** dès **régularisation** de sa situation.

6. Hors les cas prévus par l'article **72** de la **loi** précitée, sera puni de l'**amende** prévue pour les **contraventions** de la **cinquième classe** quiconque aura, étant **susceptible** d'être **régulièrement inscrit sur l'annuaire national** prévu par l'article **21-1, alinéa 2** de ladite **loi**, exercé une ou plusieurs des **activités réservées** au **ministère des avocats** dans les conditions prévues à son article **4**, sous réserve des conventions internationales, sans satisfaire aux **obligations** prévues aux **alinéas 1er**, **2** et **4** du présent article.

7. La **récidive** de la **contravention** prévue à l'**alinéa 6** du présent article est réprimée conformément à l'article **132-11** du Code pénal. »

Article **2** :

« 1. L'avocat **n'exerçant pas** les activités réservées au ministère des avocats dans les conditions prévues à l'article **4** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dispose du **droit** de donner des **consultations juridiques** et de **rédiger des actes sous seing privé pour autrui**, tel que prévu par l'article **56** de ladite **loi**.

2; Il doit, dans le **mois** du **premier acte d'exercice**, se **déclarer** au **Conseil national des barreaux**, qui l'inscrit sur une **liste spéciale distincte** de l'**annuaire national**.

3. Les **alinéas 3** et **4** de l'article **1er** du présent **décret** lui sont applicables.

4. Le **manquement** aux **obligations** du présent article expose son auteur à la peine d'**amende** prévue pour les contraventions de la **quatrième classe**. »

*

L'**esprit corporatif** (**corporatiste** ?) qui a présidé au vote de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques se reflète dans le **décret d'application**, qui l'a poussé jusqu'à son **paroxysme**, **au-delà des limites** de l'**habilitation législative**.

Le **droit disciplinaire** s'oppose au **droit pénal** essentiellement par le **but**. Tandis que celui-ci, **grand réceptacle des passions humaines**, est la **sanction des autres lois**, réglant les **rapports** de « ***chaque homme*** *avec les* ***lois*** *qui veillent pour tous* » (**PORTALIS**, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1er Pluviôse An IX), celui-là tend à obtenir de ses destinataires un **comportement déterminé**, une **conduite à tenir** fixée d'avance par le **pouvoir normatif** (**législateur** ou **pouvoir exécutif**, selon les matières). Le **droit pénal** est la **sanction universelle** de **l'excès de liberté**. Le **droit disciplinaire**, la **répression corporative** de l'**intempérance** (**défaillance** de l'intéressé dans l'obtention du **résultat à lui imposé** par le **groupe**), au sein d'un **cercle limité** de personnes.

De ce qui précède on tire naturellement que le **droit disciplinaire** ne se conçoit que dans une **société fermée**, où le **pouvoir de police spéciale** s'exerce sans autre limite que celle que lui fixent les **buts spécifiques** de la **police** (faire en sorte que l'intéressé ne s'écarte pas de la **ligne de conduite** qui lui a été tracée), dans le **respect théorique** des **libertés publiques**. Il est le moyen d'encadrement privilégié de l'action publique.

En revanche, dans une **société ouverte**, comme l'est un **marché concurrentiel**, la **police** ne se justifiera que comme **organe de régulation**, auxiliaire de l'**autorité de gestion** (v.pour la réglementation des **Marchés d'intérêt national - M.I.N. CE, 09 Décembre 2016**, n°383421) :

« (…)
4. En premier lieu, lorsqu'il est ***compétent*** *pour* ***fixer certaines règles d'exercice*** *d'une* ***activité****, le* ***pouvoir réglementaire*** *l'est* ***également*** *pour prévoir des* ***sanctions administratives*** *qui, par leur* ***objet*** *et leur* ***nature****, sont* ***en rapport avec cette réglementation****. Le* ***pouvoir réglementaire****,* ***compétent****, sur le fondement de l'article* ***L. 761-10*** *du code de commerce, pour* ***fixer l'organisation générale*** *des* ***marchés d'intérêt national****, l'est donc également pour* ***définir*** *le* ***régime des sanctions*** *applicables aux* ***usagers*** *de ces marchés en cas d'****infraction aux règles*** *qui régissent le marché.*
(…) »
(**CE, 09 Décembre 2016**, n°383421).

Adaptée à une « ***profession libérale et indépendante*** », comme la **loi** définit la **profession d'Avocat** (article **1er, I**, de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), la **mesure de police** ne pourra concerner que la **procédure** (**la police du procès**), mais non pas la **plaidoirie**, à peine de **détourner** les pouvoirs attribués au **Premier ministre**, qui seraient mis au service d'un **but étranger** à celui à raison duquel ils lui ont été conférés.

Il est significatif, à ce propos, que l'article **53** de la **loi** précitée n'ait pas renvoyé au **décret en Conseil d'Etat** la détermination de **toutes les conditions d'exercice** de la profession d'avocat, mais seulement celles qu'envisagent **limitativement** les « *articles* ***6 à 8-1*** », dispositions qui n'apportent **aucune restriction** à la **liberté** de la **plaidoirie** ni aux prérogatives de la **postulation**, que consacrent les articles **3** à **5-1**.

On se souvient, précisément, que le **détournement de pouvoir**, comme nouveau cas d'ouverture du **recours pour excès de pouvoir** a émergé à l'occasion du contrôle, par le **Conseil d'Etat**, d'une **mesure de police spéciale** :

« (…)
Est-ce là la ***police du chemin de fer*** *? Est-ce là régler l'entrée, le stationnement et la circulation des voitures dans les cours dépendant des stations ? Non, Messieurs, c'est poursuivre, peut-être, avec plus ou moins de bonheur et de succès, un but très-louable assurément, mais* ***très-étranger*** *à l'****idée*** *de* ***police****. C'est surtout, dans l'espèce, assurer l'exécution d'un* ***traité*** *passé entre la Compagnie du chemin de fer et le sieur Richard, traité dont la base est l'****exclusion*** *des voitures autres que celles du sieur Richard. C'est* ***entraver*** *la* ***libre concurrence*** *et subordonner le* ***commerce général*** *aux* ***combinaisons commerciales*** *du sieur Richard, confondues avec l'****intérêt public****. Pour qui a sous les yeux l'arrêté du préfet, que nous avons cité, et le dossier tout entier, une autre interprétation des faits de l'affaire est, à notre sens, impossible.*
*C'est pourquoi, sans insister sur l'argument que l'on a tiré et que nous pourrions tirer de l'art. 56 du cahier des charges des Compagnies, qui leur prescrit de maintenir l'égalité entre toutes les entreprises de transport dans leurs rapports avec elles, nous concluons à l'****annulation****, pour* ***excès de pouvoir****, de l'arrêté du préfet du département de Seine-et-Marne, approuvé par décision du ministre des travaux publics, et à la condamnation du sieur Richard aux dépens de son intervention.*
(…) »
(Conclusions **Commissaire du Gouvernement L'HOPITAL**, sous **CE, 25 Février 1864, LESBATS**, Rec. 212) ;

« (…)
*Cons. que, si l'art. 1er de l'ordonnance royale du 15 nov. 1846, ci-dessus visé, donne aux préfets le droit de **régler l'entrée**, le **stationnement** et la **circulation** des **voitures publiques** ou **particulières** dans les **cours** dépendant des **stations de chemins de fer**, cette **attribution** ne doit s'exercer que dans un **intérêt de police** et de **service public** ; - Qu'il suit de là que l'arrêté précité du préfet du département de Seine-et-Marne, du 27 janv. 1865, et la décision, de date du 15 fév. Suivant, par laquelle notre Min. des trav. Publ. a approuvé ledit arrêté, doivent être **annulés** pour **excès de pouvoirs** ;*
(…) »
(**CE, 25 Février 1864, LESBATS**, Rec. 212 – « *l'Empereur en son Conseil* », selon la formulation alors usitée).

*

L'Avocat **participe**, sous le seul bénéfice de l'**aide juridictionnelle** ou de la **commission d'office**, à l'exécution du **service public de la justice**, sans être, pour autant, son **collaborateur** (**Cass. 1° Civ. 13.10.1998**, n°96-13.862) : il ne bénéficie pas du régime de **responsabilité sans faute** plus favorable à la victime que le droit applicable aux **usagers** instauré par l'article **L. 141-1, alinéa 2** du Code de l'organisation judiciaire, qui exige que soit établi « *une **faute lourde*** » ou « *un **déni de justice*** », ce qui justifie que les **actes de procédure** qu'il accomplit, dans l'exercice de sa **mission constitutionnelle** d'**assistance** et/ou de **représentation en justice**, soient réglementés par la **procédure** (la **police du procès**).

Il échet de rappeler, ici, qu'un **service public** ne se justifie qu'en cas d'**absence** ou de **défaillance** de l'**initiative privée**. Si, la **défense des droits et libertés d'autrui** relève d'une **mission d'intérêt général**, elle ne s'attachera au **service public de la justice** que lorsque **l'accès à l'avocat** se révèlera impossible, savoir, en cas :

- d'inaptitude de l'intéressé à **désigner un défenseur**, obstacle que tend à surmonter la **commission d'office** ;

- d'i**nsuffisance de ressources financières** pour prendre en charge le coût de sa défense, carence à laquelle obvie l'**aide juridictionnelle**.

De la même façon, une **police** de l'**expression de la pensée** peut-elle s'exercer dans l'**intérêt d'une bonne administration de la justice** (article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse).

Cependant, appartenant à une **profession libérale et indépendante** (article **1er, I**, de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), l'**Avocat** n'entretient pas avec le **service public de la justice** un **lien** tel qu'il puisse justifier de le rendre tributaire d'un **régime disciplinaire** à l'identique de celui qui s'applique aux **magistrats**, **fonctionnaires** et **salariés** ou aux **membres des ordres professionnels**.

Il est, en effet, acquis, depuis les travaux du **Doyen AUBY**, que **la police spéciale des professions réglementées** s'exerce sur les professions qui ont noué expressément ou implicitement un **lien** avec la **Puissance publique**, en raison de la **nature** de l'activité en cause, des **risques** auxquels elle expose le public ou des **charges** qu'elle fait supporter à la collectivité :

(« (…) *Cependant, on ne saurait condamner sans réserves les **sanctions administratives**. Celles-ci peuvent avoir leur place dans un **Etat libéral**, à la condition que leur domaine d'application soit **étroitement limité**, qu'elles n'empiètent en aucune manière sur la **répression pénale**. D'une part, la **sanction administrative** suppose un **lien déjà individualisé** entre **l'Administration** et l'**intéressé** : ce dernier **collabore** par exemple à l'exécution d'un **service public**, il bénéficie d'une **autorisation** accordée par l'Administration ou d'une **prestation** versée par elle. Le **pouvoir disciplinaire** ne pourrait s'appliquer aux **relations générales** entre l'**Etat** et les **citoyens** sans supplanter d'une manière inadmissible le **droit pénal** ».* (**Doyen AUBY**, ***Les sanctions administratives en matière de circulation automobile***, D. 1952, chron. XXV, p. 112).

(« (…) ***L'application des sanctions***

*Si la détermination des **faits punissables** peut, dans certains cas, être laissée à l'appréciation de l'**autorité disciplinaire**, il n'en va pas de même du **choix** des **sanctions applicables**. Celles-ci sont presque toujours fixées par les **textes** : dans les cas exceptionnels où il n'en va pas ainsi, la jurisprudence exerce sur elles un **contrôle rigoureux** : elle exige, d'une part, qu'elles se rattachent à la **situation particulière de l'administré** qui fonde l'existence du **régime disciplinaire** : elle les distingue d'autre part des **sanctions pénales**, qui nécessitent une **habilitation légale**.*

*A ce second point de vue, il est de règle que toute **sanction administrative** assimilable à une **sanction pénale**, c'est-à-dire portant atteinte à la **liberté physique** ou au **patrimoine**, ne peut être établie que par la **loi**. En sens inverse, la **privation** d'une **prestation** ou d'un **titre** accordé **discrétionnairement** par l'**Administration** peut avoir simplement une **base réglementaire**. Entre les deux situations se placent une série de cas pour lesquels les solutions sont plus nuancées et dépendent du caractère plus ou moins défini d'une **liberté publique** et des conditions d'exercice de cette liberté.*

(…) »

(**Doyen AUBY**, ibid, p. 114).

Il s'agit d'une déclinaison des **pouvoirs propres de police générale** que le **Premier ministre** détient **sans habilitation législative** et sur l'ensemble du territoire, aux fins d'**assurer l'ordre public** (**CE, Labonne 08 Août 1919**, Rec. 737).

Est, dans cet ordre d'idées, pertinente, *a contrario*, la référence au **pouvoir disciplinaire** des **fédérations sportives**, lequel ne traduit pas nécessairement l'exercice de **prérogatives de puissance publique**. Ainsi, un simple **agrément** ne vaut pas **habilitation** du **Ministre chargé des sports**, conférant **prérogative de puissance publique** :

« (…)
*Considérant que si les **fédérations agréées** en application de l'article **16** de la **loi** du 16 juillet 1984 sont des **personnes morales de droit privé** associées par le **législateur** à **l'exécution** d'un **service public**, les **recours** engagés contre les **décisions** prises par elles ne relèvent de la compétence du **juge administratif** qu'à la condition que ces décisions procèdent de l'exercice d'une **prérogative de puissance publique** ; que l'exercice par une **fédération** du **pouvoir disciplinaire** à l'égard de ses **membres** est en lui-même **inhérent** à l'**organisation** de **toute association** ; que, dès lors que l'**agrément** ne confère **aucun monopole** à la **fédération** concernée, les sanctions prises par une fédération sportive simplement agréée à l'encontre d'associations sportives locales ou de leurs dirigeants ne constituent pas l'exercice d'une **prérogative de puissance publique** et ne peuvent être contestées que devant l'**autorité judiciaire** ;*
(…) »
(**CE, 15 Février 1989**, n°82472).

« (…)
*Considérant que la **loi** du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives distingue, en ses articles **16** et **17**, les **fédérations sportives** bénéficiant d'un **simple agrément** et les fédérations, **une seule par discipline**, qui reçoivent, en outre, **délégation** du **ministre** pour **organiser** les **compétitions sportives** à l'issue desquelles sont délivrés les **titres** internationaux, nationaux, régionaux et départementaux ;*

*Considérant que si les fédérations **agréées** en application de l'article **16** de la **loi** du 16 juillet 1984 sont des personnes morales de droit privé **associées** par le **législateur** à **l'exécution** d'une **mission de service public**, les **recours** engagés contre les **décisions** prises par elles ne relèvent de la compétence du **juge administratif** qu'à la condition que ces décisions procèdent de l'exercice d'une **prérogative de puissance publique** ;*
(…) »
(**CE, 19 Novembre 1997**, n°180924).

« (…)
*Considérant que les décisions prises par une **personne privée** chargée de l'exécution d'une **mission de service public** à **caractère administratif** présentent le caractère d'**actes administratifs** si elles procèdent de la mise en oeuvre de **prérogatives de puissance publique** conférées à cette personne pour l'accomplissement de la **mission de service public** qui lui a été confiée ; que l'exercice du **pouvoir disciplinaire** par une **association** à l'égard de ses **membres** est **inhérent** à l'**organisation** de cette **association** et ne traduit pas, **par lui-même**, l'exercice de **prérogatives de puissance publique** q u i **nécessairement** auraient été conférées à cette **association** pour l'accomplissement d'une **mission de service public** ;*

*Considérant qu'aux termes de l'article **17** de la **loi** du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, alors applicable : « I. Dans chaque discipline sportive et pour une durée déterminée, **une seule fédération agréée** reçoit **délégation** du **ministre chargé des sports** pour **organiser** les **compétitions sportives** à l'issue desquelles sont délivrés les **titres** internationaux, nationaux, régionaux ou départementaux (...) » ; qu'en confiant ainsi, **à titre exclusif**, aux **fédérations sportives** ayant reçu **délégation** la **mission** d'**organiser** des **compétitions** sur le **territoire national**, le **législateur** a chargé ces **fédérations** de l'exécution d'une **mission de service public** à **caractère administratif** ; que si les décisions procédant de l'usage par ces fédérations des **prérogatives de puissance publique** qui leur ont été conférées pour l'accomplissement de cette **mission de service public** présentent le caractère d'**actes administratifs**, il en va autrement pour les **décisions** qui ne sont pas prises pour les **besoins** de ce **service public** à **caractère administratif** ; que la **décision** par laquelle le conseil fédéral d'appel de la Fédération française de cyclisme, **association de droit privé**, a infligé, en statuant sur la demande de l'Union cycliste internationale, association de droit suisse dont la Fédération française de cyclisme est membre et en faisant application des dispositions du règlement du contrôle antidopage de l'Union cycliste internationale, une **sanction disciplinaire à** M. A à raison de faits commis à l'occasion d'une compétition qui ne s'est pas déroulée sur le territoire national, **n'a pas été prise dans le cadre de la mission de service public** confiée à la Fédération française de cyclisme en vertu de l'article **1 7** de la **loi** du 16 juillet 1984 et ne présente, par suite, pas le caractère d'un **acte administratif** ;*

(…) »

(**CE, 19 Mars 2010**, **CHOTARD**, n°318549).

« (…)

*1. Considérant que les **décisions** prises par une **personne privée** chargée de l'exécution d'une **mission de service public** à **caractère administratif** présentent le caractère d'**actes administratifs** si elles procèdent de la mise en oeuvre de **prérogatives de puissance publique** conférées à cette personne pour l'accomplissement de la **mission de service public** qui lui a été confiée ;*

*2. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article **L. 131-14** du code du sport : « Dans chaque discipline sportive et pour une **durée déterminée**, **une seule fédération agréée** reçoit **délégation** du **ministre chargé des sports** » ; qu'aux termes de l'article **L. 131-15** du même code : «Les **fédérations délégataires** : / 1° Organisent les **compétitions sportives** à l'issue desquelles sont délivrés les **titres** internationaux, nationaux, régionaux ou départementaux ; / 2° Procèdent aux **sélections** correspondantes (...) » ; qu'en confiant ainsi, **à titre exclusif**, aux fédérations sportives ayant reçu **délégation** la mission d'organiser des **compétitions** sur le **territoire national** et celle de **sélectionner** les équipes correspondantes, le **législateur** a chargé ces fédérations de l'exécution d'une **mission de service public** à **caractère administratif** ; que les **décisions** de ces fédérations relatives à la **sélection** des sportifs dans les équipes nationales, qu'elles aient pour **effet** de permettre cette **sélection** ou d'y faire obstacle, procèdent de la mise en oeuvre des **prérogatives de puissance publique** qui ont été conférées à ces fédérations pour l'accomplissement de leur **mission de service public** et présentent, par suite, le **caractère d'actes administratifs** ;*

« (…)

(**CE, 08 Avril 2013**, n°351735).

« (…)

*3.Considérant, d'une part, que l'article **L. 131-8** du code du sport dispose que : « Un **agrément** peut être délivré par le **ministre chargé des sports** aux **fédérations** qui, en vue de **participer** à l'exécution d'une **mission de service public**, ont adopté des **statut**s comportant certaines **dispositions obligatoires** et un **règlement disciplinaire** conforme à un **règlement type.** / Les dispositions obligatoires des statuts et le règlement disciplinaire type sont définis par **décret en Conseil d'État** pris après **avis** du **Comité national olympique et sportif français** » ; que l'article **R. 131-3** du même code prévoit que les **fédérations** qui sollicitent l'**agrément** prévu à l'article **L. 131-8** doivent avoir adopté un **règlement disciplinaire** conforme au **règlement disciplinaire type** figurant à l'annexe I-6 au code du sport ; que le point 2 de cette annexe I-6 précise que : « Il est institué un ou plusieurs organes disciplinaires de première instance et un ou plusieurs organes disciplinaires d'appel investis du **pouvoir disciplinaire** à l'égard des **associations affiliées** à la fédération, des **membres licenciés** de ces **associations** et des **membres licenciés** de la **fédération**» ;*

*4.Considérant, d'autre part, qu'aux termes du premier alinéa de l'article **L. 131-14** du même code : « Dans chaque discipline sportive et pour une durée déterminée, **une seule fédération agréée** reçoit **délégation** du **ministre chargé des sports** » ; qu'en vertu de l'article **L. 131-15**, les **fédérations délégataires** organisent les **compétitions sportives** à l'issue desquelles sont délivrés les **titres** internationaux, nationaux, régionaux ou départementaux ; qu'elles édictent, en vertu de l'article **L. 131-16**, les **règles techniques propres** à leur **discipline** ;*

*5.Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'une **fédération sportive agréée**, qu'elle ait ou non reçu la **délégation** du **ministre chargé des sports** prévue à l'article **L. 131-14**, n'est **habilitée** à prononcer une **sanction disciplinaire** qu'à l'encontre des **personnes** qui, à la **date** à laquelle il est **statué** par l'**organe disciplinaire compétent** de la **fédération**, ont la **qualité** de **licencié** de cette **fédération** ; que, contrairement à ce que soutient la Fédération française de football, les **fédérations délégataires** ne tiennent d'**aucune disposition législative** le pouvoir d'infliger une **sanction disciplinaire** à des **personnes** qui prendraient part, **sans être licenciées**, aux **compétitions** pour lesquelles elles ont reçu délégation ;*

(…) »

(**CE, 28 Avril 2014**, n°373051).

« (…)

7. Considérant que, dans le cas où l'organisation d'une compétition a été déléguée à une ligue professionnelle, la réglementation et la gestion de cette compétition relèvent, en vertu de l'article R. 132-12 du code du sport, de la seule compétence de la ligue ; que la fédération ne saurait intervenir dans la réglementation et la gestion de cette compétition et réformer, le cas échéant, les décisions prises par la ligue dans l'exercice de cette compétence, que si ces décisions sont contraires aux statuts de la fédération ou portent atteinte aux intérêts généraux dont la fédération a la charge ; que les conditions de mise en oeuvre de ce pouvoir de réformation sont, ainsi que le prévoit l'article R. 132-15 du code du sport, précisées par la convention mentionnée à l'article R. 132-9 ;

(…)

*21. Considérant, d'autre part, que l'**urgence** justifie que soit prononcée la **suspension** d'un **acte administratif**, lorsque **l'exécution** de celui-ci porte atteinte, de manière **suffisamment grave** et **immédiate**, à un **intérêt public**, à la **situation du requérant** ou aux **intérêts** qu'il entend **défendre** ;*

*22. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la **décision** prise en l'espèce par la Fédération le 22 mars 2017 a pour **effet** de créer une **incertitude** quant aux **résultats** qui devraient être pris en compte, de manière fictive et rétrospective, pour les deux rencontres qui n'ont pas eu lieu le 18 mars 2017 ; que les **conséquences** qui peuvent ainsi résulter de son exécution sur le classement du championnat, l'organisation de ses phases finales et la détermination des clubs appelés à participer aux compétitions européennes la saison suivante, sont de nature à porter **atteinte à l'intérêt public** tenant à l'**équité** et au **bon déroulement** de la **compétition** ; que l'**exécution** de la **décision** contestée préjudicie en outre, de façon **suffisamment grave**, aux **intérêts** de la **Ligue nationale de rugby**, chargée de l'**organisation** et de la **gestion** du championnat professionnel de 1re division ; qu'eu égard aux **contraintes** qui résultent du calendrier d'organisation du championnat de France de 1re division, la condition d'**urgence** requise par l'article **L. 521-1** du code de justice administrative pour le prononcé de mesures ordonnées en **référé** doit être regardée comme remplie ;*

*23. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la Ligue nationale de rugby est fondée à demander la **suspension** de l'**exécution** de la **décision** du 22 mars 2017 du bureau fédéral de la Fédération française de rugby ;*

En ce qui concerne les conclusions à fin d'injonction :

*24. Considérant que la **suspension**, décidée par la **présente décision** rendue en **référé**, de l'**exécution** de la **décision** de la Fédération française de rugby du 22 mars 2017 a pour **effet** de **redonner force exécutoire** à la **décision** de **report** des matches prise par la Ligue nationale de rugby le 17 mars 2017 et d**e permettre l'organisation** de **nouvelles rencontres** dans les conditions que définira la **Ligue nationale de rugby** ; que la présente décision **implique nécessairement** que la **Fédération** prenne **toutes les mesures** relevant de sa compétence permettant la tenue des rencontres dans les conditions qui seront déterminées par la Ligue ; qu'il y a lieu, en conséquence, de prononcer l'injonction sollicitée par la Ligue nationale de rugby ;*

(…) »

(**CE, 12 Avril 2017**, n°409537).

*

L'**extension** de la **sanction** de l'**interdiction** aux activités relevant d'autres **fédérations** doit être prévue par la **loi** et non pas par le **règlement** :

« (…)
12. Considérant qu'eu égard à la gravité des faits reprochés, même si l'infraction constatée constitue une première violation des dispositions législatives et réglementaires relatives à la lutte contre le dopage, le conseil fédéral d'appel, qui n'a pas méconnu le principe de la personnalité des peines, n'a pas pris une sanction disciplinaire disproportionnée en lui infligeant la sanction de l'interdiction de participer pendant quatre ans aux compétitions et manifestations sportives organisées ou autorisées par la FFC ; que, compte tenu de la gravité des faits ayant justifié la sanction prononcée, le conseil fédéral d'appel pouvait, sans motivation particulière supplémentaire, saisir l'AFLD d'une ***demande d'extension de la sanction****, conformément aux dispositions du* ***4°*** *de l'article* ***L. 232-22*** *du code du sport qui permettent à l'AFLD de " décider l'extension d'une sanction disciplinaire prononcée par une fédération aux activités de l'intéressé relevant des autres fédérations, de sa propre initiative ou à la demande de la fédération ayant prononcé la sanction " ;*
(…) »
(**CE, 04 Décembre 2013**, n°359637).

*

On en déduit que le **pouvoir disciplinaire** des **barreaux** et du **Conseil régional de discipline** (**CRD**) ne s'exerce pas dans le cadre de **prérogatives** de **puissance publique** et demeure, partant, circonscrit aux **limites** du **barreau** dont est membre l'**Avocat** qui en est **volontairement tributaire**.

*

On se rappelle, également, que le **Conseil constitutionnel** avait censuré la **loi** qui lui était déférée dite ***Loi sécurité et liberté*** qui permettait au président d'une juridiction judiciaire **d'exclure discrétionnairement un Avocat du prétoire** au nom de la **sérénité des débats** :

« (…)

En ce qui concerne l'article 66 de la loi relatif à la discipline des avocats et à la police de l'audience :

48. *Considérant que, selon les auteurs de l'une des saisines, l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel serait contraire aux droits de la défense ; qu'en effet, il permettrait au* ***président*** *de* ***toute juridiction de l'ordre judiciaire*** *d'écarter* ***discrétionnairement*** *de la barre, pendant* ***deux jours****, au nom de la* ***sérénité des débats*** *, un avocat ; que, s'il est permis au bâtonnier de désigner d'office un avocat pour remplacer l'avocat écarté de l'audience, cette garantie ne saurait être regardée comme suffisante, un tel système pouvant avoir pour effet de confier la défense à un avocat ignorant tout du procès ; qu'en outre et surtout, en ne précisant pas si les débats sont suspendus, en n'indiquant pas les conditions de leur poursuite, le premier alinéa de l'article 25-1 nouveau de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques tel qu'il résulte de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel permettrait que le procès se déroule au moins pendant deux jours sans que le prévenu soit assisté de son conseil, la désignation d'un remplaçant commis d'office par le bâtonnier n'intervenant qu'en cas de prorogation.*

49. *Considérant que l'article* ***66*** *de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a pour premier objet d'abroger les anciennes dispositions de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que celles de la loi du 15 janvier 1963 relative à la Cour de sûreté de l'État et celles du code de justice militaire qui confiaient à la juridiction devant laquelle un avocat manquait à ses obligations la répression de ces manquements par des peines disciplinaires pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer sa profession et de les remplacer par un nouvel article* ***25*** *de la loi du 31 décembre 1971 prévoyant, à l'initiative de la juridiction, une poursuite disciplinaire devant le conseil de l'Ordre ; que ces dispositions nouvelles ne sont pas,* ***en elles-mêmes****, contraires à la Constitution.*

50. *Considérant que l'article* ***66, paragraphe II****, compte tenu de la suppression du pouvoir disciplinaire de la juridiction sur l'avocat, insère, d'autre part, dans la loi du 31 décembre 1971 sus-mentionnée un article* ***25-1*** *ainsi conçu : Lorsque l'****attitude*** *d'un avocat* ***compromet la sérénité des débats****, le président peut, en vertu de ses* ***pouvoirs de police de l'audience****, le bâtonnier du conseil de l'Ordre du barreau du tribunal ou son représentant entendu, décider d'****écarter cet avocat de la salle d'audience*** *pour une durée qui ne peut excéder* ***deux jours****. Il appartient au bâtonnier du conseil de l'Ordre du barreau du tribunal ou à son représentant de décider, s'il y a lieu, de la prorogation de cette mesure jusqu'à ce que le conseil de l'Ordre compétent ait statué sur l'instance disciplinaire et de* ***désigner d'office*** *un* ***autre avocat*** *pour l'audience pendant la durée qu'il détermine ;*

51. *Considérant qu'il résulte tant des* ***termes*** *que des* ***travaux préparatoires*** *de cette disposition qu'elle permet au président d'une juridiction d'****écarter un avocat*** *de la salle d'audience en vertu de ses* ***pouvoirs de police de l'audience*** *et pour* ***préserver la sérénité des débats*** *sans même que, pour autant, l'avocat ait nécessairement manqué aux* ***obligations*** *que lui impose son* ***serment*** *et tombe sous le coup des* ***poursuites disciplinaires*** *visées par l'article* ***25*** *de la loi du 31 décembre 1971 tel qu'il résulte du paragraphe 1 de l'article 66 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel.*

52. *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*** *;*

53. *Considérant que les autres dispositions de l'article* ***6 6*** *de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont* ***inséparables*** *des dispositions du paragraphe* ***I I*** *contraires à la Constitution ; que, dans ces conditions, l'article* ***6 6*** *de la loi ne peut qu'être déclaré, dans* ***sa totalité, contraire à la Constitution*** *;*

(…) »

(**CC, décision n°80-127 DC du 20 Janvier 1981 - Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes**, **§§ 48** à **53**).

Rapprochée de l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat, lequel incrimine notamment « (…) *tout manquement à la* ***probité****,* ***l'honneur*** *ou la* ***délicatesse*** (…) », on déduit nécessairement de cette **décision juridictionnelle** qui, en vertu de l'article **62, alinéa 3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, **s'impose** « *aux* ***pouvoirs publics*** *et à* ***toutes les autorités administratives et juridictionnelles****.* », qu'aucun grief ne pourra être **constitutionnellement** adressé à un **Avocat**, au titre du principe de **délicatesse**, au seul motif qu'il aurait **compromis la sérénité des débats**.

*

Il n'existe pas, dans la **France du XXIè siècle** (contrairement à d'autres Etats membres de l'**Union européenne**, comme les **Pays-Bas**) d'**Ordre national**, en ce qui concerne la **profession d'Avocat**, laquelle se présente comme une **mosaïque** composée de **cent soixante-quatre barreaux locaux**, auxquels on doit, désormais, ajouter le **BARREAU DE PROVENCE ET DE LA MEDITERRANEE – EUTOPIA** (**BPME**) dont la **déclaration de constitution** du 21 Janvier 2020 s'inspire des **Statuts** du **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF**.

Aucun d'entre eux, **sauf le dernier** faisant l'objet d'une **publication au Journal officiel** (05 Août 2017), n'est **immatriculé** sur un quelconque registre public, ce qui empêche de correctement les **identifier**.

La **Préfecture des Bouches-du-Rhône** a officiellement confirmé le 12 Juin 2017 qu' « ***Aucune association au nom de : ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE MARSEILLE n'est enregistrée dans le répertoire national des associations.*** ».

L'**immatriculation** est pourtant la règle qui préside à la reconnaissance de la **personnalité juridique** de toute personne morale.

La **Cour de cassation** juge, dans cet ordre d'idées, à propos des **associations syndicales** :

« (…)
Mais sur le premier moyen :

Vu les articles 3 et 7 de la loi du 21 juin 1865 et les articles 5 et 8 de l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004, ensemble l'article 32 du code de procédure civile ;

Attendu que pour déclarer recevable la demande reconventionnelle, l'arrêt retient que s'il est constant que ***les statuts de l'AFUL n'ont pas été publiés****, cette société doit être considérée comme une société de fait telle que prévue par l'article 1873 du code civil ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'****une association syndicale n'a pas la capacité d'ester en justice tant que ses statuts n'ont pas été publiés****, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a déclaré l'AFUL recevable en ses demandes reconventionnelles et condamné le syndicat des copropriétaires du Pavillon des Marquises à payer à cette association la somme de 4 487,53 euros au titre de l'arriéré des charges au deuxième trimestre 2005 inclus, l'arrêt rendu le 21 novembre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

Condamne L'AFUL Bel Air en Laye aux dépens ; Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

(**Cour de cassation, 3ème Chambre civile 13 Février 2008,** N° 07-11.007).

La **doctrine autorisée** confirme que la **profession d'Avocat** n'est pas organisée en ***ordres*** :

« (…) *Le juge administratif exerce les mêmes contrôles sur les* ***organisations*** *qui,* ***sans être érigées en ordre****, ont un* ***pouvoir professionnel*** *portant sur l'****accès*** *à la profession ou son* ***exercice*** *(****CE 17 nov. 2004, Société d'exercice libéral Landwell, Société d'avocats EY Law****, Rec. 427 ; JCP 2004.II.10137, note Bandrac, et 10188, concl. Aguila ; AJ 2005.319, note Pontier ; D. 2004.2740, note Blanchard) et permettent d'infliger des sanctions allant jusqu'à l'interdiction (CE Sect. 26 nov. 1976, Fédération française de cyclisme, Rec. 513 ; v. n°7.6 – Sect. 18 mars 1977, Dame Meaux, Rec. 158 ; AJ 1977, 546, concl. Massot).*

La Haute assemblée a été par là même amenée à défendre les droits et libertés des individus contre l'arbitraire des institutions professionnelles comme elle les défend depuis longtemps contre l'arbitraire de l'Etat.

Elle n'est en revanche pas compétente à propos d'organismes qui soit n'ont qu'un rôle de gestion d'une profession et n'exercent aucun pouvoir sur ses membres, tant en ce qui concerne leur inscription qu'en matière disciplinaire (TC 13 févr. 1984, Cordier, rec. 447 ; LPA 14 nov. 1984, concl. Labetoulle ; RD publ. 1994.1139, note R. Drago ; RA 1984.588, note Pacteau ; - 16 mai 1994, Guez c Chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes, Rec. 601), soit, même s'ils exercent un pouvoir disciplinaire sur leurs membres, ne le font pas dans le cadre d'une mission de service public (CE 19 mars 2010, Chotard, rec. 81 ; AJ 2010.1443, note Lapouble). »

(comm. sous **CE, Ass. 02 Avril 1943, Bouguen,** G.A.J.A. 20° édition 2015, n°50, p. 310, n°8, p. 314).

*

Il résulte de ce qui précède que ne pourront constituer **aucun obstacle de droit** à la satisfaction des **conclusions** du **GBF**, dans le cadre de l'**action en reconnaissance de droits** susmentionnée les dispositions de l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, excédant manifestement le cadre de l'**habilitation législative**, ci-après reproduites :

« *Ont seules droit au **titre d'avocat** les personnes **inscrites au tableau d'un barreau français**. Les avocats doivent faire suivre leur titre d'avocat de la mention de ce barreau ainsi que, le cas échéant, de celui du barreau étranger auquel ils appartiennent.* »

En effet, ainsi que le juge à bon droit le **Conseil d'Etat**, l'**interprète** de la **loi** doit savoir reconnaître dans le **renvoi** qu'elle fait au **règlement** pour définir ses **modalités** ou ses **conditions d'application**, une **invitation** adressée au **pouvoir exécutif** à exercer ses **propres compétences constitutionnelles** (articles **21** et **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) et non pas une **habilitation** à intervenir dans le **domaine de la loi** (notamment délimité par l'article **34** de la Constitution) :

« (…)
***Considérant** que lorsque la **définition** des **obligations** auxquelles est soumis l'**exercice d'une activité** relève du **législateur** en application de l'article **34** de la **Constitution**, il n'appartient **qu'à** la **loi** de **fixer**, **le cas échéant**, le **régime des sanctions administratives** dont la **méconnaissance** de ces **obligations** peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les **sanctions** encourues que les **éléments constitutifs des infractions** que ces sanctions ont pour objet de réprimer ; que la circonstance que la **loi** ait renvoyé au **décret** le soin de **définir** ses **modalités** ou ses **conditions d'application** n'a **ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi** pour **définir** ces éléments ;*
(…) »
(**CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304).

Le **Conseil d'Etat** confirme, plus récemment, les principes susvisés :

1°) « (…)
*Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article **34** de la **Constitution** : « La **loi** fixe les **règles** concernant : / (...) les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques** (...) » ; qu'au nombre des **libertés publiques** dont, en vertu de ces dispositions, les **garanties fondamentales** relèvent du **domaine de la loi**, figure le **libre accès** à **l'exercice** par les citoyens d'une **activité professionnelle** ; qu'**il ne revient dès lors qu'à la loi** ou, en cas d'application de l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement intervenant par voie d'ordonnance, de **fixer** les **règles essentielles** relatives aux **conditions d'accès** à l'activité professionnelle en cause et à ses **modalités d'exercice** ; que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, les **règles essentielles d'exercice** des fonctions de **biologiste médical** étant désormais fixées aux articles L. 6213-3, L. 6213-4 et L. 6213-5 du code de la santé publique issus de l'ordonnance attaquée, les dispositions du 1° de l'article L. 6213-6 du même code, en **renvoyant** à un **décret en Conseil d'Etat** la **détermination** des « **modalités d'exercice** et les **règles professionnelles** » des fonctions de **biologiste médical**, se sont **bornées** à **confier** au **pouvoir réglementaire** le **soin** de prendre par **décret en Conseil d'Etat** les **mesures d'application** qu'elles impliquent, et **n'ont pas pour effet** d'habiliter le pouvoir réglementaire à **fixer d'autres règles essentielles d'exercice** ;*

*qu'il en va de même des dispositions du 2° et du 3° du même article, relatives à l'exercice des fonctions de **biologiste médical** par les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, qui renvoient à un **décret en Conseil d'Etat** le soin de déterminer les **«conditions** dans lesquelles l'intéressé est soumis à une mesure de compensation » ainsi que les « **modalités** de vérification des qualifications professionnelles mentionnées à l'article L. 6213-4 » ; que le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée serait, sur ce point, entachée d'« **incompétence négative** », doit dès lors être **écarté** ;*

(…) »

(**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 Décembre 2010, Conseil national de l'Ordre des médecins et a**., n° 337396, n° 337625).

S'agissant, en l'occurrence, de la question de l'**accès** à la **profession d'avocat** et de ses **modalités d'exercice**, la **compétence** pour en fixer les **règles de fond** en revient au **seul législateur**, ce, en vertu de l'article **34** de la **Constitution**, aux termes duquel « *La **loi** fixe les **règles** concernant* (…) *les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour **l'exercice des libertés publiques** ;* (…) ».

Le **pouvoir réglementaire** ne tirait de la **loi** (notamment article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) **aucun principe d'obligation d'affiliation** à un **barreau français** pour pouvoir exercer en France la profession d'avocat.

Comme susdit, l'**énoncé normatif** « ***Les avocats font partie de barreaux*** (…) » signifie :

1°) Qu'**historiquement** les avocats ont fait le choix de se grouper pour exercer leur profession.

2°) Que, depuis 1971, s'il y a **groupement volontaire** pour exercer la profession d'avocat, ce sera nécessairement au sein d'un **barreau** à l'exclusion de toute autre entité.

L'obligation d'inscription au **tableau** d'un **barreau** qu'infère à tort de la **loi** susmentionnée l'article **154** du **décret** précité est **manifestement incompatible** avec l'**abrogation** par l'article **76** de la même **loi** de l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse an XII « *relative aux Ecoles de droit* » qui disposait qu' « *Il sera formé un **tableau** des **avocats exerçant** près les tribunaux.* », texte auquel l'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (« ***Les avocats font partie de barreaux*** (…) ») n'a pu logiquement se substituer.

La formule législative « ***Les avocats font partie de barreaux*** (…) » doit, dès lors, s'interpréter comme créant une **simple faculté** d'adhésion à un barreau pour exercer la profession d'avocat.

*

3/ LA LIBERTE D'ASSOCIATION DONNE LE DROIT A L'AVOCAT D'EXERCER SA PROFESSION SANS ETRE OBLIGE DE S'AFFILIER A UN BARREAU DES LORS QU'AUCUNE RAISON IMPERIEUSE D'INTERET GENERAL N'A JUSTIFIE QU'ELLE SOIT SUBSTANTIELLEMENT RESTREINTE

3-1/ L'ARTICLE 11 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME GARANTIT LE DROIT DE S'ASSOCIER ET/OU DE NE PAS S'ASSOCIER

Aux termes de l'article **11** de la **Convention européenne des droits de l'homme** :- **Liberté de réunion et d'association** :

« *1. Toute personne a droit à la **liberté de réunion pacifique** et à la **liberté d'association**, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.*

*2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres **restrictions** que celles qui, prévues par la **loi**, constituent des **mesures nécessaires**, dans une **société démocratique**, à la **sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale**, ou à la **protection des droits et libertés d'autrui**. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat.* »

L'article **22** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** conclu à **New-York** le 16 Décembre 1966 contient la même norme :

« *1. Toute personne a le **droit de s'associer librement** avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts.*

*2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont **nécessaires dans une société démocratique**, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les **droits et les libertés d'autrui**. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police.*

3. Aucune disposition du présent article ne permet aux Etats parties à la Convention de 1948 (RS 0.822.719.7) de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte – ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte – aux garanties prévues dans ladite convention. »

L a **Cour européenne des droits de l'homme** a eu l'occasion de préciser que le **droit d'association** comprend la **liberté de s'associer** et/ou **de ne pas s'associer** (**CEDH, Plénière, 13 Août 1981, YOUNG, JAMES et WEBSTER c. Royaume-Uni**, n° 7601/76 ; 7806/77 : l'adhésion forcée à un syndicat – ***closed shop*** – viole l'article **11** de la Convention européenne des droits de l'homme ; **CEDH, 30 Juin 1993, Sigurdur A. SIGURJONSSON c ISLANDE**, n°16130/90, **§ 35**, à propos de l'adhésion forcée à une association professionnelle de chauffeurs de taxis) d'où l'on tire le **droit de quitter le groupe** dont on ne partage pas les **convictions profondes** (**CEDH, Grande Chambre, 29 Avril 1999, CHASSAGNOU et a. c. FRANCE**, n°25088/94, 28331/95 et 28443/95, **§ 117**, à propos de l'adhésion forcée aux Associations Communales de Chasse Agréées - ACCA) :

« (…)

II. DROIT ET PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Introduction

18. À l'époque où le requérant en obtint une, les licences d'exploitation de taxi se trouvaient régies par la loi de 1970 et l'arrêté de 1983. Ce dernier fut modifié par l'arrêté no 293/1985 ("l'arrêté de 1985"): l'organisme dénommé à l'origine "service émetteur de licences" s'appela désormais ***comité de surveillance des taxis*** *(paragraphe 20 ci-dessous).*

En 1989, la loi de 1989 sur les véhicules de location à moteur à la disposition du public et l'arrêté no 308/1989 ("l'arrêté de 1989") vinrent remplacer la loi de 1970 et l'arrêté de 1985. La requête initiale de l'intéressé à la Commission ne concernait que la situation postérieure au 1er juillet 1989, date de l'entrée en vigueur de la législation de 1989 (annexe II au rapport de la Commission, sous la rubrique "griefs").

B. Organisation et administration des licences d'exploitation de taxi

19. L'article 4 de la loi de 1989 habilite le ministère à limiter, ***à la demande d'un syndicat*** *(stéttarfélag) de conducteurs et sur recommandation des conseils municipal et régional compétents, le nombre des véhicules de location à moteur à la disposition du public dans le périmètre considéré.*

L'article 8 de l'arrêté de 1989 prévoit un tel plafonnement. Il précise notamment que dans le secteur de la Frami, à savoir Reykjavik et six communes avoisinantes, il ne peut y avoir plus de ***570 taxis****. Cette restriction s'opère au moyen de la* ***délivrance de licences****;; chaque titulaire est tenu, entre autres conditions, de posséder un véhicule pour passagers et de l'exploiter en personne comme taxi à titre d'occupation professionnelle principale (articles 7 de la loi de 1989 et 8 de l'arrêté de 1989). Les services de taxi dans la zone en question devaient être assurés à partir d'une station agréée par le conseil municipal (article 2 de la loi de 1989).*

20. Dans tout secteur assujetti à une limitation du nombre de véhicules à la disposition du public, il est constitué un ***comité de surveillance des taxis****. Il comprend trois membres désignés par le ministre des Transports, dont l'un sur proposition du syndicat concerné et un autre sur celle du conseil municipal; le troisième a la qualité de président (article 10 de la loi de 1989). Le comité établit son règlement intérieur, sous réserve de l'homologation du ministre; il adopte ses décisions à la majorité et adresse un rapport annuel au ministre (articles 10 de la loi de 1989 et 9 de l'arrêté de 1989).*

*Sa tâche consiste à **contrôler,** dans le ressort du syndicat dont il s'agit, l'application des lois et règlements relatifs à l'exploitation des véhicules de location à moteur à la disposition du public, l'octroi et le retrait des licences ainsi que la manière dont les stations de taxis assurent leurs services (article 10 de la loi de 1989).*

*21. La **Frami**, dénommée Hreyfill jusqu'en 1959, fut fondée en 1936 par les **conducteurs automobiles professionnels** de Reykjavik. Ses **statuts,** qu'elle peut modifier elle-même d'après leur article 32, **ne sont pas soumis à l'approbation du Gouvernement**. Selon l'article 2, elle a pour objet 1) de protéger les intérêts professionnels de ses membres et promouvoir la solidarité parmi les chauffeurs de taxi professionnels; 2) de déterminer et négocier les horaires de travail, les salaires et les tarifs de ses adhérents, ainsi que de formuler des revendications en la matière; 3) de chercher à maintenir le nombre des taxis dans certaines limites; 4) de représenter ses affiliés devant les pouvoirs publics.*

Les statuts sont en cours de révision.

*22. L'arrêté de 1989 attribue aux syndicats tels que la Frami certaines **fonctions administratives**, à savoir:*

a) suggérer des limitations du genre de celles que mentionne le paragraphe 19 ci-dessus (article 4 de la loi de 1989);

*b) jouer le rôle de **dépositaires des licences** (article 13 de l'arrêté de 1989);*

*c) **agréer** les véhicules destinés à servir de taxis (article 14 de l'arrêté de 1989);*

*d) dans la mesure restreinte que précise l'arrêté de 1989, **réglementer les dérogations temporaires à l'obligation**, pour le titulaire d'une licence, d'exploiter en personne son propre véhicule, et statuer sur les demandes de pareille dispense (articles 9 de la loi de 1989 et 16 de l'arrêté de 1989).*

23. D'après les renseignements fournis par le Gouvernement, la Frami exerce en outre les activités suivantes:

*a) elle **supervise** l'exécution des services de taxi;;*

*b) elle **signale au comité les cas de manquement** d'un titulaire aux conditions de sa licence;*

*c) elle **organise le fonctionnement des taxis** de manière à garantir qu'ils puissent répondre aux besoins sensiblement plus élevés des fins de semaine;*

*d) elle **veille à ce que les titulaires de licence respectent leurs obligations** en matière d'enregistrement, d'assurance et de frais à payer;;*

*e) elle **fixe les tarifs** des services de taxi, sous réserve de l'accord des autorités chargées du contrôle des prix. La Frami ne participe pas à des négociations collectives pour le compte de ses membres et n'est donc pas affiliée à la Fédération islandaise du Travail.*

C. Affiliation obligatoire

24. Aux termes de l'article 5 de la loi de 1989, dans toute zone rattachée à un syndicat et soumise à une limitation du nombre des voitures de location à la disposition du public (paragraphe 19 ci-dessus), les exploitants de véhicules de même catégorie doivent être membres du même syndicat. Dans un secteur où il existe un syndicat de chauffeurs de taxi, on ne peut exploiter un taxi sans posséder une licence.

D'après l'article 8 de la loi de 1989, seules peuvent en obtenir une les personnes ayant adhéré au syndicat concerné ou demandé à s'y inscrire. De l'article 8 de l'arrêté de 1989 (paragraphe 19 ci-dessus), il ressort que la Frami est l'association compétente pour les chauffeurs de taxi de Reykjavik. L'affiliation reste exigée après octroi d'une licence.

25. Si le titulaire d'une licence enfreint les lois ou règlements relatifs aux véhicules de location à moteur à la disposition du public, le comité peut lui adresser un avertissement, suspendre sa licence ou, en cas de manquements graves ou répétés, la lui retirer et lui infliger une amende; dans l'hypothèse d'un retrait, l'intéressé peut solliciter une nouvelle licence, sous certaines conditions, au bout de cinq ans (articles 9 et 13 de la loi de 1989 et 18 de l'arrêté de 1989).

(…)

35

(…)

Il faut rappeler à cet égard que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui (voir, entre autres, l'arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, série A no 161, p. 40, par. 102). Il échet donc de considérer que ***l'article 11 (art. 11) consacre un droit d'association négatif.*** *La Cour ne croit pas devoir rechercher en l'occurrence si ce droit s'y trouve inclus à l'égal du droit positif.*

36. Au sujet des circonstances de la cause, ***le Gouvernement plaide qu'il était déjà obligatoire de rejoindre la Frami quand le requérant obtint sa licence, en 1984****, mais* ***l'argument ne convainc pas la Cour****. Elle ne peut accorder beaucoup de poids au fait qu'avant de se voir délivrer la licence, l'intéressé avait consenti à s'affilier;; ce serait* ***pure conjecture*** *que de se demander s'il eût agi de la sorte en l'absence de la condition d'adhésion fixée par le* ***règlement de 1983*** *(paragraphe 8 ci-dessus) - dépourvu de base légale d'après un arrêt ultérieur de la Cour suprême (paragraphe 15 ci- dessus) - encore que sa conduite depuis août 1985 suggère une réponse négative (paragraphes 9-17 ci-dessus). Rien n'établit non plus qu'une telle obligation existât pour une autre raison. D'ailleurs, la nécessité de s'affilier n'apparut nettement qu'à l'entrée en vigueur, le 1er juillet 1989, de la loi de 1989. Depuis lors,* ***le requérant se trouve forcé de demeurer membre de la Frami, sans quoi il risquerait de perdre sa licence comme le montre de manière éclatante la révocation de celle-ci en 1986*** *(paragraphe 10 ci- dessus). En l'occurrence,* ***pareil type de coercition atteint la substance même du droit*** *que protège l'article* ***11*** *(art. 11) et constitue en soi* ***une ingérence dans cette liberté*** *(arrêts Young, James et Webster précité, pp. 22-23, paras. 55 et 57, et Sibson c. Royaume-Uni du 20 avril 1993, série A no 258-A, p. 14, par. 29).*

37. Qui plus est, les objections de M. Sigurdur A. Sigurjónsson se fondent en partie sur son ***désaccord avec la politique de ladite association,*** *favorable à la* ***limitation du nombre des taxis*** *et, partant, de* ***l'accès à la profession****; selon lui, des* ***libertés personnelles étendues****, y compris la* ***liberté professionnelle****, servent mieux les intérêts de son pays qu'une* ***réglementation*** *par l'État. La Cour estime donc pouvoir ici examiner l'article 11 (art. 11) à la lumière des articles 9 et 10 (art. 9, art. 10): la* ***protection*** *des* ***opinions personnelles*** *compte parmi les* ***objectifs*** *de la* ***liberté d'association*** *qu'il garantit (arrêt Young, James et Webster précité, pp. 23- 24, par. 57). Les pressions exercées sur le requérant pour le contraindre à rester à la Frami représentent un élément supplémentaire touchant à l'essence même d'un droit énoncé à l'article 11 (art. 11);; partant, il y a eu* ***ingérence*** *là aussi. L'argument tiré par le Gouvernement du caractère apolitique de la Frami manque de pertinence à cet égard.*

3. Récapitulation

38. La Cour estime ainsi, avec le requérant et la Commission, que les mesures dénoncées s'analysent en une ***ingérence dans le droit à la liberté d'association*** *telle que la consacre le paragraphe* ***1*** *de l'article* ***11*** *(art. 11-1). Semblable ingérence enfreint l'article 11 (art. 11) si elle ne répond pas aux impératifs du paragraphe 2 (art. 11-2).*

(…)

41. La Cour rappelle d'abord que l'obligation querellée découlait de la loi et que sa violation risquait d'entraîner le retrait de la licence du requérant. Celui-ci a donc subi un ***type de contrainte qui, encore une fois, se rencontre rarement dans la communauté des États contractants*** *et* ***que l'on doit à première vue considérer comme incompatible avec l'article 11*** *(art. 11) (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique du 23 juin 1981, série A no 43, p. 27, par. 65).*

A n'en pas douter, la Frami jouait un rôle au service non seulement des intérêts professionnels de ses membres, mais aussi de l'intérêt général, et que tout titulaire de licence de son ressort fût tenu d'y adhérer a dû l'aider à remplir sa mission de surveillance. ***La Cour n'a pourtant pas la conviction que l'obligation en cause fût nécessaire à l'exécution de ces tâches.*** *En effet, le contrôle du respect des dispositions applicables relevait au premier chef du comité (paragraphe 20 ci-dessus). Ensuite,* ***l'affiliation ne représentait nullement l'unique moyen concevable de forcer les titulaires de licence à s'acquitter des devoirs et responsabilités qui pouvaient aller de pair avec les fonctions correspondantes;*** *ainsi, l'exercice efficace de certaines de celles que prévoyait la législation en vigueur (paragraphe 22 ci-dessus) n'exigeait pas une affiliation obligatoire. Enfin, rien n'établit qu'une autre raison empêchât la Frami de protéger les intérêts professionnels de ses membres sans contraindre le requérant à une adhésion contraire à ses propres opinions (voir, entre autres, les arrêts Schmidt et Dahlström, p. 16, par. 36, et Young, James et Webster, pp. 25-26, par. 64, précités).*

Eu égard à ce qui précède, les motifs avancés par le Gouvernement, bien que pouvant passer pour ***pertinents****,* ***ne suffisent pas à montrer qu'il était "nécessaire" d'astreindre le requérant à rejoindre la Frami, sous peine de perdre sa licence et en dépit de ses convictions personnelles.*** *En particulier,* ***nonobstant la marge d'appréciation de l'Islande****, les mesures incriminées se révèlent* ***disproportionnées*** *à l'****objectif légitime*** *poursuivi. Partant, il y a eu* ***méconnaissance de l'article 11*** *(art. 11).*

(…) »

(**CEDH, 30 Juin 1993**, **AFFAIRE SIGURDUR A. SIGURJÓNSSON c. ISLANDE,** Requête no16130/90).

*

« (…)

B. Sur l'observation de l'article 11

1. Existence d'une ingérence

103. Il n'est pas contesté par les comparants que l'obligation d'adhésion aux ACCA imposée aux requérants par la loi Verdeille est une ingérence dans la ***liberté d'association « négative »****. La Cour partage cet avis et examinera donc le grief tiré de l'article 11 à la lumière de l'article 9 car la protection des opinions personnelles compte parmi les objectifs de la liberté d'association, qui sous-entend un* ***droit d'association négatif*** *(arrêt* ***Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande du 30 juin 1993****, série A no 264, p. 17, § 37).*

2. Justification de l'ingérence

104. Pareille ingérence enfreint l'article 11, sauf si elle était « prévue par la loi », dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et « nécessaire, dans une société démocratique», pour les atteindre.

a) « Prévue par la loi »

105. Les comparants s'accordent à considérer que l'ingérence était prévue par la loi, l'adhésion obligatoire des requérants aux ACCA de leur commune résultant de la loi Verdeille de 1964 et notamment des articles L. 222-9 et 222-19, alinéa 3, du code rural (paragraphes 45 et 51 ci-dessus).

b) But légitime

106. Pour le Gouvernement, l'ingérence litigieuse visait le but légitime de la ***protection des droits et libertés d'autrui****. Par le regroupement des parcelles de surface réduite et l'adhésion obligatoire des propriétaires concernés à une ACCA, la loi Verdeille vise en effet à assurer un* ***exercice démocratique de la chasse*** *pour offrir* ***au plus grand nombre l'accès à un loisir*** *qui ne pourrait autrement que demeurer réservé aux possesseurs d'un patrimoine foncier important.*

*107. Pour les requérants au contraire, la chasse n'est qu'un **loisir** pour ceux qui la pratiquent. Si les requérants ne contestent pas aux chasseurs le droit d'aimer et de pratiquer la chasse, ils estiment que le législateur n'a pas à imposer à ceux qui y sont opposés d'adhérer à des associations de chasseurs, alors qu'ils en **réprouvent viscéralement les objectifs** et la **politique**.*

*108. Pour la Commission, si la chasse est une activité ancienne pratiquée depuis des millénaires, il n'en demeure pas moins qu'avec le développement de l'agriculture, de l'urbanisation et l'évolution des modes de vie, elle ne vise aujourd'hui, pour l'essentiel, qu'à procurer **plaisir** e t **détente** à ceux qui la pratiquent dans le respect des traditions. Toutefois, l'organisation et la réglementation d'une **activité de loisir** peuvent aussi relever d'une responsabilité de l'Etat, notamment au titre de son obligation de veiller, au nom de la collectivité, à la **sécurité** des **biens** et des **personnes**. La Cour estime, en conséquence, avec la Commission, que la législation incriminée poursuivait un **but légitime**, au sens du paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention.*

c) « Nécessaire dans une société démocratique »

*109. Les requérants considèrent qu'il n'est pas **nécessaire**, dans une société démocratique, d'obliger des individus opposés par **choix de conscience** à la pratique de la chasse comme loisir de devenir membres d'associations de chasseurs. L'**affiliation obligatoire** à une ACCA leur interdirait en outre de donner un sens effectif à leur adhésion aux associations de protection de la nature et d'opposition éthique à la chasse dont ils sont membres, puisqu'ils ne peuvent apporter leur fonds à ces associations pour y créer des **réserves naturelles**.*

*110. Le Gouvernement estime que les ACCA étant des **associations** au sens de la loi de 1901, les principes du droit commun des associations leur sont applicables. Ainsi les associés peuvent librement décider de l'organisation et du fonctionnement de leur association et rien n'empêche les propriétaires non chasseurs, qui disposent comme tous les membres d'une voix lors des votes en assemblée générale, de participer concrètement à la vie de l'association. S'ils ne souhaitent pas le faire, l'obligation d'adhésion n'emporte pas de conséquences coercitives puisqu'aux termes de l'article L. 222-19 du code rural, les **non-chasseurs** sont certes membres de droit des ACCA mais ne sont tenus ni de verser une cotisation ni de participer le cas échéant au déficit de l'association.*

*A cet égard, la situation des **non-chasseurs** serait l'inverse de celle qui a donné lieu à la décision de la Cour dans l'affaire Sigurður A. Sigurjónsson précitée car l'**adhésion de droit** à l'ACCA n'est que la **conséquence** de l'apport du terrain et non son **préalable obligatoire**, alors que l'adhésion à l'association dans l'affaire islandaise était la **condition sine qua non** pour **pouvoir exercer une profession**.*

*111. Pour la Cour, la distinction que le Gouvernement voudrait introduire entre l'obligation d'apporter un terrain dont on est propriétaire et l'obligation d'adhérer contre son gré, en tant que personne physique, à une association, semble **artificielle**. Elle relève que le **législateur français** a choisi de prévoir **l'apport forcé** du **droit de chasse** sur des propriétés foncières par le biais d'une **adhésion obligatoire** à une association chargée de la gestion des propriétés ainsi mises en commun. C'est justement, au regard du **droit à la liberté d'association** reconnue à l'article **11** de la Convention, le recours à la **technique juridique** de l'**association** qui pose un problème en l'espèce, la question de l'**apport forcé des terrains** relevant du **droit au respect des biens** garanti à l'article **1** du **Protocole no 1**.*

*112. La Cour rappelle que, pour évaluer la **nécessité** d'une mesure donnée, plusieurs principes doivent être observés. Le vocable « nécessaire » n'a pas la souplesse de termes tels qu'« utile » ou « opportun ». En outre**, pluralisme**, **tolérance** et **esprit d'ouverture** caractérisent une «**société démocratique** » : bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'**individus** à ceux d'un **groupe**, l a **démocratie** ne se ramène pas à la **suprématie constante** de l'opinion d'une **majorité** mais commande un **équilibre** qui assure aux **minorités** un **juste traitement** et qui évite tout **abus d'une position dominante**. Enfin, une **restriction à un droit** que consacre la **Convention** doit être **proportionnée** au **but légitime poursuivi** (arrêt Young, James et Webster c. Royaume-Uni du 13 août 1981, série A no 44, p. 25, § 63).*

*113. En l'espèce, le seul but invoqué par le Gouvernement pour justifier l'ingérence incriminée est celui de la « **protection des droits et libertés d'autrui** ». Si ces « **droits et liberté**s » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la **nécessité** de les **protéger** puisse conduire les Etats **à restreindre d'autres droits ou libertés** également consacrés par la Convention : c'est précisément cette **constante recherche** d'un **équilibre** entre les **droits fondamentaux** de chacun qui constitue le fondement d'une « **société démocratique** ». La **mise en balance** des **intérêts éventuellement contradictoires** des uns et des autres est alors difficile à faire, et les Etats contractants doivent disposer à cet égard d'une **marge d'appréciation importante**, les **autorités nationales** étant en principe mieux placées que le **juge européen** pour évaluer l'existence ou non d'un « **besoin social impérieux** » susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention.*

*Il en va **différemment** lorsque des **restrictions** sont apportées à un **droit** ou une **liberté** garantie par la Convention dans le but de protéger des « droits et libertés » qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre : dans une telle hypothèse, seuls des **impératifs indiscutables** sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti.*

*En l'occurrence, le Gouvernement fait état de la nécessité de protéger ou de favoriser un **exercice démocratique de la chasse**. A supposer même que le droit français consacre un « droit » ou une « liberté » de chasse, la Cour relève, avec le tribunal administratif de Bordeaux (paragraphe 32 ci-dessus), qu'un tel droit ou liberté **ne fait pas partie de ceux reconnus par la Convention** qui, en revanche, garantit expressément la **liberté d'association**.*

*114. Pour l'examen de la question de savoir s'il peut se justifier d'obliger des propriétaires opposés à la chasse d'adhérer à une **association de chasseurs**, la Cour prend en compte les éléments suivants.*

*Les requérants sont des **opposants éthiques** à la pratique de la chasse et la Cour considère que leurs **convictions** à cet égard atteignent un certain degré de **force**, de **cohérence** et d'**importance** et méritent de ce fait **respect** dans une **société démocratique** (arrêt Campbell et Cosans c. Royaume-Uni du 25 février 1982, série A no 48, pp. 16-17, § 36). Partant, la Cour estime que l'obligation faite à des opposants à la chasse d'adhérer à une association de chasse peut à première vue sembler **incompatible** avec l'article **11**.*

*En outre, un individu ne jouit pas de la **liberté d'association** si les possibilités de **choix** ou d'**action** qui lui restent se révèlent **inexistantes** ou réduites au point de n'offrir **aucune utilité** (arrêt Young, James et Webster précité, p. 23, § 56).*

*115. Contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement, la Cour relève qu'en l'espèce les requérants **n'ont raisonnablement pas la possibilité de se soustraire à cette affiliation** : pourvu que leurs terrains soient situés sur le territoire d'une ACCA et qu'ils ne soient pas propriétaires de terrains d'une superficie leur permettant de faire opposition, **leur affiliation est obligatoire**.*

*Il a été soutenu, en outre, que les propriétaires opposés à la chasse ne sont pas obligés de participer activement à la vie associative des ACCA : ils en deviennent certes **membres de droit** mais ne sont pas tenus de verser une **cotisation** ni de participer à l'éventuelle couverture du déficit de l'association. Il manquerait donc le degré de **contrainte** nécessaire pour faire conclure à la violation de l'article 11.*

*La Cour estime que le fait que les requérants n'aient été admis dans les ACCA en quelque sorte que **pour la forme**, du seul fait de leur **qualité** de propriétaires, n'enlève rien au caractère **contraignant** de leur affiliation.*

*116. La Cour observe ensuite que la loi exclut expressément de son champ d'application, aux termes de l'article L. 222-10 du code rural, tous les terrains faisant partie du domaine public de l'Etat, des départements et des communes, des forêts domaniales ou des emprises des chemins de fer (paragraphe 46 ci-dessus). En d'autres termes, la nécessité de mettre en commun des terrains pour l'exercice de la chasse ne s'impose qu'à un **nombre restreint de propriétaires privés** et cela sans que leurs opinions ne soient prises en considération de quelque manière que ce soit. De plus, la création obligatoire d'ACCA n'est intervenue que dans 29 départements sur les 93 départements métropolitains où la loi s'applique, et, sur les 36 200 communes que compte la France, seules 851 d'entre elles ont choisi le régime des associations facultatives, comme en l'espèce les communes de Tourtoirac et de Chourgnac-d'Ans, en Dordogne, où des ACCA ont été créées en 1977. Enfin, la Cour relève que tout propriétaire possédant plus de **20 hectares** (**60** dans la Creuse) ou disposant d'une **propriété totalement close** peut s'opposer à l'adhésion à une ACCA.*

*117. Au vu de ce qui précède, les motifs avancés par le Gouvernement ne suffisent pas à montrer qu'il était **nécessaire** d'astreindre les requérants à devenir membres des ACCA de leurs communes, en dépit de leurs **convictions personnelles**. Au regard de la **nécessité** de **protéger** les **droits** et **libertés d'autrui** pour l'**exercice démocratique de la chasse**, une obligation d'adhésion aux ACCA qui pèse uniquement sur les propriétaires dans une commune sur quatre en France ne peut passer pour **proportionnée** au but légitime poursuivi. La Cour n'aperçoit pas davantage pourquoi il serait **nécessaire** de ne mettre en commun **que les petites propriétés** tandis que les grandes, tant publiques que privées, seraient mises à l'abri d'un exercice démocratique de la chasse.*

*Contraindre de par la loi un individu à une **adhésion profondément contraire à ses propres convictions** et l'obliger, du fait de cette adhésion, à apporter le terrain dont il est propriétaire pour que l'association en question réalise des **objectifs qu'il désapprouve** va au-delà de ce qui est **nécessaire** pour assurer un **juste équilibre** entre des intérêts contradictoires et ne saurait être considéré comme **proportionné** au but poursuivi.*

*Il y a donc **violation de l'article 11**.*

IV. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 11 DE LA CONVENTION COMBINE AVEC L'ARTICLE 14

118. Les requérants s'estiment victimes, pour les motifs déjà invoqués en relation avec la violation alléguée de l'article 1 du Protocole no 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, d'une discrimination fondée, d'une part, sur la fortune, puisque les grands propriétaires peuvent échapper à toute restriction de leur droit à la liberté d'association, et, d'autre part, sur leur qualité de non-chasseur, l'atteinte à leur liberté d'association opérée par la loi Verdeille profitant exclusivement aux chasseurs.

119. Le Gouvernement combat cette thèse tandis que la Commission y souscrit.

120. La Cour estime que l'examen du grief tiré de l'article 11, lu en combinaison avec l'article 14, est en substance analogue à celui qui a été mené ci-dessus au regard de l'article 1 du Protocole no 1 et elle ne voit aucune raison de s'écarter de sa conclusion précédente. Elle se bornera à rappeler que l'article L. 222-13 du code rural institue bien une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans une situation comparable, à savoir les propriétaires ou détenteurs de droits de chasse, puisque ceux qui possèdent 20 hectares ou plus d'un seul tenant peuvent faire opposition à l'inclusion de leur terrain dans le périmètre d'action de l'ACCA pour ainsi éviter leur affiliation obligatoire à celle-ci, tandis que ceux qui, comme les requérants, possèdent moins de 20 ou 60 hectares, n'ont pas cette possibilité.

121. La Cour estime que le Gouvernement n'a avancé aucune justification objective et raisonnable de cette différence de traitement, qui oblige les petits propriétaires à être membres des ACCA et permet aux grands propriétaires d'échapper à cette affiliation obligatoire, qu'ils exercent leur droit de chasse exclusif sur leur propriété ou qu'ils préfèrent, en raison de leurs convictions, affecter celle-ci à l'instauration d'un refuge ou d'une réserve naturelle. D'une part, la Cour note que dans la première de ces hypothèses, il ne s'explique pas que les propriétés de plus de 20 hectares échappent à l'emprise des ACCA, si celles-ci ont pour but, comme l'allègue le Gouvernement, d'assurer un exercice démocratique de la chasse.

D'autre part, la Cour estime que, dans la seconde hypothèse, la distinction opérée entre petits et grands propriétaires quant à la liberté d'affecter leur fonds à un autre usage que la chasse est dépourvue de toute justification pertinente.

En conclusion, il y a violation de l'article 11 de la Convention combiné avec l'article 14.

V. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 9 DE LA CONVENTION

122. Les requérants se plaignent de la violation de leur liberté de pensée et de conscience et invoquent l'article 9 de la Convention qui dispose :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

123. Les requérants estiment que le droit garanti par l'article 9 ne saurait se réduire au droit de se clore au fond de sa maison ou de sa propriété sans pouvoir exprimer et matérialiser extérieurement ses options morales. Aussi, le fait d'être obligés de supporter que l'on chasse sur leurs terrains, alors qu'eux-mêmes sont des opposants à la chasse, constitue-t-il, selon eux, une violation de leur liberté de pensée.

124. Le Gouvernement soutient, à titre principal, que le grief est incompatible ratione materiae avec les dispositions de la Convention parce que les convictions hostiles à la chasse et écologistes des requérants ne relèveraient pas du champ d'application de l'article 9. A titre subsidiaire, le Gouvernement plaide l'absence de violation.

125. Avec la Commission, la Cour estime qu'au vu des conclusions auxquelles elle est parvenue en ce qui concerne la violation de l'article 1 du Protocole no 1 et de l'article 11 de la Convention, tant pris isolément que combinés avec l'article 14 de la Convention, il ne s'impose pas de procéder à un examen séparé de l'affaire sous l'angle de l'article 9.

(…) »

(**CEDH, Grande Chambre, 29 Avril 1999, AFFAIRE CHASSAGNOU ET AUTRES c. FRANCE** - Requêtes nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95).

*

3-2/ LES RESTRICTIONS APPORTEES PAR LA LOI FRANCAISE A LA LIBERTE DE L'AVOCAT DE NE PAS S'ASSOCIER NE CONCERNENT JAMAIS LA PLAIDOIRIE ET PORTENT, SEULEMENT, EN PARTIE, SUR LA POSTULATION

La **profession d'Avocat** étant, aux termes de l'article **1er, I,** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, « *une profession **libérale** et **indépendante*** », les **restrictions** que le **législateur** décide, le cas échéant, d'apporter à son exercice doivent demeurer **limitées**.

C'est bien ce que confirme l'analyse du **droit positif**.

L'inscription à un **barreau**, celui-ci considéré comme une **association professionnelle**, ne peut se faire que par la **volonté expresse** de l'**Avocat**, qui doit demeurer **libre de son choix**.

Elle ne sera ni la **condition** ni la **conséquence** de l'**exercice professionnel**.

*

L'article **11 § 2 CEDH** énonce de façon **limitative** (v. commentaire de l'article **11 CEDH** par **Nicolas VALTICOS**, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'ouvrage collectif consacré à « ***LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME*** », sous la direction de **Louis-Edmond PETTITI**, Economica, 2ème édition 1999, § IV, D, p. 428 : « (…) *L'énumération est certes **limitative**, mais les termes en sont **larges** et peuvent donc faire l'objet de diverses **interprétations**. La **Cour**, comme la **Commission**, a veillé à les apprécier de manière **équilibrée** et dans l'ensemble **restrictive**.* (…) ») les **raisons impérieuses d'intérêt général** pouvant justifier une **restriction** à la **liberté d'association** :

« (…)
*2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'**autres restrictions** que celles qui, prévues par la **loi**, constituent des **mesures nécessaires**, dans une **société démocratique**, à la **sécurité nationale,** à la **sûreté publique**, à la **défense de l'ordre** et à la **prévention du crime**, à la **protection de la santé** ou de la **morale**, ou à la **protection des droits et libertés d'autrui**. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat.* »

Selon l'interprétation que la **Cour de Strasbourg** donne de l'article **11 CEDH**, des **restrictions** à la **liberté de ne pas s'associer** (l'hypothétique **obligation** de **s'affilier à un barreau**) ne pourront être jugées **nécessaires** que si :

1°) elles sont **prévues par la loi** ;

2°) elles visent un **but légitime** ;

3°) elles sont **proportionnées audit but** , c'est dire s'il existe un « ***rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*** » (**CEDH, 03 Avril 2012, Francesco SESSA c. Italie**, n°28790/08, § 38 – irrévocable le 24 Septembre 2012) ;

4°) les **motifs** qui les sous-tendent sont **pertinents** et **suffisants** :

« (…)
*104. Pareille ingérence enfreint l'article 11, sauf si elle était « **prévue par la loi** », dirigée vers un ou des **buts légitimes** au regard du paragraphe 2 et « **nécessaire**, dans une société démocratique », pour les atteindre.*
(…)
*112. La Cour rappelle que, pour évaluer la **nécessité** d'une mesure donnée, plusieurs principes doivent être observés. Le vocable « **nécessaire** » n'a pas la souplesse de termes tels qu'« **utile** » ou « **opportun** ». En outre, **pluralisme**, **tolérance** et **esprit d'ouverture** caractérisent une «**société démocratique** » : bien qu'il faille **parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe**, la **démocratie** ne se ramène pas à la **suprématie constante de l'opinion d'une majorité** mais commande un **équilibre** qui assure aux **minorités** un **juste traitement** et qui **évite tout abus d'une position dominante**. Enfin, une **restriction à un droit** que consacre la Convention doit être **proportionnée au but légitime poursuivi** (arrêt Young, James et Webster c. Royaume-Uni du 13 août 1981, série A no 44, p. 25, § 63).*
(…) »
(**CEDH, Grande Chambre, 29 Avril 1999, AFFAIRE CHASSAGNOU ET AUTRES c. FRANCE** - Requêtes nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95).

*

En l'espèce, ni « *la **sécurité nationale*** », ni « *la **sûreté publique*** », ni « *la **défense de l'ordre** et* (…) *la **prévention du crime*** », ni « *la **protection de la santé** ou* (…) ***la morale*** » n'apparaissent **pertinentes** pour justifier une **restriction** à la **liberté** de l'**avocat** de **ne pas s'associer**.

En effet, s'agissant d' « *une **profession libérale** et **indépendante*** » (article **1er, I**, de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) que **l'Etat républicain** a fait, en définitive, le **choix normatif** de ne pas organiser en **ordre** et dont l'exercice a été confié à des **personnes qualifiées** de la **Société civile**, les **raisons d'ordre public** susmentionnées ne peuvent être mises en balance avec la **mission constitutionnelle** de **représentation** et d'**assistance en justice**.

En effet, on ne voit pas en quoi **obliger** un **avocat** à **se grouper** avec ses **concurrents** au sein d'un **barreau** permettrait de façon optimale d'assurer « *l a **sécurité nationale*** », « *l a **sûreté publique*** », « *la **défense de l'ordre** et* (…) *la **prévention du crime*** », ou même « *la **protection de la santé** ou* (…) *de **la morale*** ».

En l'occurrence, le contrôle de la **nécessité de la restriction** à la **liberté de l'Avocat** de **ne pas s'associer** doit s'exercer au regard de la « ***protection des droits et libertés d'autrui*** » et plus précisément du « ***droit des justiciables à bénéficier d'un bon fonctionnement de l'administration de la justice*** » (**CEDH, 03 Avril 2012, Francesco SESSA c. Italie**, n°28790/08, § 38 – irrévocable le 24 Septembre 2012).

Il doit, dans cette perspective, être précisé que les **restrictions** aux **droits** et **libertés** garantis par la **Convention** doivent s'interpréter **strictement** (**CEDH, Plénière, 06 Septembre 1978**, **KLASS ET AUTRES c. ALLEMAGNE**, n°5029/71, **§ 42** ; **CEDH 25 Mars 1985, BARTHOLD c. ALLEMAGNE**, n°8734/79, **§ 43**).

En d'autres termes, la **question de fond** peut être posée dans les termes suivants :

« ***La défense des justiciables nécessite-t-elle que les Avocats, chargés de la mettre en œuvre, se groupent obligatoirement avec leurs concurrents au sein d'un Barreau ?*** »

Une **réponse négative** s'impose, en considération des développements qui suivent.

On constate, en effet, comme susdit, que la **France**, contrairement à d'autres pays, comme l'**Espagne** ou la **Grèce**, a fait le **choix normatif** de confier la **défense des justiciables** à des **personnes qualifiées** de la **Société civile**, qui ne sont ni membres d'un ***ordre*** (cas des **avocats espagnols - Commission européenne des droits de l'homme du 02 Juillet 1990, A. et autres c/ Espagne,** n°13750/88), ni « ***fonctionnaires publics non rémunérés*** », statut des **avocats grecs** (**CEDH, 21 Février 2008, ALEXANDRIDIS c. GRECE, n°19516/06**, irrévocable le 21 Mai 2008, **§ 17**).

La justification principale de l'intégration des **professionnels libéraux** dans un **ordre** est la **garantie** des **droits** de leurs clients et cocontractants. L'**Etat** pose comme **postulat** que seule une **surveillance étroite** des agissements des professionnels concernés lui permet d'assurer la **qualité** des **prestations** fournies aux bénéficiaires, réputée d'**ordre public** compte tenu de la **nature** de l'activité. La **mesure de police spéciale** est, ici, privilégiée à l'**action juridictionnelle**, comme moyen de **sauvegarder** des **intérêts jugés particulièrement dignes de protection**.

Ainsi, à titre d'exemple, aux termes de l'article **L. 4121-2** du Code de la santé publique (CSP), la **mission** de l'**ordre national des médecins** est de veiller « *au maintien des principes de **moralité**, de **probité**, de **compétence** et de **dévouement** indispensables à **l'exercice de la médecine*** (…) *et à l'observation, par tous leurs membres, des **devoirs professionnels**, ainsi que des **règles** édictées par le **code de déontologie** prévu à l'article L. 4127-1. Ils contribuent à promouvoir la **santé publique** et la **qualité des soins*** :

« *L'ordre des médecins, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes veillent au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, de l'art dentaire, ou de la profession de sage-femme et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 4127-1. Ils contribuent à promouvoir la santé publique et la qualité des soins.*

Ils assurent la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale, de la profession de chirurgien-dentiste ou de celle de sage-femme.

Ils peuvent organiser toutes oeuvres d'entraide et de retraite au bénéfice de leurs membres et de leurs ayants droit.

Ils accomplissent leur mission par l'intermédiaire des conseils et des chambres disciplinaires de l'ordre. »

C'est, précisément, la dimension de **service public** de **l'organisation** et du **contrôle** de l'**exercice** de la **profession** concernée qui va justifier le recours à des **mesures de police administrative spéciale**, sous la forme d'un **régime disciplinaire**, dont le contentieux relève du **Conseil d'Etat** :

« (…)
*le **législateur** a entendu faire de **l'organisation** et du **contrôle** de l'exercice de la profession médicale un **service public** ;*
(…) »
(**CE, 02 Avril 1943, Bouguen**, Sirey 1944, III° partie, page 6 et, dans le même sens, **CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 12 Octobre 2006**, n°278899).

Ainsi que le faisait judicieusement observer le **Commissaire du gouvernement LAGRANGE** :

« (…)
*Ainsi, l'**organisation professionnelle médicale** apparaît liée à des **intérêts vraiment généraux** de la nature de ceux dont **l'Etat** a la charge, et non pas seulement aux **intérêts collectifs** qui se rencontrent normalement dans l'organisation des professions. C'est pourquoi nous croyons suivre l'intention du **législateur** en affirmant qu'il a entendu faire de **l'organisation** et du **contrôle** de **l'exercice** de cette profession un **service public** qui confère aux décisions prises par les **organismes professionnels**, dans toute la mesure où ils participent à l'**exécution du service**, le caractère d'**actes administratifs**.*
(…) »
(**CE, 02 Avril 1943, Bouguen**, Dalloz 1944, page 53).

Dès lors, le caractère **libéral** de l'exercice de la médecine ne fait pas obstacle à son **contrôle** par des **organismes de droit privé** ayant le pouvoir d'édicter des **actes administratifs**, dont la compétence appartient, au plus haut niveau, au **Conseil d'Etat**.

La **reconnaissance** par le **législateur** et l'**organisation** de la **profession d'avocat**, confiée au **pouvoir réglementaire**, obéissent à une **logique**, **fondamentalement**, **très différente**.

*

En la matière, le **droit positif** offre **huit points d'ancrage principaux** au **barreau** :

1°) la commission d'office ;

2°) l'aide juridictionnelle ;

3°) la fixation et le recouvrement des honoraires ;

4°) le maniement de fonds sur compte CARPA ;

5°) la discipline et la **suspension provisoire** ;

6°) l'omission, la **suppléance** et l'**administration provisoire** ;

7°) l'honorariat ;

8°) l'**ouverture d'un bureau secondaire**.

Cependant, nul d'entre eux ne permet d'inférer une **obligation générale** d'**inscription** au **tableau** d'un **barreau**.

En effet, aucune de ces **institutions** ou **activités** n'entretient avec le **barreau** un **lien** tel que son absence ferait **obstacle** à l'**exercice professionnel**.

*

3-2-1/ LA COMMISSION D'OFFICE

Méditant l'aphorisme de **PORTALIS** selon lequel « ***La justice est la première dette de la souveraineté*** » (présentation du Code civil), l'**Etat** a très vite pris conscience de sa **responsabilité** dans l'**accès des justiciables au juge**.

Aujourd'hui, cette charge se définit par la **garantie des droits** que consacre l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 à **pleine valeur constitutionnelle** :

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

Or, l'**accès au juge** présuppose l'**accès à l'avocat**, spécialement lorsque son **ministère est obligatoire**, comme le prévoient certains textes réglementaires (article **760, alinéa 1er** CPC disposant que « ***Les parties*** *sont, sauf disposition contraire,* ***tenues de constituer avocat*** *devant le* ***tribunal judiciaire***. » ; article **899, alinéa 1er** CPC pour la **Cour d'appel** : « ***Les parties sont tenues****, sauf dispositions contraires, de* ***constituer avocat***. » ; article **R. 431-2, alinéa 1er** CJA pour les **juridictions administratives** : « *Les requêtes et les mémoires doivent,* ***à peine d'irrecevabilité,*** *être présentés soit par un* ***avocat****, soit par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, lorsque les conclusions de la demande tendent au* ***paiement d'une somme d'argent,*** *à la* ***décharge*** *ou à la* ***réduction de sommes*** *dont le paiement est réclamé au requérant ou à la solution d'un litige né de l'exécution d'un* ***contrat***. (…) »).

Il devient **nécessaire**, dès lors, que **tout justiciable** qui le **demande** ou dont l'**état de vulnérabilité** le justifie trouve un **défenseur** qu'il n'aurait pas pu lui-même **mandater**.

C'est, précisément, ce **besoin d'assistance juridictionnelle** que l'**institution** de la **commission d'office** tend à satisfaire.

Il s'agit d'un **mandat légal** dont l'**avocat** se trouve investi, sans que, pour sa formation ou son exécution, le **justiciable** qui demande à en bénéficier et en supporte les **frais**, « *sauf s'il remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle* », ait à exercer un **choix *intuitu personae*** (**en considération de la personne**).

La **loi** la consacre, en **matière pénale**, devant :

1°) la **cour d'assises** :

par l'article **274, alinéa 2** du Code de procédure pénale (CPP), aux termes duquel :

« (…) *Si l'accusé ne choisit pas son avocat, le président ou son délégué lui en désigne un* ***d'office*** (…) »

que vient renforcer l'article **9** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, déclaré **conforme à la Constitution** dans les mots « *ou par le président de la cour d'assises* » et les mots « *ou par le président* », par le **Conseil constitutionnel** dans sa **décision n°2018/704 QPC** du 04 Mai 2018, **M. Franck B. et autre** :

« *L'avocat régulièrement* ***commis d'office*** *par le* ***bâtonnier*** *ou par le* ***président de la cour d'assises*** *ne peut refuser son ministère sans faire* ***approuver*** *ses* ***motifs d'excuse*** *ou d'****empêchement*** *par le bâtonnier ou par le président.* » ;

2°) le **tribunal correctionnel** (articles **390**, **390-1**, **393** du Code de procédure pénale – CPP) ;

3°) le **tribunal de police** (article **533** CPP).

4°) la **juridiction d'instruction** (article **116, alinéa 5** CPP) ;

5°) les **services d'enquêtes**, lors :

5-a°) d'une **audition libre**, si l'infraction pour laquelle la personne est entendue « *est un* ***crime*** *ou un* ***délit*** *puni d'une* ***peine d'emprisonnement*** » (article **61-1, 5°** CPP pour l'**enquête de flagrance** et article **77** CPP pour l'**enquête préliminaire**) ;

5-b°) d'une **garde à vue** (articles **63-1, 3°** et **63-3-1, alinéas 1er et 2** CPP pour l'**enquête de flagrance** et article **77** CPP pour l'**enquête préliminaire**).

En **matière civile**, la **commission d'office** incombe au **bâtonnier**, en vertu de l'article **419, alinéa 2** du Code de procédure civile (CPC), « *Lorsque la* ***représentation*** *est* ***obligatoire*** (…) » :

« *Le représentant qui entend mettre fin à son mandat n'en est déchargé qu'après avoir informé de son intention son mandant, le juge et la partie adverse.*

Lorsque la représentation est obligatoire*,* ***l'avocat*** *ne peut* ***se décharger de son mandat de représentation*** *que du jour où il est* ***remplacé*** *par un* ***nouveau représentant*** *constitué par la partie ou, à défaut,* ***commis par le bâtonnier*** *ou par le président de la chambre de discipline.* »

*

Il se déduit directement des **dispositions législatives** et **réglementaires** susvisées que ne peut être **commis d'office** par le **bâtonnier** qu'un avocat membre du **barreau** qu'il représente, cette condition n'existant pas pour la **commission d'office** par le **président de la cour d'assises**, ce que confirme l'article **323** CPP selon lequel.

« *Lorsque l'****avocat*** *de l'accusé* ***n'est pas inscrit à un barreau****, le président l'informe qu'il ne peut rien dire contre sa conscience ou le respect dû aux lois et qu'il doit s'exprimer avec décence et modération.* »

La **capacité** de **représentation** et d'**assistance en justice** de **l'avocat choisi** par son **mandant** n'en demeure pas moins **intacte**.

L'Avocat qui ferait le libre choix d'**exercer hors barreau** conserverait la **quasi-totalité** et, en tous cas, l'**essentiel** des **prérogatives** dont jouissent ses confrères membres d'un **barreau**, à l'exception de la **commission d'office** et de l'**aide juridictionnelle**, que le **législateur** a voulues attachées à un **barreau**.

Pour la **commission d'office**, v. **Cass. 1° Civ., 27 Février 2013**, n°12-12.878 : « (…) *la désignation des* ***avocats commis d'office****, instituée* ***en faveur des justiciables****, relève des* ***prérogatives propres*** *du* ***bâtonnier*** *auquel revient la responsabilité du* ***choix*** *de l'avocat* (…) », mesure **insusceptible de recours**, puisque seules le sont « *les* ***décisions*** *et* ***délibérations*** *du* ***conseil de l'ordre*** *ou du* ***conseil de discipline*** *;* »).

*

3-2-2/ L'AIDE JURIDICTIONNELLE

Elle ne se confond pas avec la **commission d'office**, qu'elle peut, toutefois, **accompagner** ou **prolonger**.

L e **législateur** a entendu associer étroitement les **barreaux** à l'institution de **l'aide juridictionnelle**, au sein de l'ensemble plus vaste de l'**aide juridique** qui, aux termes de l'article **1er, alinéa 2** de la **loi** n°91-647 du 10 Juillet 1991 relative à l'aide juridique, « (…) *comprend l'**aide juridictionnelle**, l'**aide à l'accès au droit** et **l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles***. »

L'article **2, alinéa 1er** de ladite **loi** accorde le bénéfice de l'**aide juridictionnelle** aux **personnes physiques** « (…) *dont les **ressources** sont **insuffisantes** pour faire valoir leurs **droits en justice*** (…) ».

Dans le registre de l'**aide juridictionnelle**, si la **loi** institue le principe du **choix** de l'**Avocat** « *par le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle* » (article **25, alinéa 2** de la **loi** n°91-647 du 10 Juillet 1991 relative à l'aide juridique), sans condition d'appartenance à un **barreau**, l'**alinéa 3** du même article prévoit qu' « ***A défaut de choix** ou en cas de **refus** de l'auxiliaire de justice choisi* (…) », l'avocat est **désigné**, « *sans préjudice de l'application des règles relatives aux commissions ou désignations d'office, par le **bâtonnier*** (…) ***dont il dépend***. », ce qui implique nécessairement, tout au moins, à ce stade, que l'Avocat **désigné** soit **membre d'un barreau**.

L'article **25, alinéa 4** fait, à nouveau, intervenir le **bâtonnier** aux fins de **décharger** l'Avocat de sa mission.

De plus, l'article **27, alinéa 2** prévoit l'affectation annuelle « *à chaque **barreau*** (d') *une **dotation** représentant sa part contributive aux missions d'aide juridictionnelle accomplies par les avocats du barreau.* »

L'article **29** de la **loi** mentionne expressément, à cette fin, la **CARPA** :

« *La **dotation** est versée sur un **compte spécial** de la **caisse des règlements pécuniaires** prévue au **9°** de l'article **53** de la **loi** n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Elle est intégralement affectée au **paiement** des **avocats** effectuant des **missions d'aide juridictionnelle**.*

*Les **modalités** et le **montant** de ce paiement et, le cas échéant, le versement de **provisions** sont déterminés dans **chaque barreau** par le **règlement intérieur**.*

Toutefois, pour l'aide juridictionnelle partielle, la part contributive de l'Etat revenant à l'avocat est calculée selon les modalités qui servent à déterminer la dotation du barreau.

*Le **règlement intérieur** peut prévoir que les avocats prêtent, à temps partiel, leur concours à l'aide juridictionnelle selon des modalités fixées par convention avec l'ordre.*

*En ce qui concerne les **règles** de **gestion financière et comptable des fonds**, le **règlement intérieur** doit être **conforme** à un **règlement type** établi par **décret en Conseil d'Etat**.*

*Les dispositions du **règlement intérieur** relatives à l'**aide juridictionnelle** sont communiquées pour information au **conseil départemental de l'accès au droit** prévu à l'article **54**.* »

En outre, l'article **20** du **décret** n°91-1266 du 19 Décembre 1991 attribue le pouvoir de désignation des Avocats, membres de **BAJ**, au « ***conseil de l'ordre*** » ou, à défaut, à « ***l'assemblée générale de l'ordre*** », deux organes du **barreau**.

« *Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les **avocats** et les huissiers de justice, membres des **bureaux d'aide juridictionnelle**, sont **désignés**, selon le cas, par le **conseil de l'ordre** ou la chambre départementale dont ils relèvent.*

*Lorsque les **fonctions** du **conseil de l'ordre** sont remplies par le **tribunal judiciaire**, les avocats membres des **bureaux d'aide juridictionnelle** ou des sections de bureau sont désignés par **l'assemblée générale de l'ordre**.*

Les membres des bureaux qui doivent être choisis par la Cour de cassation ou par le Conseil d'Etat sont désignés respectivement par le premier président de la Cour de cassation, après consultation du bureau de cette cour, et par le vice- président du Conseil d'Etat, après consultation des présidents de section.

Les membres des bureaux ou des sections de bureau au titre des usagers sont choisis parmi les personnes portant un intérêt particulier aux problèmes relatifs à l'accès à la justice. Ils sont désignés par le conseil départemental de l'accès au droit dans le ressort duquel le bureau a son siège. »

*

Comme on le constate à leur lecture, aucune des dispositions législatives et réglementaires précitées n'oblige l'avocat à **accepter** une **mission d'aide juridictionnelle**, l'article **25, alinéa 3** de la **loi** n°91-647 du 10 Juillet 1991 relative à l'aide juridique prévoyant, à l'inverse, le cas du « ***refus** de l'auxiliaire de justice choisi.* », lequel **refus** n'est pas, pour autant, constitutif d'une **faute déontologique**.

L'article **9** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques **n'est pas, ici, applicable**.

*

3-2-3/ LA FIXATION ET LE RECOUVREMENT D'HONORAIRES SELON UNE PROCEDURE SPECIALE ET D'ORDRE PUBLIC, MAIS CANTONNEE AU BARREAU ET AUX OBLIGATIONS DONT LE DEBITEUR N'EST PAS SERIEUSEMENT CONTESTE DANS SA DESIGNATION

Aux termes des articles **174** à **179** du **décret** n°71-1130 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat :

Article **174** :

« *Les **contestations** concernant le **montant** et le **recouvrement** des **honoraires** des **avocats** ne peuvent être réglées qu'en recourant à la procédure prévue aux articles suivants.* »

Article **175** :

« *Les réclamations sont soumises au **bâtonnier** par toutes parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou remise contre récépissé. Le **bâtonnier** accuse réception de la réclamation et informe l'intéressé que, faute de décision dans le délai de quatre mois, il lui appartiendra de saisir le premier président de la cour d'appel dans le délai d'un mois.*

*L'avocat peut de même saisir le **bâtonnier** de toute difficulté.*

*Le **bâtonnier**, ou le rapporteur qu'il désigne, recueille préalablement les observations de l'avocat et de la partie. Il prend sa décision dans les quatre mois. Cette décision est notifiée, dans les quinze jours de sa date, à l'avocat et à la partie, par le secrétaire de l'ordre, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La lettre de notification mentionne, à peine de nullité, le délai et les modalités du recours.*

Le délai de quatre mois prévu au troisième alinéa peut être prorogé dans la limite de quatre mois par décision motivée du bâtonnier. Cette décision est notifiée aux parties, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dans les conditions prévues au premier alinéa. »

Article **176** :

« *La décision du **bâtonnier** est susceptible de recours devant le **premier président** de la cour d'appel, qui est saisi par l'avocat ou la partie, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le délai de recours est d'un mois.*

*Lorsque le **bâtonnier** n'a pas pris de décision dans les délais prévus à l'article 175, le premier président doit être saisi dans le mois qui suit.* »

Article **177** :

« *L'avocat et la partie sont convoqués, au moins huit jours à l'avance, par le greffier en chef, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.*

Le premier président les entend contradictoirement. Il peut, à tout moment, renvoyer l'affaire à la cour, qui procède dans les mêmes formes.

…/...

L'ordonnance ou l'arrêt est notifié par le greffier en chef par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. »

Article **178** (Modifié par Décret n°2019-966 du 18 septembre 2019 - art. 8) :

« *Lorsque la décision prise par le **bâtonnier** n'a pas été déférée au **premier président** de la cour d'appel, elle peut être rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal judiciaire à la requête, soit de l'avocat, soit de la partie.* »

Article **179** (Modifié par Décret n°2019-966 du 18 septembre 2019 - art. 8) :

« *Lorsque la contestation est relative aux honoraires du bâtonnier, celle-ci est portée devant le président du tribunal judiciaire. Le président est saisi et statue dans les conditions prévues aux articles 175 et 176.* »

*

Le **Conseil d'Etat** a eu l'occasion de se prononcer sur la **légalité** des articles **174** à **179** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, jugeant que la **procédure de règlement des contestations** en matière d'**honoraires** et de **débours** qu'ils fixent est « ***obligatoire*** », bien que n'impliquant pas, en première instance, l'intervention d'une **juridiction**, ce que n'est pas le **bâtonnier** :

« (…)
*Considérant que, lorsqu'il intervient dans le **règlement** des **contestations en matière d'honoraires et de débours**, le **bâtonnier**, dont la décision n'acquiert de **caractère exécutoire** que sur **décision du président du tribunal de grande instance,** n'est lui même **ni une autorité juridictionnelle ni un tribunal** au sens de l'article **6, paragraphe 1** de la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** ; qu'il en résulte, d'une part, que le moyen tiré de ce que les dispositions réglementaires relatives aux pouvoirs du bâtonnier en cette matière méconnaîtraient les dispositions constitutionnelles qui réservent à la **loi** les règles relatives à la **création de nouveaux ordres de juridiction** ne peut qu'être écarté, d'autre part, que le moyen tiré de l'incompatibilité de ces dispositions avec l'article **6** de la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** est inopérant ;*
(…) »
(**CE, 02 Octobre 2006, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre**, n°282028).

La **Cour de cassation** confirme qu'il s'agit d'une procédure d'**ordre public** :

« (…)
*Mais attendu que la cour d'appel n'a pas dit que la conclusion d'un accord d'honoraires avec la cliente, sous quelque forme que ce soit, était contraire à l'ordre public, mais a relevé qu'en organisant et obtenant la **signature** d'un **acte exécutoire de reconnaissance de dette**, sans avoir établi de **factures** détaillant ses prestations, puis en utilisant ce titre pour diligenter une **procédure d'exécution forcée**, M. X...s'était soustrait à **l'arbitrage du bâtonnier** en ne respectant pas la **procédure d'ordre public** de **contestation** et de **recouvrement des honoraires** imposée par l'article **174** du **décret** du 27 novembre 1991, et avait commis un **manquement grave** à la **délicatesse** envers une **cliente âgée**, en **difficultés financières** et **sans connaissances juridiques**, caractérisant ainsi des **fautes disciplinaires** ; que le moyen, qui **manque en fait**, ne peut être accueilli ;*
(…) »
(**Cass. 1° Civ., 30 Septembre 2015**, n°14-23.372).

Cependant, la **procédure spéciale** que réglementent les articles **174** à **179** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat s'efface devant le **droit commun** lorsque la **qualité** de **débiteur** des **honoraires de l'avocat** est **sérieusement contestée** :

« *Vu l'article **174** du **décret** n° 91-1197 du 27 novembre 1991 ;*

*Attendu qu'il résulte de ce texte que la procédure de contestation en matière d'honoraires et débours d'avocats concerne les seules contestations relatives au **montant** et au **recouvrement** de leurs **honoraires** (à l'exclusion de celles afférentes à la **désignation du débiteur**) ;*

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue par le premier président d'une cour d'appel, que les services de la société Ravasio-Vernhet, avocat au barreau de Montpellier, ont été sollicités par le président de la chambre de commerce et d'industrie de La Rochelle (la CCI), M. X..., en mai 2007, pour conseiller celle-ci notamment à l'occasion du litige né de l'opposition du préfet de la Charente- Maritime qui estimait que M. X... ne remplissait plus les conditions réglementaires pour en être membre ; qu'au titre de ses prestations servies de mai à septembre 2007, la société Ravasio-Vernhet, aux droits de laquelle vient la société François-Régis Vernhet, a demandé le paiement par la CCI, de trois factures d'un montant respectif de 15 339, 89 euros, 15 866, 13 euros et 12 314, 01 euros, dont seule la première a été réglée ; que saisi le 15 avril 2010 par la société Ravasio-Vernhet, le bâtonnier de l'ordre des avocats, par décision du 20 décembre 2010, a taxé à la somme de 28 180, 14 euros le montant des honoraires et frais dus à cette société ; que la CCI a formé un recours à l'encontre de cette décision, en demandant que la société Ravasio-Vernhet et la société François-Régis Vernhet soient condamnées solidairement à lui rembourser la somme de 15 339, 89 euros et que la demande de taxation formée à son encontre soit déclarée irrecevable ;

*Attendu que pour dire qu'il appartenait à la **CCI** d'assumer le paiement des factures du 5 juin 2007, du 14 août 2007 et du 30 septembre 2007 émises par la société Ravasio-Vernhet, à laquelle s'est substituée la société François-Régis Vernhet, l'ordonnance énonce que le litige existant entre celle-ci et la CCI porte sur **l'identité du débiteur** des prestations assurées par ces avocats dont le travail n'est contesté ni dans sa nature, ni dans son volume, ni dans sa qualité ; que la **CCI** estime ne pas avoir été la **cliente** de la société Ravasio-Vernhet, qui a travaillé pour **M. X...**, **à titre personnel** et **non en sa qualité de président de la CCI** ; qu'elle explique, sur ce point, qu'après avoir engagé devant le **tribunal administratif de Poitiers** une procédure tendant à voir **annuler l'élection** intervenue le 4 juin 2007 de M. X... en sa qualité de président de la CCI, le préfet a déclaré ce dernier **démissionnaire** de ses fonctions de président de la CCI au terme d'un **arrêté** en date du 20 juillet 2007 ; que la société François-Régis Vernhet soutient au contraire avoir été régulièrement missionnée par la CCI ; que l'intervention discutée de cette société d'avocats a porté sur la situation contestée du président de la CCI ; que, par **jugement** du 11 septembre 2007, le **tribunal administratif** a **annulé les opérations électorales** du 4 juin 2007 et dit qu'il n'y avait pas lieu, dans ces conditions, de statuer sur la régularité de la décision préfectorale du 20 juillet 2007 ; qu'il résulte de ces éléments que la CCI, dont la situation du **président** était **contestée par l'autorité préfectorale**, pouvait entreprendre toute démarche pour faire juger la légitimité de sa propre position ; que dans cette perspective elle était donc fondée à solliciter les services d'un avocat ; que la lecture des factures dont le paiement est sollicité, met en évidence que les prestations assurées par la société Ravasio-Vernhet ont pris fin le 11 septembre 2007, soit à la réception du jugement rendu par le **tribunal administratif de Poitiers** ; que jusqu'à cette date, M. X..., qui exerçait les fonctions de **président** de la **CCI**, était bien fondé juridiquement à solliciter au nom de cette CCI les services d'un avocat pour assurer la défense des intérêts de cette dernière ;*

*Qu'en **tranchant** de la sorte une **contestation** relative à la **détermination du débiteur** des **honoraires de l'avocat**, le premier président a **excédé ses pouvoirs** et ainsi violé les dispositions du texte susvisé ;*

(…) »

(**Cass. 2° Civ., 28 Mars 2013**, n°12-17.493 et, dans le même sens **Cass. 2° Civ., 30 Mai 2007**, n°05-12.171 ; **Cass. 1° Civ., 15 Décembre 1999**, n°97-22.424).

Dans ces **cas dérogatoires**, les parties sont renvoyées à mieux se pourvoir (v. en ce sens, **Cass. 1° Civ., 15 Décembre 1999**, n°97-22.424, qui, après avoir **cassé** et **annulé** l'**arrêt** rendu le 27 Octobre 1997, entre les parties, par la **Cour d'appel de Paris**, « (…) ***Déclare** le bâtonnier de l'Ordre des avocats au barreau de Paris **incompétent** pour connaître du litige opposant la SCP X. à l'Université de droit, d'économie et sciences politiques de R.* (…) », sauf si le **juge de l'honoraire** décide, en application de l'article **378** CPC, de **surseoir à statuer** « *dans l'attente de la décision définitive à intervenir concernant la **détermination** du **débiteur** des **honoraires** ;* (…) » (**CA Paris, ordonnance** du 28 Mai 2020, N° RG 16/00679).

En tout état de cause, les parties ne seraient pas dépourvues de ressources tirées du **droit commun** si elles devaient agir en dehors de la **procédure spéciale** précitée. Pourraient opportunément être invoqués :

1°) Par l'**avocat**, l'article **1999, alinéa 1er** du Code civil, aux termes duquel :

« *Le **mandant** doit **rembourser** au **mandataire** les **avances et frais** que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui **payer ses salaires** lorsqu'il en a été promis*.

*S'il n'y a **aucune faute imputable au mandataire**, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement, **lors même que l'affaire n'aurait pas réussi**, ni faire réduire le montant des **frais et avances** sous le prétexte qu'ils pouvaient être **moindres**.* ».

2°) Par le **client**, l'article **1302** du même Code, lequel ouvre à son profit une **action en restitution** des sommes qu'il aurait **indûment payées** à son **mandataire** :

« *Tout **paiement** suppose une **dette** ; ce qui a été reçu **sans être dû** est sujet à **restitution**.*

La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

Ce retour au **droit commun** des **obligations pécuniaires** – **nécessaire** quand **l'avocat exerce hors barreau** - n'aurait pas que des inconvénients.

Il permettrait :

1°) A l'**avocat** de demander en **référé**, sur le fondement de l'article **835, alinéa 2** CPC le paiement d'une **provision** à valoir sur ses **honoraires non sérieusement contestables**, comme ceux que pourrait faire apparaître une **facture acceptée après service rendu**, sachant qu'il n'appartient pas aux juges du fond de réduire le montant de l'honoraire dû à l'avocat « *dès lors que le **principe** et le **montant** de **l'honoraire** ont été **acceptés par le client après service rendu**, que celui-ci ait été ou non précédé d'une convention ;* » (**Cass. 2° Civ., 02 Juillet 2015**, n°14-22.177).

2°) Au **client** d'invoquer, au **fond**, si elle existe, une **faute** imputable à son **mandataire**, pour solliciter une réduction de ses honoraires, faculté que la **procédure spéciale exclut** :

« (…)
*Mais attendu que la **procédure spéciale** prévue par les articles **174 et suivants** du **décret** n° 91-1197 du 27 novembre 1991 ne s'applique qu'aux **contestations** relatives à la **fixation** et au **recouvrement** des **honoraires des avocats** ; qu'il en résulte que le **bâtonnier** et, en appel, le **premier président** n'ont pas le **pouvoir** de connaître, **même à titre incident**, de la **responsabilité** de l'avocat au titre d'un **éventuel manquement** à son **obligation d'information préalable** sur les **conditions de sa rémunération** ;*
(…) »
(**Cass. 2° Civ., 10 Mars 2004**, n°02-21.318 et 02-21.348).

On déduit des développements qui précèdent que la **procédure spéciale** régie par les articles **174** à **179** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat n'est, en aucune façon, indispensable « *à la **protection** des **droits** et **libertés d'autrui*** », au sens et pour l'application de l'article **11 § 2 CEDH**.

3-2-4/ L'ASSURANCE DE RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE ET LE MANIEMENT DES FONDS DES CLIENTS SUR COMPTE CARPA

Selon l'article **27** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Il doit être justifié, soit par le **barreau**, soit **collectivement** ou **personnellement** par les **avocats**, soit à la fois par le barreau et par les avocats, d'une **assurance** garantissant la **responsabilité civile professionnelle** de **chaque avocat membre du barreau**, en raison des **négligences** et **fautes** commises dans **l'exercice de leurs fonctions**.*

*Il doit également être justifié d'une **assurance au profit de qui il appartiendra**, contractée par le **barreau** ou d'une garantie affectée au **remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus**.*

Le bâtonnier informe le procureur général des garanties constituées.

Les responsabilités inhérentes à l'activité de fiduciaire et aux activités visées au deuxième alinéa de l'article 6 et à l'article 6 bis sont supportées exclusivement par les avocats qui les exercent ; elles doivent faire l'objet d'assurances spéciales qui sont contractées à titre individuel ou collectif, dans les conditions fixées par la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance ou, pour l'activité de fiduciaire, de garanties financières. »

De plus, aux termes de l'article **53, 9°** de la même **loi**:

« *Dans le respect de **l'indépendance de l'avocat**, de l'**autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral de la profession**, des **décrets en Conseil d'Etat** fixent les **conditions d'application** du présent titre. Ils présentent notamment :*

(…)

***9°** Les **conditions d'application** de l'article **27** et, notamment, les conditions des **garanties**, les modalités du **contrôle** et les conditions dans lesquelles **les avocats reçoivent des fonds**, **effets** ou **valeurs** pour le compte de leurs clients, les **déposent** , sauf lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaire, dans une **caisse créée obligatoirement à cette fin** par **chaque barreau** ou en commun par plusieurs barreaux et **en effectuent le règlement** ;*

(…) »

*

Il ressort de ces textes :

1°) Qu'il peut être justifié par **l'avocat lui-même** d'une **assurance** garantissant sa **responsabilité civile professionnelle**, sans qu'il soit, pour ce faire, obligé d'être inscrit au tableau d'un barreau.

2°) Que doit être souscrite par le **seul barreau concerné** l'« ***assurance au profit de qui il appartiendra*** » destinée à garantir le **remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus** par les avocats pour le compte de leurs clients et déposés dans la **caisse** créée obligatoirement par ledit barreau.

L'**exercice professionnel hors barreau** (l'**assistance** et la **représentation des parties en justice**, la **consultation juridique** et la **rédaction d'actes sous seing privé**) n'est donc pas empêché par les dispositions législatives précitées qui n'apportent pas de **restrictions substantielles** aux prérogatives de l'avocat.

La **loi**, d'**inspiration libérale** (article **1er, I**) ne s'oppose pas au **dépôt des fonds** reçus par l'avocat non inscrit au tableau d'un barreau, à la **Caisse des dépôts et consignations**, sous réserve de justifier d'une **assurance** garantissant leur représentation.

L'article **R. 518-35** du Code monétaire et financier dispose, à cet égard :

« *La **Caisse des dépôts et consignations** est **autorisée à recevoir** les **dépôts volontaires** des particuliers.* »

Il n'y a, en outre, **aucune obligation** faite à l'Avocat de **recevoir les fonds** pour le compte de ses clients. Les sommes à eux dues pourraient tout aussi légalement leur être **payées directement** par leurs **débiteurs**, sans transiter par un **compte de dépôt tiers**, dont les intérêts ne sont servis qu'à la **CARPA**, pour satisfaire certains besoins du **barreau** qui l'a créée, selon le vœu du **législateur** (article **53, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

*

Dans ces conditions, l'obligation faite au **barreau** – mais **non pas à l'avocat n'en étant pas membre** - de créer une **caisse de règlements pécuniaires des avocats** (**CARPA**), telle que prévue à l'article **53, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne saurait faire obstacle à l'**exercice professionnel hors barreau**.

*

3-2-5/ L'EXERCICE DU POUVOIR DISCIPLINAIRE AU SEIN DES BARREAUX EST INHERENT A L'ORGANISATION DE TOUTE ASSOCIATION ET NE TRADUIT PAS, PAR LUI-MEME, LA MISE EN OEUVRE DE PREROGATIVES DE PUISSANCE PUBLIQUE EN VUE DE L'ACCOMPLISSEMENT D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC

La **loi** a prévu que le **pouvoir disciplinaire** ne puisse s'exercer qu'à l'encontre d'un avocat **membre d'un barreau**.

L'article **22, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose, à cet égard :

« *Un **conseil de discipline** institué dans le **ressort** de **chaque cour d'appel** connaît des **infractions** et **fautes** commises par les avocats **relevant des barreaux** qui s'y trouvent établis.*
(…) »

L'article **17, 2°** de ladite **loi** confirme que le **conseil de l'ordre** a notamment pour tâches :

« (…)
***2 °** De concourir à la **discipline** dans les **conditions** prévues par les articles **2 2** à **25** de la présente loi et par les décrets visés à l'article 53 ;*
(…) »

Il résulte des dispositions législatives précitées que les **barreaux** obéissent à une **logique associative**, telle que la caractérise le **Conseil d'Etat**, laquelle ne permet pas d'y intégrer nécessairement l'exercice de **prérogatives de puissance publique** pour l'accomplissement d'une **mission de service public** :

« (…)
*Considérant que les **décisions** prises par une **personne privée** chargée de l'exécution d'une **mission de service public** à **caractère administratif** présentent le caractère d'**actes administratifs** si elles procèdent de la mise en oeuvre de **prérogatives de puissance publique** conférées à cette personne pour l'accomplissement de la **mission de service public** qui lui a été confiée ; que l'exercice du **pouvoir disciplinaire** par une **association** à l'égard de ses **membres** est **inhérent** à l'**organisation** de cette **association** et ne traduit pas, **par lui-même**, l'exercice de **prérogatives de puissance publique** qui **nécessairement** auraient été conférées à cette **association** pour l'accomplissement d'une **mission de service public** ;*

*Considérant qu'aux termes de l'article **17** de la **loi** du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, alors applicable : « I. Dans chaque discipline sportive et pour une durée déterminée, **une seule fédération agréée** reçoit **délégation** du **ministre chargé des sports** pour **organiser** les **compétitions sportives** à l'issue desquelles sont délivrés les **titres** internationaux, nationaux, régionaux ou départementaux (...) » ; qu'en confiant ainsi, **à titre exclusif**, aux **fédérations sportives** ayant reçu **délégation** la **mission** d'**organiser** des **compétitions** sur le **territoire national**, le **législateur** a chargé ces **fédérations** de l'exécution d'une **mission de service public** à **caractère administratif** ;*

*que si les **décisions** procédant de l'usage par ces fédérations des **prérogatives de puissance publique** qui leur ont été conférées pour l'accomplissement de cette **mission de service public** présentent le caractère d'**actes administratifs**, il en va autrement pour les **décisions** qui ne sont pas prises pour les **besoins** de ce **service public** à **caractère administratif** ; que la **décision** par laquelle le conseil fédéral d'appel de la Fédération française de cyclisme, **association de droit privé**, a infligé, en statuant sur la demande de l'Union cycliste internationale, association de droit suisse dont la Fédération française de cyclisme est membre et en faisant application des dispositions du règlement du contrôle antidopage de l'Union cycliste internationale, une **sanction disciplinaire à** M. A à raison de faits commis à l'occasion d'une compétition qui ne s'est pas déroulée sur le territoire national, **n'a pas été prise dans le cadre de la mission de service public** confiée à la Fédération française de cyclisme en vertu de l'article **17** de la **loi** du 16 juillet 1984 et ne présente, par suite, pas le caractère d'un **acte administratif** ;*

(…) »

(**CE, 19 Mars 2010**, **CHOTARD**, n°318549).

On tire aisément de cette **jurisprudence**, dont la solution semble **solidement acquise**, que ne présentent pas le caractère d'**actes administratifs** et sont étrangères à l'usage de **prérogatives de puissance publique** « (…) *les **décisions** qui ne sont pas prises pour les **besoins** de ce **service public** à **caractère administratif** ;* (…) ».

Il y a lieu, en outre, de considérer le niveau auquel, dans la **hiérarchie des normes**, se situe la **règle** applicable.

Il est constant, en l'espèce, que le **législateur** s'est totalement désintéressé du **régime disciplinaire** applicable aux **avocats** membres d'un **barreau** – dont il conçoit seulement que ceux-ci puissent être les auteurs d' « ***infractions** et **fautes*** », **sans les définir** -, pour laisser au **pouvoir réglementaire** le soin de le déterminer.

C'est l'objet même des articles **180** à **199** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

Il n'est pas moins établi, dans cet ordre d'idées, selon le **choix normatif** du **législateur**, que la **compétence réglementaire** pour établir un régime de sanctions administratives **limite la portée** desdites sanctions, qui ne peuvent, en aucune façon, avoir pour **objet** ou pour **effet** d'**empêcher l'exercice professionnel** :

« (…)

***Considérant** que lorsque la **définition** des **obligations** auxquelles est soumis l'**exercice d'une activité** relève du **législateur** en application de l'article **34** de la **Constitution**, il n'appartient **qu'à** la **loi** de **fixer**, **le cas échéant**, le **régime des sanctions administratives** dont la **méconnaissance** de ces **obligations** peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les **sanctions** encourues que les **éléments constitutifs des infractions** que ces sanctions ont pour objet de réprimer ; que la circonstance que la **loi** ait renvoyé au **décret** le soin de définir ses **modalités** ou ses **conditions d'application** n'a **ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi** pour définir ces éléments ;*

(…) »

(**CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304).

« (…)
*4. En premier lieu, lorsqu'il est **compétent** pour **fixer** **certaines règles d'exercice** d'une **activité**, le **pouvoir réglementaire** l'est **également** pour prévoir des **sanctions administratives** qui, par leur **objet** et leur **nature**, sont **en rapport avec cette réglementation**. Le **pouvoir réglementaire**, **compétent**, sur le fondement de l'article **L. 761-10** du code de commerce, pour **fixer l'organisation générale** des marchés d'intérêt national, l'est donc également pour **définir** le **régime des sanctions** applicables aux **usagers** de ces marchés en cas d'**infraction aux règles** qui régissent le marché.*
(…) »
(**CE, 09 Décembre 2016**, n°383421).

Comme les **commentateurs autorisés** de l'arrêt l'ont fait observer « (…) *le caractère **législatif** de la **définition** des **obligations** attrait dans le **champ législatif** l'ensemble du **régime de sanctions**.* (…) » (**Edouard GEFFRAY**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation et **Sophie-Justine LIEBER**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation, auteurs de l'article « Champs de compétence respectifs de la loi et du règlement en matière de sanctions administratives » - AJDA 2008, p. 1812, *in fine*).

Le **Conseil d'Etat** confirme, plus récemment, les principes susvisés :

1°) « (…)
*Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article **34** de la **Constitution** : « La **loi** fixe les **règles** concernant : / (...) les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques** (...) » ; qu'au nombre des **libertés publiques** dont, en vertu de ces dispositions, les **garanties fondamentales** relèvent du **domaine de la loi**, figure le **libre accès** à **l'exercice** par les citoyens d'une **activité professionnelle** ; qu'**il ne revient dès lors qu'à la loi** ou, en cas d'application de l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement intervenant par voie d'ordonnance, de **fixer** les **règles essentielles** relatives aux **conditions d'accès** à l'activité professionnelle en cause et à ses **modalités d'exercice** ; que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, les **règles essentielles d'exercice** des fonctions de **biologiste médical** étant désormais fixées aux articles L. 6213-3, L. 6213-4 et L. 6213-5 du code de la santé publique issus de l'ordonnance attaquée, les dispositions du 1° de l'article L. 6213-6 du même code, en **renvoyant** à un **décret en Conseil d'Etat** la **détermination** des « **modalités d'exercice** et les **règles professionnelles** » des fonctions de **biologiste médical**, se sont **bornées** à **confier** au **pouvoir réglementaire** le **soin** de prendre par **décret en Conseil d'Etat** les **mesures d'application** qu'elles impliquent, et **n'ont pas pour effet** d'habiliter le pouvoir réglementaire à **fixer d'autres règles essentielles d'exercice** ; qu'il en va de même des dispositions du 2° et du 3° du même article, relatives à l'exercice des fonctions de **biologiste médical** par les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, qui renvoient à un **décret en Conseil d'Etat** le soin de déterminer les **«conditions** dans lesquelles l'intéressé est soumis à une mesure de compensation » ainsi que les **« modalités** de vérification des qualifications professionnelles mentionnées à l'article L. 6213-4 » ; que le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée serait, sur ce point, entachée d'« **incompétence négative** », doit dès lors être **écarté** ;*
(…) »
(**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 Décembre 2010, Conseil national de l'Ordre des médecins et a**., n° 337396, n° 337625).

En renvoyant au **décret en Conseil d'Etat** le soin de présenter notamment « *Les **règles de déontologie** ainsi que la **procédure** et les **sanctions disciplinaires*** » (article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), sans fixer **aucune règle de fond**, le **législateur** a implicitement, mais nécessairement, entendu que les « ***infractions** et **fautes*** » commises par les **avocats membres de barreaux** ne puissent être sanctionnées d'un **empêchement d'exercice professionnel**, mais seulement, le cas échéant, dans les cas les plus graves, de l'**exclusion d'un barreau**.

Dès lors qu'**aux termes de la loi**, qui doivent, ici, être seuls pris en considération, la **radiation** du **tableau** d'un **barreau** ne peut pas **légalement** empêcher l'exercice professionnel, contrairement à ce qu'énonce, à tort, l'article **185** du **décret** précité (« ***L'avocat radié** ne peut être inscrit au **tableau** d'**aucun autre barreau***. »), en méconnaissance flagrante de « ***l'autonomie** des **conseils de l'ordre*** » garantie par l'article **53** de la loi susvisée, l'exercice du **pouvoir disciplinaire** ne peut être vu comme étant une **mesure nécessaire** « *à la **protection** des **droits** et **libertés d'autrui***. », au sens et pour l'application de l'article **11 § 2 CEDH**, dès lors qu'il n'apporte **aucune protection** à la personne se prétendant lésée par un **manquement déontologique**, laquelle, de surcroît, ne participe pas au **procès disciplinaire**.

Comme susmentionné, le **législateur** de 1971 s'est efforcé d'atteindre et de conserver **l'équilibre** entre :

- D'une part, le **caractère libéral** et **indépendant** de la profession d'avocat (article **1er, I**, de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), justifiant que l'avocat puisse faire le **libre choix d'exercer hors barreau** ou d'adhérer au barreau dont il partage les **orientations philosophiques** et/ou **politiques**.

- D'autre part, d'assurer aux **barreaux**, qui sont les seuls **groupements professionnels d'avocats** pouvant, aux termes de la **loi**, être « ***établis** auprès des **tribunaux judiciaires*** » (article **15, alinéa 1er** de la **loi** susvisée) et dont l'**autonomie** est reconnue par celle-ci (article **53, alinéa 1er** de ladite **loi** : « *Dans le respect* (…) *de **l'autonomie** des conseils de l'ordre* (…) »), une **protection** contre les éventuels **empiètements** du **pouvoir réglementaire** et les **usurpations** d'entités privées.

Ainsi, l'article **72** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, aux termes duquel :

« *Sera puni des peines prévues à l'article 433-17 du code pénal quiconque aura, n'étant pas régulièrement inscrit au barreau, exercé une ou plusieurs des **activités réservées au ministère des avocats** dans les conditions prévues à l'article 4, sous réserve des conventions internationales.* »

doit se lire, en substance, comme interdisant, dans le principe, la **représentation** et **l'assistance en justice** à des personnes qui ne sont pas **habilitées** à exercer la profession d'avocat.

La **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ne peut pas, partant, être **interprétée** comme subordonnant l'exercice de la profession d'avocat en France à l'inscription au **tableau** d'un **barreau**.

Le **régime disciplinaire** des **avocats habilités à exercer en France** est insusceptible, dans ces conditions, de justifier une **prétendue obligation** d'inscription au **tableau** d'un **barreau**.

*

Quant à la **suspension provisoire**, elle a été conçue, par l'article **24** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, comme une **mesure de sûreté** (**mesure de police**), destinée à accompagner des **poursuites pénales** et/ou **disciplinaires**, les premières exercées au nom de l'**intérêt général** qu'incarne la **Société** ; les secondes au seul profit d'une **collectivité restreinte** qu'est le **barreau** :

« *Lorsque l'**urgence** ou la **protection du public** l'exigent, le **conseil de l'ordre** peut, à la demande du **procureur général** ou du **bâtonnier**, **suspendre provisoirement** de ses **fonctions l'avocat qui en relève** lorsque ce dernier fait l'objet d'une **poursuite pénale** ou **disciplinaire**. Cette mesure ne peut excéder une durée de **quatre mois**, **renouvelable**.*

*Les **membres** du **conseil de l'ordre**, membres titulaires ou suppléants du **conseil de discipline** ou de la formation disciplinaire visée à l'article 22-2, ne peuvent siéger au sein du conseil de l'ordre ou de la formation disciplinaire susvisée lorsqu'ils se prononcent en application du présent article.*

Le conseil de l'ordre peut, dans les mêmes conditions, ou à la requête de l'intéressé, mettre fin à cette suspension, hors le cas où la mesure a été ordonnée par la cour d'appel qui demeure compétente.

La suspension provisoire cesse de plein droit dès que les actions pénale et disciplinaire sont éteintes.

Les décisions prises en application du présent article peuvent être déférées à la cour d'appel par l'avocat intéressé, le bâtonnier dont il relève ou le procureur général. »

Ce texte ne saurait, cependant, à lui seul, attacher **obligatoirement** un **avocat** à un **barreau**.

En effet, d'une part, la mesure de **suspension** ne peut être prononcée que par un **conseil de l'ordre**, à l'exclusion d'une **autorité judiciaire**, la **cour d'appel** n'étant compétente, pour ce faire, qu'au **second degré de juridiction**, savoir, après qu'un conseil de l'ordre aura, le cas échéant, statué.

D'autre part, la **suspension** ne peut atteindre l'avocat poursuivi qu'**en tant qu'il appartient à ce barreau** (« (…) ***l'avocat qui en relève*** (…) ». C'est le **lien** qui l'attache à tel **barreau** qui assujettit l'avocat à une **mesure de sûreté**. Sitôt que ce **lien** est rompu, notamment par la **démission** notifiée audit barreau, l'avocat est libéré de toute contrainte, à cet égard, sans être, pour autant, empêché d'exercer au sein d'un **autre barreau** ou, selon son choix, **hors barreau**.

L'article **138, alinéa 2, 12°** du Code de procédure pénale (CPP), applicable à **l'instruction préparatoire**, ne contredit pas cette conclusion :

« *Le **contrôle judiciaire** peut être ordonné par le **juge d'instruction** ou par le **juge des libertés et de la détention** si la **personne mise en examen** encourt une **peine d'emprisonnement correctionnel** ou une **peine plus grave**.*

*Ce **contrôle** astreint la personne concernée à se soumettre, selon la **décision** du **juge d'instruction** ou du **juge des libertés et de la détention**, à une ou plusieurs des **obligations** ci-après énumérées :*

(…)

***12°** Ne pas se livrer à **certaines activités de nature professionnelle** ou sociale, à l'exclusion de l'exercice des mandats électifs et des responsabilités syndicales, lorsque l'infraction a été commise **dans l'exercice** ou **à l'occasion de l'exercice** de ces activités **et** lorsqu'il est à redouter qu'une **nouvelle infraction** soit commise. Lorsque l'**activité concernée** est celle d'un **avocat**, le **conseil de l'ordre**, saisi par le **juge d'instruction** ou le **juge des libertés et de la détention**, a **seul** le **pouvoir** de prononcer cette **mesure** à charge d'appel, dans les **conditions** prévues à l'article **24** de la **loi** n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; le conseil de l'ordre statue dans les quinze jours ;*

(…) »

Par ce texte, le **législateur**, suivant une **présomption *quod plerumque fit*** selon laquelle les avocats, dans leur grande majorité, **font partie de barreaux**, a souhaité ménager les **prérogatives corporatives** du **barreau** auquel l'**avocat** concerné est censé appartenir.

La formule « (…) *Lorsque l'activité concernée est celle d'un **avocat***, (…) » doit se lire « (…) *Lorsque l'activité concernée est celle d'un **avocat inscrit** **au tableau d'un barreau français***, (…) ». Dans le cas d'un **avocat exerçant hors barreau**, le **droit commun** reprend son empire. Le **principe** d'**interprétation stricte** de la **loi pénale** (article **111-4** du Code pénal) interdit, toutefois, de soumettre celui-ci à une mesure de **suspension provisoire** prononcée par l'**autorité judiciaire**.

Il n'y a rien de surprenant, dès lors, à ce que le **conseil de l'ordre** (et non pas le **conseil régional de discipline**, qui n'est compétent que pour statuer sur le **bien-fondé** de **poursuites disciplinaires**) **arbitre** la question de savoir si les **poursuites pénales** et/ou **disciplinaires** engagées contre l'un des membres de son barreau entache ou non sa **réputation**.

Il est, en effet, jugé par la **Cour de cassation** que peut engager sa **responsabilité disciplinaire** l'**avocat** qui, par son comportement, aurait « (…) ***gravement exposé à la critique sa profession** et la **réputation** de **son barreau d'appartenance** ;* (…) » :

« (…)

*Mais attendu qu'appréciant **souverainement** les faits constitutifs d'un **manquement à l'honneur**, la cour d'appel a caractérisé la **faute disciplinaire** en retenant qu'il résultait d'un **faisceau de circonstances** que l'avocat avait **gravement exposé à la critique sa profession** et la **réputation** de **son barreau d'appartenance** ; que le moyen, inopérant en sa quatrième branche, dès lors que se trouve seule en débat la responsabilité disciplinaire de l'avocat, ne peut être accueilli ;*

(…) » (**Cass. 1° Civ., 10 Octobre 2019**, n°18-21.966).

L'appréciation du **barreau d'appartenance**, s'exprimant par son **conseil de l'ordre**, quant à **l'atteinte à sa réputation**, permet, selon le vœu du **législateur**, de **distendre les liens** avec ledit barreau, mais ne suffit pas à empêcher l'avocat tributaire de cette mesure d'exercer au sein d'un **autre barreau** ou **hors barreau**.

En effet, si le **législateur** avait voulu faire de la seule existence de **poursuites pénales** et/ou **disciplinaires**, au motif d' « ***urgence*** » ou de « ***protection du public*** », une cause d'**empêchement provisoire** d'exercice professionnel, au-delà même du barreau d'origine, il aurait investi de ce pouvoir non pas le **conseil de l'ordre**, mais une **autorité nationale**, telle que le **Conseil national des barreaux** ou l'**autorité judiciaire**, ce qu'il n'a pas fait.

De surcroît, un **comportement professionnel** pourra être jugé comme étant **gravement attentatoire** à la **déontologie des avocats**, justifiant la **mesure maximale d'éloignement du barreau**, savoir la **radiation du tableau**, sans pour autant constituer une **infraction pénale** (**Cass. 1° Civ., 06 Septembre 2017**, n°16-13.624).

Dans cette hypothèse, la **suspension provisoire** n'aura servi que les **intérêts catégoriels** du **barreau** auquel appartenait l'avocat sanctionné, mais non pas l'**intérêt général** dont le **droit pénal** est le seul **gardien**.

*

Dans ces circonstances, il convient derechef de constater que ni le **régime disciplinaire**, auquel le **législateur** n'a pas, concernant la **profession d'avocat**, donné **rang législatif**, ni la mesure de **suspension provisoire** dont il a cantonné la **portée** au seul **barreau d'appartenance**, ne suffisent à faire de l'adhésion à un barreau une **condition légale** de l'exercice de la profession d'avocat.

La **législation française** ne peut, dès lors, sous cet angle, être vue comme ayant prévu l'une quelconque des **restrictions** à la **liberté d'association** que vise l'article **11 § 2 CEDH**, qui serait une **mesure nécessaire** à la « ***protection des droits et libertés d'autrui*** » ou qui répondrait à l'un des autres **besoins impérieux d'intérêt général limitativement énumérés** par ce texte.

Les trois autres occurrences confirment ce constat.

*

3-2-6/ L'OMISSION, LA SUPPLEANCE ET L'ADMINISTRATION PROVISOIRE

S'agissant de l'**omission du tableau**, le **législateur** en a délégué la mise en œuvre au **pouvoir réglementaire** à l'article **53, 1°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Dans le respect de **l'indépendance de l'avocat**, de l'**autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral de la profession**, des **décrets en Conseil d'Etat** fixent les **conditions d'application** du présent titre. Ils présentent notamment :*

***1°** Les **conditions d'accès** à la **profession d'avocat** ainsi que les **incompatibilités**, les conditions **d'inscription au tableau** et d'**omission du tableau** et les conditions d'exercice de la profession dans les cas prévus aux articles **6** à **8-1** ;*
(…) »

Les articles **104** à **108** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat disposent, à cet égard :

Article **104** :

« ***Doit** être **omis** du **tableau** l'avocat qui se trouve dans un des cas **d'exclusion** ou d'**incompatibilité** prévus par la **loi** ou qui ne satisfait pas aux **obligations de garantie** et d'**assurance** prévues par l'article **27** de la **loi** du 31 décembre 1971 précitée.* »

Article **105** :

« ***Peut** être **omis** du **tableau** :*

***1°** L'avocat qui, soit par l'effet de **maladie** ou **infirmité graves** ou **permanentes**, soit par acceptation d'**activités étrangères au barreau**, est **empêché d'exercer réellement** sa profession ;*

***2°** L'avocat qui, **sans motifs valables**, n'acquitte pas dans les délais prescrits sa **contribution aux charges de l'ordre** ou sa **cotisation à la Caisse nationale des barreaux français** ou au **Conseil national des barreaux**, soit les sommes dues au titre des **droits de plaidoirie** ou appelées par la caisse au titre de la **contribution équivalente** ;*

***3°** L'avocat qui, **sans motifs légitimes**, **n'exerce pas effectivement** sa profession.* »

Article **106** :

« *L'**omission du tableau** est prononcée par le **conseil de l'ordre** soit d'office, soit à la demande du **procureur général** ou de l'**intéressé**. L'omission ne peut être prononcée sans que l'intéressé ait été entendu ou appelé selon les modalités prévues à l'article 103.* »

Article **107** :

« *L a **réinscription au tableau** est prononcée par le **conseil de l'ordre**. Avant d'accueillir la demande de réinscription, le conseil de l'ordre vérifie que l'intéressé remplit les **conditions requises** pour figurer au **tableau**.* »

Article **108** :

« *Les décisions en matière d'**omission** et de **réinscription** sont prises dans les mêmes formes et donnent lieu aux mêmes recours qu'en matière d'**inscription**.* »

*

Quant à la **suppléance** et à l'**administration provisoire**, que la **loi** ne mentionne pas, elles font l'objet des articles **170** à **173** dudit **décret** :

Article **170** :

« *Lorsqu'un avocat est **temporairement empêché**, par **cas de force majeure**, d'exercer ses fonctions, il est **provisoirement remplacé** par un ou plusieurs **suppléants** qu'il **choisit** parmi les avocats inscrits au même barreau. Il en avise aussitôt le **bâtonnier**.* »

Article **171** :

« *Lorsque l'avocat empêché se trouve dans l'impossibilité d'exercer son **choix** ou ne l'exerce pas, le ou les **suppléants** sont **désignés** par le **bâtonnier**.*

*L a **suppléance** ne peut excéder **un an** ; à l'issue de ce délai, elle peut être **renouvelée** par le bâtonnier pour une période ne pouvant excéder **un an**.*

*Le **suppléant** assure la **gestion du cabinet** ; il accomplit lui-même tous les **actes professionnels** dans les mêmes conditions qu'aurait pu le faire le suppléé.* »

Article **172** :

« *L e **bâtonnier** porte à la connaissance du **procureur général** le nom du ou des **suppléants** choisis ou désignés.*

*Il est **mis fin** à la suppléance par le **bâtonnier** soit d'office, soit à la requête du **suppléé**, du **suppléant** ou du **procureur général**.* »

Article **173** :

« *En cas de **décès** ou lorsqu'un avocat fait l'objet d'une **décision exécutoire de suspension provisoire**, d'**interdiction temporaire** ou de **radiation**, le **bâtonnier** désigne un ou plusieurs **administrateurs** qui le **remplacent** dans ses fonctions. Il en est de même à l'expiration des **délais** prévus au **deuxième alinéa** de l'article **171**.*

*L'administrateur **perçoit à son profit** les **rémunérations** relatives aux **actes** qu'il a accomplis. Il paie **à concurrence de ces rémunérations** les **charges** afférentes au fonctionnement du **cabinet**. Le bâtonnier informe le procureur général de la désignation du ou des administrateurs.*

*L**'administration provisoire** cesse **de plein droit** dès que l**a suspension provisoire** ou **l'interdiction temporaire** a pris fin. Dans les **autres cas**, il y est mis fin par décision du **bâtonnier**.* »

*

Outre l'**illégalité manifeste** dont il est entaché, en tant qu'il autorise l'**administrateur provisoire** – à la différence du **suppléant** – à percevoir « *à son profit les **rémunérations** relatives aux actes qu'il a accomplis* », au-delà de l'**habilitation législative** donnée au **pouvoir réglementaire** par l'article **53** dont le **1°** ne vise que « *les **conditions d'exercice** de la profession dans les cas prévus aux articles **6** à **8-1*** », dispositions qui ne traitent pas de l'**empêchement d'exercice**, l'article **173, alinéa 2** du **décret** précité n'est pas un obstacle au **succès** du présent moyen.

Les articles **170** à **173** susvisés organisent une **gestion d'affaires** selon le degré d'**empêchement professionnel** de l'avocat concerné.

On rappelle, pour mémoire, à cet égard, qu'aux termes de l'article **1301** du Code civil :

« *Celui qui, **sans y être tenu**, gère **sciemment** et **utilement** l'affaire d'autrui, **à l'insu** ou **sans opposition** du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des **actes juridiques** et **matériels** de sa **gestion**, à toutes les **obligations** d'un **mandataire**.* »

L'article **1301-2** du même Code ne prévoit pas de **rémunération** au profit du **gérant**, mais seulement le **remboursement** de ses **dépenses** et l'**indemnisation** des **dommages** qu'il aurait subis « *en raison de sa gestion* » :

« *Celui dont l'affaire a été **utilement gérée** doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant.*

*Il rembourse au gérant les **dépenses** faites dans son intérêt et l'indemnise des **dommages** qu'il a subis en raison de sa gestion.*

Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement. »

La **jurisprudence** confirme que la **gestion d'affaires** obéit à un **principe d'altruisme** et de **gratuité** privant le **gérant d'affaires** d'une **rémunération** :

« (…) *qu'en cas de **gestion d'affaires**, l'article 1375 du Code civil n'accorde au gérant que le **remboursement** de **toutes les dépenses utiles** ou **nécessaires** qu'il a faites ;*
(…) »
(**Cass. Com. 15 Décembre 1992**, n°90-19.608) ;

« (…)
*Mais attendu qu'en cas de **gestion d'affaires**, l'article 1375 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, n'accorde au **gérant** que le **remboursement** des **dépenses utiles** ou **nécessaires** qu'il a faites, mais **non le paiement d'une rémunération**, quand bien même il aurait agi à l'occasion de sa **profession** ; que le moyen n'est pas fondé ;*
(…) »
(**Cass. 1° Civ., 29 Mai 2009**, n°18-16.999).

L'**illégalité** de l'article **173** du **décret** n°91-1997 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat n'est, dès lors, pas sérieusement contestable, en tant :

1°) Qu'il **dessaisit**, au profit d'un **concurrent**, désigné par un **autre concurrent** qu'est le **bâtonnier**, l'**avocat** tributaire d'une **suspension provisoire**, d'une **interdiction temporaire** ou d'une **radiation** du **tableau**, de la **gestion de ses dossiers**, ainsi que de la **rémunération** qui leur est attachée, alors qu'**aucune de ces mesures** n'a pour **objet** ni pour **effet** d'**empêcher** l'intéressé d'exercer au sein d'un **autre barreau** ou **hors barreau**, dans l'hypothèse analogue à l'espèce précitée (**Cass. 1° Civ., 06 Septembre 2017**, n°16-13.624) où **nulle peine d'interdiction professionnelle** n'a été prononcée par une **juridiction correctionnelle** ou une **cour d'assises**, en application des articles **131-3**, **131-6**, **131-10** et **131-26, 3°** du Code pénal (« ***interdiction des droits civiques, civils et de famille*** » portant sur « *Le **droit*** (…) *de **représenter** ou d'**assister une partie devant la justice** ;* (…) ».

2°) Qu'il n'exclut pas des « ***rémunérations*** » perçues par l'**administrateur provisoire** « (…) *relatives aux **actes** qu'il a accomplis* (…) » les **gains** qui auraient été obtenus à l'issue d'une **opération bénéficiaire**, après paiement des « ***charges** afférentes au fonctionnement du cabinet.* », ces sommes devant revenir à l'**avocat mandaté** par le **client** ou à ses **ayants-droit** notamment en cas de **décès**.

Etant **exclusivement compétent**, aux termes de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, aux fins de déterminer « (…) *les **principes fondamentaux*** (…) *du **régime de la propriété**, des **droits réels** et des **obligations civiles** et commerciales* (…), seul le **législateur** – et non pas le **pouvoir réglementaire**, aurait été investi du **pouvoir** de prévoir un cas de **dessaisissement** de l'avocat **empêché d'exercer** au sein d'un **barreau déterminé**, comme il l'a fait en matière de **liquidation judiciaire** (article **L. 641-9, I** du Code de commerce).

*

En tout état de cause, l'impossibilité de mettre en place une **suppléance** ou une **administration provisoire**, faute d'adhésion de l'avocat concerné à un **barreau**, n'est pas de nature à compromettre « *la **protection** des **droits** et **libertés d'autrui*** », au sens et pour l'application de l'article **11 § 2 CEDH**. En effet, le **client** d'un **avocat empêché**, pour quelque cause que ce soit, qui exercerait **hors barreau**, aurait la possibilité de s'adresser à un **autre avocat**.

*

3-2-7/ L'HONORARIAT

Il est prévu par les articles **109** et **110** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, ci-après reproduits :

Article **109** :

« *Sous réserve des dispositions du cinquième alinéa de l'article **1er-I** de la **loi** du 31 décembre 1971 précitée, le **titre** d'**avocat honoraire** peut être conféré par le **conseil de l'ordre** aux avocats qui ont **exercé la profession** pendant **vingt ans** au moins et qui ont donné leur **démission**. Les **droits** et les **devoirs** des **avocats honoraires** sont déterminés par le **règlement intérieur**.* »

Article **110** :

« *Lorsque la participation d'un avocat à une commission administrative ou à un jury de concours ou d'examen est prévue par une disposition législative ou réglementaire, l'autorité chargée de la désignation peut porter son choix sur un avocat honoraire acceptant cette mission.* »

Le **règlement** a, ainsi, confié le pouvoir de décerner le **titre** d'**avocat honoraire** au **conseil de l'ordre**, ce qui implique que l'avocat qui le sollicite soit membre du dernier **barreau** qui va recevoir sa **démission**.

Aucune limite d'âge d'exercice professionnel des avocats n'a, au demeurant, été fixée par la **loi**, contrairement à ce qu'elle prévoit, notamment, pour :

1°) les **notaires** (article **2** de la **loi** du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat modifiée : **soixante-dix ans**) ;

2°) les **huissiers de justice** (article **4** de l'**ordonnance** n°45-2592 du 02 Novembre 1945 relative au statut des huissiers modifiée : **soixante-dix ans**) ;

3°) les **commissaires-priseurs judiciaires** (article **1er – 1-2** de l'**ordonnance** du 26 Juin 1816 modifiée, qui établit, en exécution de la loi du 28 avril 1816, des commissaires-priseurs judiciaires dans les villes chefs-lieux d'arrondissement, ou qui sont le siège d'un tribunal de grande instance, et dans celles qui, n'ayant ni sous-préfecture ni tribunal, renferment une population de cinq mille âmes et au-dessus : **soixante-dix ans**).

L'**honorariat**, qui couronne une **carrière**, n'est cependant pas une **condition d'exercice professionnel**.

Toutefois, à l'avocat qui justifiera d'un exercice professionnel pendant au moins **vingt ans**, le conseil de l'ordre du barreau auquel, en définitive, il aura choisi d'adhérer, ne pourra légalement refuser de conférer le titre d'**avocat honoraire** au seul motif de sa **non-inscription au tableau** d'un **barreau** pendant cette période.

*

3-2-8/ L'OUVERTURE D'UN BUREAU SECONDAIRE

Elle est expressément prévue par l'article **8-1** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, pour l'ensemble des barreaux établis près les tribunaux judiciaires autres que ceux de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** et **Nanterre** et exclue par l'article **8-2** de la même **loi** pour les barreaux établis près des quatre tribunaux judiciaires précités :

Article **8-1** :

« *Sans préjudice des dispositions de l'article **5**, l'avocat peut établir **un** ou **plusieurs bureaux secondaires**, après **déclaration** au conseil de l'ordre du barreau auquel il appartient.*

*Lorsque le **bureau secondaire** est situé dans le ressort d'un **barreau différent** de celui où est établie sa **résidence professionnelle**, l'avocat doit en outre demander **l'autorisation** du **conseil de l'ordre** du **barreau** dans le ressort duquel il envisage d'établir un **bureau secondaire**. Le conseil de l'ordre statue dans le délai d'**un mois** à compter de la réception de la demande. A défaut, l'autorisation est **réputée accordée**.*

L'autorisation ne peut être refusée que pour des motifs tirés des conditions d'exercice de la profession dans le bureau secondaire. Sans préjudice des sanctions disciplinaires pouvant être prononcées par le conseil de l'ordre du barreau auquel appartient l'avocat, elle ne peut être retirée que pour les mêmes motifs.

Dans tous les cas, l'avocat disposant d'un bureau secondaire doit y exercer une activité professionnelle effective sous peine de fermeture sur décision du conseil de l'ordre du barreau dans lequel il est situé.

*L'avocat satisfait à ses obligations en matière d'aide à l'accès au droit, d'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles et de commission d'office au sein du barreau dans le ressort duquel est établie sa **résidence professionnelle** et au sein du barreau dans le ressort duquel il dispose d'un **bureau secondaire**.* »

Article **8-2** :

« *Par dérogation aux dispositions de l'article **8-1**, les avocats inscrits au **barreau** de l'un des **tribunaux judiciaires** d e **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** et **Nanterre** ne peuvent ouvrir un **bureau secondaire** dans le ressort de l'un de ces **tribunaux judiciaires** autre que celui du **barreau auquel ils appartiennent**.* »

*

SYNTHESE I : LA LOI NE PREVOIT AUCUNE OBLIGATION GENERALE ET ABSOLUE D'AFFILIATION A UN BARREAU : LE CARACTÈRE FACULTATIF DU TABLEAU DES AVOCATS EXERCANT PRES LES JURIDICTIONS

Aux termes de l'article **15, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« ***Les avocats font partie de barreaux*** *qui sont établis auprès des* ***tribunaux judiciaires****, suivant les règles fixées par les décrets prévus à l'article 53. Ces décrets donnent aux barreaux la* ***faculté de se regrouper****.*
(…) »

L'article **16** de la même loi dispose :

« *Dans les* ***barreaux*** *où le nombre des avocats inscrits au tableau est* ***inférieur à huit*** *et qui n'auraient pas usé de la faculté de se regrouper prévue à l'article 15, les fonctions du* ***conseil de l'ordre*** *sont remplies par le* ***tribunal judiciaire****.* »

Il se déduit de ces deux textes les conséquences suivantes :

1°) Le **mode indicatif** employé par l'article **15** de la loi susvisée n'a pas, ici, valeur d'**impératif normatif**, mais de **constat sociologique**, une **présomption *quod plerumque fit***. L e **législateur** prend seulement acte que dans l'histoire des Avocats, ceux-ci se sont très généralement groupés pour exercer leur profession. La **parenthèse révolutionnaire** ouverte par la **loi** des 2-11 Septembre 1790 sur l'organisation judiciaire (article **10, paragraphe final** : « *Les* ***hommes de loi****, ci-devant appelés* ***avocats****, ne devant former* ***ni ordre ni corporation****, n'auront aucun costume particulier dans leurs fonctions.* » et fermée par la **loi** du 22 Ventôse An XII (13 Mars 1804) indique que la **corporation** n'est pas le **mode obligatoire** d'exercice de la profession d'Avocat. Elle ne l'est pas, en tout état de cause, en **2021**, puisque **l'obligation d'inscription** a u **tableau** d'un **barreau** a été **supprimée** par l'article **76** de de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et que l'***ordre*** n'est plus, depuis 1971, le **mode légal** d'organisation de la profession d'avocat. Il ne l'a, au demeurant, jamais été littéralement, puisque seuls des **règlements d'administration publique**, sur délégation expresse du législateur, en avaient, ainsi, décidé.

Comme susdit, il ne peut être tiré aucune conclusion déterminante quant à la reconnaissance des **droits individuels** de la rédaction du **décret d'application** (article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat) qui, **excédant les limites** de son intervention, a prétendu, à tort, que les Avocats **doivent** être **inscrits à un Barreau** pour pouvoir exercer leur profession :

« *Ont seules droit au* ***titre d'avocat*** *les personnes inscrites au* ***tableau d'un barreau français****. Les avocats doivent faire suivre leur titre d'avocat de la* ***mention de ce barreau*** *ainsi que, le cas échéant, de celui du* ***barreau étranger*** *auquel ils appartiennent.* ».

Le **décret** va, en outre, manifestement au-delà de l'**habilitation législative** en imposant à un Avocat d'être inscrit à **un seul Barreau français**, alors qu'il peut être membre de **plusieurs Barreaux étrangers**.

2°) L'article **16** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 prévoit expressément le cas de Barreaux de **moins de huit Avocats**. Ce texte ne règle que les attributions du **conseil de l'ordre** qui sont dévolues au **tribunal judiciaire** auprès duquel le barreau concerné a déclaré s'établir. Il n'a ni pour objet ni pour effet d'obliger les Avocats à adhérer à un barreau.

Or, il n'est nullement établi que l'affiliation à un barreau serait la seule manière d'obtenir des Avocats qu'ils satisfassent à l'ensemble de leurs **obligations déontologiques**.

Il est, à l'inverse, hautement probable que l'obligation d'**INDEPENDANCE ABSOLUE** qui pèse sur l'Avocat serait mieux remplie si celui-ci n'était pas lié à ses **concurrents** par l'appartenance à un même barreau local. Celle-ci peut, en effet, susciter, chez les justiciables, de **légitimes craintes** que leur **défense** soit sacrifiée sur l'autel de la **confraternité** et supplantée par des **intérêts corporatistes**.

Sous cet angle, l'affiliation à un barreau devient **suspecte**.

Elle n'est certainement pas nécessaire à une **bonne administration de la justice**.

*

Il ressort, en outre, de la jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne** (**CJUE**), sous l'angle du **droit d'établissement** que garantit 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, que l'**Etat membre d'accueil** ne saurait ajouter, au titre des **conditions d'exercice** de la profession d'Avocat, des **conditions d'accès** (**inscription auprès de l'autorité compétente**) non prévues par ladite directive :

« (…)
22 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 3, paragraphe 2, de la directive 98/5 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale interdisant à un avocat ayant la qualité de moine, inscrit en tant qu'avocat auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'origine, de s'inscrire auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil afin d'y exercer sa profession sous son titre professionnel d'origine, en raison de l'incompatibilité entre la qualité de moine et l'exercice de la profession d'avocat que cette législation prévoit.

23 Il convient de rappeler d'emblée que, en vertu de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 98/5, celle-ci vise à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui dans lequel a été acquise la qualification professionnelle.

24 À cet égard, la Cour a déjà eu l'occasion de constater que ladite directive institue un mécanisme de reconnaissance mutuelle des titres professionnels des avocats migrants souhaitant exercer sous le titre obtenu dans l'État membre d'origine (arrêt du 17 juillet 2014, Torresi, C-58/13 et C-59/13, EU:C:2014:2088, point 36 ainsi que jurisprudence citée).

25 En outre, ainsi qu'il ressort du considérant 6 de la directive 98/5, par cette dernière, le législateur de l'Union a entendu notamment mettre fin à la disparité des règles nationales concernant les conditions d'inscription auprès des autorités compétentes, qui étaient à l'origine d'inégalités et d'obstacles à la libre circulation (arrêt du 17 juillet 2014, Torresi, C-58/13 et C-59/13, EU:C:2014:2088, point 37 ainsi que jurisprudence citée).

*26 Dans ce contexte, l'article **3** de la **directive 98/5** procède à une **harmonisation complète** des **conditions préalables requises pour l'usage du droit d'établissement** conféré par cette directive, en prévoyant que l'avocat désireux d'exercer dans un État membre autre que celui où il a acquis sa qualification professionnelle est **tenu de s'inscrire auprès de l'autorité compétente** de cet État membre, laquelle **doit** procéder à cette inscription « au vu de **l'attestation** de son inscription auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'origine » (arrêt du 17 juillet 2014, Torresi, C-58/13 et C-59/13, EU:C:2014:2088, point 38 ainsi que jurisprudence citée).*

*27 À cet égard, la Cour a déjà jugé que la présentation à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil d'une **attestation d'inscription** auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'origine apparaît comme **l'unique condition** à laquelle doit être subordonnée l'inscription de l'intéressé dans l'État membre d'accueil lui permettant d'exercer dans ce dernier État membre sous son titre professionnel d'origine (arrêt du 17 juillet 2014, Torresi, C-58/13 et C-59/13, EU:C:2014:2088, point 39 ainsi que jurisprudence citée).*

28 Dès lors, il y a lieu de considérer que les avocats qui ont acquis le droit de porter ce titre professionnel dans un État membre, tels que le requérant au principal, et qui présentent à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil l'attestation de leur inscription auprès de l'autorité compétente de ce premier État membre, doivent être considérés comme remplissant toutes les conditions nécessaires à leur inscription auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil, sous leur titre professionnel obtenu dans l'État membre d'origine.

29 Cette conclusion n'est pas remise en cause par le fait que l'article ***6, paragraphe 1****, de la directive 98/5 soumet l'avocat exerçant dans l'État membre d'accueil sous son titre professionnel d'origine, indépendamment des* ***règles professionnelles et déontologiques*** *auxquelles il est soumis dans son État membre d'origine, aux mêmes* ***règles professionnelles et déontologiques*** *que celles auxquelles sont soumis les avocats exerçant sous le titre professionnel approprié de l'État membre d'accueil pour toutes les activités exercées sur le territoire de celui-ci.*

30 En effet, il convient de ***distinguer****, d'une part,* ***l'inscription auprès de l'autorité compétente*** *de l'****État membre d'accueil*** *d'un avocat souhaitant* ***exercer*** *dans cet État membre, sous son titre professionnel d'origine, laquelle n'est soumise, conformément à l'article* ***3, paragraphe 2****, de cette directive, qu'à la* ***seule condition*** *visée aux points* ***26*** *à* ***28*** *du présent arrêt, et, d'autre part,* ***l'exercice lui-même*** *de la profession d'avocat dans ledit État membre, lors duquel cet avocat est soumis, en vertu de l'article* ***6, paragraphe 1****, de ladite directive, aux* ***règles professionnelles et déontologiques*** *applicables dans le même État membre.*

31 À cet égard, il convient de rappeler que ces règles, contrairement à celles portant sur les conditions préalables requises pour cette inscription, n'ont pas fait l'objet d'une ***harmonisation*** *et peuvent donc* ***considérablement diverger*** *de celles en vigueur dans l'État membre d'origine. Au demeurant, ainsi que le confirme l'article* ***7, paragraphe 1****, de cette directive, le* ***non-respect*** *desdites règles est susceptible de conduire à l'application des* ***sanctions*** *prévues dans le droit de l'****État membre d'accueil****. Ces* ***sanctions*** *peuvent, le cas échéant, inclure la* ***radiation du barreau*** *concerné de cet État membre (voir, en ce sens, arrêt du 2 décembre 2010, Jakubowska, C-225/09, EU:C:2010:729, point 57).*

*32 En l'occurrence, il ressort des indications fournies par la juridiction de renvoi que, selon l'autorité compétente de l'État membre d'accueil, l'****exercice*** *de la profession d'avocat par un moine ne répondrait pas aux* ***garanties****, telles que celles visées au point 18 du présent arrêt, qui, en vertu du droit de cet État membre, sont requises pour cet* ***exercice****.*

33 À cet égard, il y a lieu de rappeler qu'il est loisible au législateur national de prévoir de telles ***garanties*** *dès lors que les* ***règles*** *fixées à cette fin ne vont pas au-delà de ce qui est* ***nécessaire*** *pour atteindre les* ***objectifs recherchés.*** *En particulier,* ***l'absence de conflit d'intérêts*** *est indispensable à l'****exercice*** *de la profession d'avocat et implique, notamment, que les avocats se trouvent dans une* ***situation d'indépendance*** *vis-à-vis des* ***autorités*** *dont il convient qu'ils ne subissent* ***aucune influence****.*

*34 Cette **faculté** offerte au législateur national ne saurait pour autant lui permettre d'**ajouter** aux **conditions préalables** requises pour l'**inscription** auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil, lesquelles, ainsi qu'il a été rappelé au point 26 du présent arrêt, ont fait l'objet d'une **harmonisation complète**, des **conditions supplémentaires** relatives au respect d'**exigences professionnelles et déontologiques**. Or, **refuser** à un avocat souhaitant **exercer** dans l'État membre d'accueil sous son titre professionnel d'origine son inscription auprès des autorités compétentes de cet État membre, au seul motif qu'il a la qualité de moine, **reviendrait à ajouter une condition d'inscription** à celles figurant à l'article **3, paragraphe 2**, de la **directive 98/5**, alors qu'**un tel ajout n'est pas autorisé par cette disposition**.*

*35 Par ailleurs, ainsi qu'il a été rappelé au point 33 du présent arrêt, les **règles professionnelles et déontologiques** applicables dans l'État membre d'accueil doivent, pour être **conformes** au **droit de l'Union**, notamment respecter le **principe de proportionnalité**, ce qui implique qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est **nécessaire** pour **atteindre les objectifs poursuivis**. Il appartient à la **juridiction de renvoi** de procéder aux **vérifications nécessaires** en ce qui concerne la **règle d'incompatibilité** en cause au principal.*

*36 Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question posée que l'article **3, paragraphe 2**, de la **directive 98/5** doit être **interprété** en ce sens qu'il **s'oppose** à une législation nationale **interdisant** à un avocat ayant la **qualité de moine**, **inscrit** en tant qu'**avocat** auprès de l'**autorité compétente** de l'**État membre d'origine**, de **s'inscrire** auprès de l'**autorité compétente** de l'**État membre d'accueil** afin d'y **exercer** sa profession **sous son titre professionnel d'origine**, en raison de l'**incompatibilité** entre la **qualité de moine** et l'**exercice** de la **profession d'avocat** que cette législation prévoit.*

(…)

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

L'article 3, paragraphe 2, de 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 État membre autre que celui où la qualification a été acquise, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale interdisant à un avocat ayant la qualité de moine, inscrit en tant qu'avocat auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'origine, de s'inscrire auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil afin d'y exercer sa profession sous son titre professionnel d'origine, en raison de l'incompatibilité entre la qualité de moine et l'exercice de la profession d'avocat que cette législation prévoit.

(…) »

(CJUE, Grande Chambre, 07 Mai 2019, **Monachos Eirinaios, kata kosmon Antonios Giakoumakis tou Emmanouil** contre **Dikigorikos Syllogos Athinon**, affaire C-431/17, points **22** à **36**).

*

Comme le relève justement, dans ses **conclusions** présentées le 19 Décembre 2018, l'Avocat général **Madame Eleanor SHARPSTON** :

« (…)
*49. En somme, la **directive 98/5** est une **directive hybride** qui traite, en **harmonisant certains aspects**, de la **liberté d'établissement** des avocats migrants désireux d'**exercer** sous leur **titre d'origine**, tout en laissant aux États membres un **important degré d'autonomie pour le reste**. La promotion de la **liberté de circulation** est mise en balance par rapport à la nécessité de garantir que les **consommateurs soient protégés** et que les avocats migrants respectent, dans l'État membre d'accueil, leurs **obligations professionnelles** au regard de la **bonne administration de la justice**. Aussi en découle-t-il un **potentiel intrinsèque de tension** entre **l'admission à l'exercice** de la profession (article 3) et les règles régissant **l'exercice** de celle-ci (article 6).*
(…) »

Il échet, dès lors, de distinguer, d'une part, les **conditions d'accès** à la profession d'Avocat, de façon permanente, sous le titre d'origine, pour lesquelles la **directive 98/5** a procédé à une **harmonisation complète**, d'autre part de ses **conditions d'exercice** à proprement parler. Celles-ci s'analysent, plus exactement, en **obligations professionnelles** auxquelles l'exercice de la profession d'Avocat est assujetti, lesquelles sont laissées à l'appréciation de chacun des Etats membres, sous réserve, toutefois, de « *respecter le **principe de proportionnalité**, ce qui implique qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est **nécessaire** pour **atteindre les objectifs poursuivis***. (…) »

(CJUE, Grande Chambre, 07 Mai 2019, **Monachos Eirinaios, kata kosmon Antonios Giakoumakis tou Emmanouil** contre **Dikigorikos Syllogos Athinon**, affaire C-431/17, point **35**).

Si l'**accès** à la profession d'Avocat conditionne son **exercice**, l'inverse n'est pas vrai.

L'**inscription** auprès de l'**autorité compétente** de l'Etat membre d'accueil est une **condition nécessaire et suffisante** du **droit d'exercer** sous le titre d'origine dans cet Etat membre. Elle donne le **droit d'exercer** sous le titre d'origine, **sans** que l'Etat membre d'accueil puisse exiger que l'intéressé satisfasse à d'**autres conditions**, sauf, le cas échéant, la condition **d'assurance de responsabilité professionnelle** (article **6 § 3** de la **directive 98/5**). L'**admission** à l'exercice entraîne l'application des **règles d'exercice**, qui en est la **conséquence**.

L'autorité compétente sera, très généralement, selon les Etats, soit une **autorité publique** (**ministre de la justice**), soit un **ordre national**, soit un **barreau local**.

La **France** fait exception puisque :

1°) l'***ordre*** n'y est pas le mode légal d'organisation de la profession d'Avocat ;

2°) le **Conseil National des Barreaux** qui n'est ni une autorité d'Etat, **ni un barreau**, **ni un ordre** est réputé être, quoiqu'il en dise, l'**autorité compétente** au sens et pour l'application de la **directive 98/5**, lorsque l'avocat a fait le libre choix d'**exercer hors barreau**.

*

L'**autorité compétente**, si l'on s'offre la comparaison tirée du **théâtre classique**, est dans la situation de **l'usurier Shylock** à qui le **juge** (**Portia**, sous les traits de **Balthazar**) rappelle, en présence du **Duc de Venise**, puissance exécutive, qu'aux termes du contrat qu'il a signé, qui ne lui « ***donne pas un iota de sang*** », il ne pourra retirer du corps d'**Antonio** le dédit d'une **livre de chair** « ***Tout près de son coeur*** » que pour autant que ne soit versée **aucune goutte de son sang** (**William SHAKESPEARE**, ***le Marchand de Venise***, Acte IV, scène I, Gallimard, collection La Pléiade, 2013, p. 1191).

Autrement dit, la **marge de manœuvre** est **étroite**. L'office de l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil devra être d'une **précision chirurgicale**. Il s'agira pour elle seulement d'apprécier la situation de l'impétrant au regard de la **condition unique** fixée par l'article **3 § 2** de la **directive 98/5**, savoir la justification d'être **habilité à exercer la profession d'Avocat** dans l'Etat membre d'origine, au vu de l'**attestation** délivrée par son **autorité compétente**. Aucune autre considération, notamment celle tirée des conditions d'**exercice** de la profession d'Avocat dans l'Etat membre d'accueil, ne sera recevable.

Pourront et devront être tenues **inappliquées** toutes règles nationales, sous réserve de leur **interprétation conforme**, contrariant l'**effet direct** de la **directive 98/5** qui a procédé à « *une **harmonisation complète*** » des **conditions d'accès** à la profession d'avocat exercée sous le titre d'origine **(CJUE, Grande Chambre, 07 Mai 2019**, **Monachos Eirinaios, kata kosmon Antonios Giakoumakis tou Emmanouil** contre **Dikigorikos Syllogos Athinon**, affaire C-431/17, points **26** et **34**).

*

Or, en France, **l'inscription à un barreau** – qui ne figure pas dans la **liste limitative** dressée par l'article **11** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques - ne conditionne pas **l'accès** à la profession d'Avocat (« ***l'admission à l'exercice*** », selon l'évocatrice formule de l'Avocat général **Madame Eleanor SHARPSTON**).

Il s'en déduit que l'affiliation à un barreau ne pourra pas être une **condition** de l'exercice professionnel, en **France**, par un **Avocat européen**, sous son titre d'origine.

Il n'est pas davantage établi qu'elle serait l'une de ses **conséquences**, dès lors que la **liberté d'association**, qui est garantie notamment par l'article **11 CEDH**, est la **liberté de s'associer** et/ou de **ne pas s'associer** (**CEDH, Grande Chambre, 29 Avril 1999, AFFAIRE CHASSAGNOU ET AUTRES c. FRANCE** - Requêtes nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, **§ 115**), l'**obligation** d'être inscrit au tableau d'un barreau n'apparaissant nullement comme **nécessaire** « *à la **protection** des **droits et libertés d'autrui*** », au sens et pour l'application de l'article **11 § 2 CEDH**.

L'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ne peut donc pas être interprété, au regard de l'article **11 CEDH**, comme créant une **affiliation de plein droit** à un barreau du seul fait d'exercer la profession d'Avocat.

L'application des **règles professionnelles** et **déontologiques** n'implique donc pas nécessairement l'inscription à un barreau, laquelle ne conditionne pas davantage l'**exercice** de la profession d'Avocat.

…/...

SYNTHESE II : L'INSCRIPTION AU BARREAU N'EST, EN FRANCE, NI UNE CONDITION D'ACCES, NI UNE CONDITION D'EXERCICE, NI UNE CONSEQUENCE DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT

Il se déduit des **normes législatives** en vigueur :

1°) Comme susdit, en France, **l'inscription à un barreau** – qui ne figure pas dans la **liste limitative** dressée par l'article **11** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques - ne conditionne pas **l'accès** à la profession d'Avocat (« ***l'admission à l'exercice*** », selon l'évocatrice formule de l'Avocat général **Madame Eleanor SHARPSTON**). Le **règlement d'application** ne peut pas ajouter à la **loi** une **condition de fond** qu'elle n'a pas prévue. En outre, la **prestation du serment**, dans les termes de l'article **3, alinéa 2** de la **loi** susvisée, **synthétise** à elle seule, l'ensemble des **conditions d'accès** à la profession d'Avocat : il est **nécessaire** et il **suffit** d'avoir prêté le **serment de l'Avocat** pour pouvoir exercer.

2°) L'**exercice** de la profession d'Avocat n'est pas, contrairement à ce qu'énonce à tort le règlement (article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat), qui n'est pas, ici, opposable, conditionné par l'**affiliation à un barreau**, laquelle n'est que **facultative**. L'article **15** de la loi est **descriptif** et **non pas prescriptif**. Il doit se lire, conformément à l'article **11 CEDH**, « ***Les avocats, s'ils en expriment la volonté, font partie de barreaux*** *qui sont établis auprès des* ***tribunaux judiciaires,*** (…) » (nous soulignons).

L'Avocat ne procède pas du barreau, auquel il ne peut s'inscrire, **s'il le décide**, que s'il a **prêté serment** devant la **Cour d'appel**. Le barreau est **l'ensemble** des Avocats qui ont fait le **libre choix** de se grouper pour exercer leur profession. Il n'est pas l'***Alma Mater*** (mère nourricière) de l'Avocat.

3°) En outre, l'exercice de la profession d'Avocat n'emporte pas **inscription d'office** au tableau d'un barreau. Aucun texte de droit interne ne prévoit que le barreau grouperait **obligatoirement** les Avocats **habilités à exercer** leur profession en France, c'est dire les personnes physiques qui ont **prêté** le **serment d'Avocat**. La **loi** (article **323** du Code de procédure pénale) prévoit expressément, à l'inverse, le cas d'un **Avocat** qui « *n'est pas inscrit à un barreau* ». Le cas des **ordres professionnels**, tel celui des **médecins**, doit être cité *a contrario*.

*

II-C-B-2/ LE LEGISLATEUR REFORMATEUR DE 1971 A CHOISI COMME MODE DE REGULATION DE LA PROFESSION D'AVOCAT DONT IL RECONNAIT LA SPECIFICITE PAR RAPPORT AUX AUTRES PROFESSIONS LIBERALES, LE REGIME DE LA DECLARATION ET NON PAS CELUI DE L'AUTORISATION QUI CARACTERISE LES ORDRES PROFESSIONNELS

Les **ordres professionnels** se régulent sur le mode de l'**autorisation**, comme étant placés sous la **surveillance** de l'**autorité qui administre** (**II-C-B-2-a**).

A l'inverse, en **France**, la **profession d'avocat** suit le régime de la **déclaration préalable**, qui nécessite l'intervention de la **puissance qui institue** (**II-C-B-2-b**).

*

II-C-B-2-a/ LES ORDRES PROFESSIONNELS SE REGULENT SUR LE MODE DE L'AUTORISATION, COMME ETANT PLACES SOUS LA SURVEILLANCE DE L'AUTORITE QUI ADMINISTRE

On sait, dans cet ordre d'idées, que **la police spéciale des professions réglementées** s'exerce sur les professions qui ont noué expressément ou implicitement un **lien** avec la **Puissance publique**, en raison de la **nature** de l'activité en cause, des **risques** auxquels elle expose le public ou des **charges** qu'elle fait supporter à la collectivité :

« (…)
*Cependant, on ne saurait condamner sans réserves les **sanctions administratives**. Celles-ci peuvent avoir leur place dans un **Etat libéral**, à la condition que leur **domaine d'application** soit **étroitement limité**, qu'elles n'empiètent en aucune manière sur la **répression pénale**. D'une part, la **sanction administrative** suppose un **lien déjà individualisé** entre **l'Administration** et l'**intéressé** : ce dernier **collabore** par exemple à l'exécution d'un **service public**, il bénéficie d'une **autorisation** accordée par l'Administration ou d'une **prestation** versée par elle. Le **pouvoir disciplinaire** ne pourrait s'appliquer aux **relations générales** entre l'**Etat** et les **citoyens** sans supplanter d'une **manière inadmissible** le **droit pénal**.*
(…)
(**Doyen AUBY**, ***Les sanctions administratives en matière de circulation automobile***, D. 1952, chron. XXV, p. 112).

(« (…) ***L'application des sanctions***

*Si la détermination des **faits punissables** peut, dans certains cas, être laissée à **l'appréciation** de l'**autorité disciplinaire**, il n'en va pas de même du **choix** des **sanctions applicables**. Celles-ci sont presque toujours fixées par les **textes** : dans les cas exceptionnels où il n'en va pas ainsi, la jurisprudence exerce sur elles un contrôle rigoureux : elle exige, d'une part, qu'elles se rattachent à la **situation particulière de l'administré** qui fonde l'existence du **régime disciplinaire** : elle les distingue d'autre part des **sanctions pénales**, qui nécessitent une **habilitation légale**.*

*A ce second point de vue, il est de règle que toute **sanction administrative** assimilable à une **sanction pénale**, c'est-à-dire portant atteinte à la **liberté physique** ou au **patrimoine**, ne peut être établie que par la **loi**. En sens inverse, la **privation** d'une **prestation** ou d'un **titre** accordé **discrétionnairement** par l'Administration peut avoir simplement une **base réglementaire**. Entre des deux situations se placent une série de cas pour lesquels les solutions sont plus nuancées et dépendent du caractère plus ou moins défini d'une **liberté publique** et des conditions d'exercice de cette liberté.*
(…) »
(**Doyen AUBY**, ibid, p. 114).

Il s'agit d'une déclinaison des **pouvoirs propres de police générale** que le **Premier ministre** détient **sans habilitation législative** et sur l'ensemble du territoire, aux fins d'**assurer l'ordre public** (**CE, Labonne 08 Août 1919**, Rec. 737).

*

Le **législateur** va privilégier, ici, pour **plus d'efficacité** dans la **répression** des **manquements** aux **obligations déontologiques**, le recours à l'**exécution par la voie administrative** (le **régime disciplinaire**) par rapport à l'**action juridictionnelle**, jugée **trop lourde** et **trop lente**.

Trois critères de la qualification d'**ordre** entrent en ligne de compte :

1°) Le **caractère obligatoire** de l'**inscription au tableau de l'Ordre**.

2 °) L'**incrimination** et la **sanction** par la **loi** des **manquements** aux **obligations professionnelles** qu'elle a prédéterminées.

3°) L'**incompatibilité** entre la **radiation** du **tableau de l'Ordre** et l'**exercice professionnel**.

1.-/ LE CARACTERE OBLIGATOIRE DE L'INSCRIPTION AU TABLEAU DE L'ORDRE, SOUMISE A L'AGREMENT DU CONSEIL DE L'ORDRE

La **règle commune** à **tous les ordres** est l'**obligation** d'être **inscrit** au **tableau de l'ordre** pour pouvoir régulièrement exercer la profession.

L'exemple de l'**ordre des médecins** est significatif.

L'article **L. 4001-2** du Code de la santé publique (CSP) mentionne, au tout début de la Quatrième partie consacrée aux « ***Professions de santé*** », « ***l'inscription au tableau de l'ordre*** » :

« *A l'occasion de l'**inscription au tableau de l'ordre**, les **professionnels de santé** déclarent auprès du **conseil de l'ordre** compétent une adresse électronique leur permettant d'être informés des messages de sécurité diffusés par les autorités sanitaires. Cette information est régulièrement mise à jour et transmise aux autorités sanitaires à leur demande.*

L'article **L. 4111-1** du même Code fait expressément de l'**inscription au tableau de l'ordre** une des conditions légales de l'**admission à l'exercice** :

« ***Nul ne peut exercer** la **profession de médecin**, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme s'il n'est :*

1° Titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné aux articles L. 4131-1, L. 4141-3 ou L. 4151-5 ;

2° De nationalité française, de citoyenneté andorrane ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, du Maroc ou de la Tunisie, sous réserve de l'application, le cas échéant, soit des règles fixées au présent chapitre, soit de celles qui découlent d'engagements internationaux autres que ceux mentionnés au présent chapitre ;

***3° Inscrit à un tableau de l'ordre des médecins**, à un tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes ou à un tableau de l'ordre des sages-femmes, sous réserve des dispositions des articles L. 4112-6 et L. 4112-7.*

Les médecins, chirurgiens-dentistes ou sages-femmes titulaires d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné au 1° de l'article L. 4131-1, aux 1° et 2° de l'article L. 4141-3 ou au 1° de l'article L. 4151-5 sont dispensés de la condition de nationalité prévue au 2°. »

A l'**inscription au tableau de l'ordre** s'attache le droit d'exercer « ***sur tout le territoire national*** », ainsi que le prévoit l'article **L. 4112-5, alinéa 1er** CSP :

« *L'inscription à un tableau de l'ordre rend licite l'exercice de la profession sur tout le territoire national.*
(…) »

Le caractère **obligatoire** du **groupement** est confirmé par l'article **L. 4121-1** CSP :

« *L'**ordre national des médecins**, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes **groupent obligatoirement tous les médecins**, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes **habilités à exercer**, à l'exception des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes relevant des dispositions de l'article L. 4138-2 du code de la défense.* »

En outre, le **conseil départemental de l'ordre** jouit d'un **pouvoir discrétionnaire** quant à la **demande d'inscription au tableau**, ce qui explique et justifie que ses **décisions** soient, en vertu de l'article **L. 4112-4, alinéa 1er** CSP, justiciables d'un « ***appel*** » porté devant le **conseil régional**, dont les **décisions** peuvent elles-mêmes « *faire l'objet d'un **recours hiérarchique** devant le **Conseil national**.* », selon l'article **L. 4124-11, II** CSP.

Le **Conseil national de l'ordre** a, en outre, reçu de **L. 4112-4, alinéa 4** CSP le pouvoir

« *Faute pour les personnes intéressées d'avoir régulièrement frappé d'appel une **décision d'inscription**,* (…) *dans un délai de trois mois à compter de l'expiration du délai d'appel,* (de) ***retirer** cette décision lorsque celle-ci repose sur une **inexactitude matérielle** ou une **erreur manifeste d'appréciation** des **conditions** auxquelles est subordonnée l'inscription.* »

*

On tire des dispositions législatives que s'applique aux **demandes d'inscription** au **tableau de l'ordre** des professions de santé, tels les **médecins**, le **régime de l'autorisation** et non pas celui de la **déclaration**.

*

2.-/ LA LOI DEFINIT LES OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES ET DETERMINE L'INCRIMINATION, COMME LA SANCTION DE LEURS MANQUEMENTS

La définition des **obligations statutaires** notamment des **médecins** résulte de la combinaison des articles **L. 4121-2** et **L. 4122-1** CSP, ci-après reproduits :

Article **L. 4121-2** CSP :

« *L**'ordre des médecins**, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes **veillent** au **maintien** des **principes de moralité**, de **probité**, de **compétence** et de **dévouement** indispensables à l'exercice de la médecine, de l'art dentaire, ou de la profession de sage-femme et à l'**observation**, par tous leurs membres, des **devoirs professionnels**, ainsi que des **règles** édictées par le **code de déontologie** prévu à l'article **L. 4127-1**. Ils contribuent à promouvoir la **santé publique** et la **qualité des soins**.*

*Ils assurent la défense de **l'honneur** et de **l'indépendance** de la profession médicale, de la profession de chirurgien-dentiste ou de celle de sage-femme.*

Ils peuvent organiser toutes oeuvres d'entraide et de retraite au bénéfice de leurs membres et de leurs ayants droit.

Ils accomplissent leur mission par l'intermédiaire des conseils et des chambres disciplinaires de l'ordre. »

L. 4122-1 CSP :

« *Le **conseil national de l'ordre** remplit sur le **plan national** la **mission** définie à l'article **L. 4121-2**. Il **veille** notamment à **l'observation**, par **tous les membres de l'ordre**, des **devoirs professionnels** et des **règles** édictées par le **code de déontologie** prévu à l'article **L. 4127-1**. Il évalue, en lien avec des associations de patients agréées en application de l'article L. 1114-1 et selon des modalités précisées par décret, le respect du principe de non-discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins, mentionné à l'article L. 1110-3, par les membres de l'ordre. Il lui revient de mesurer l'importance et la nature des pratiques de refus de soins par les moyens qu'il juge appropriés. Il étudie les questions ou projets qui lui sont soumis par le ministre chargé de la santé.*

Le Conseil national autorise son président à ester en justice.

Il peut, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession de sage-femme, de médecin ou de chirurgien-dentiste, y compris en cas de menaces ou de violences commises en raison de l'appartenance à l'une de ces professions. »

Ainsi, aux « ***principes de moralité***, *de* ***probité***, *de* ***compétence*** *et de* ***dévouement*** *indispensables à l'exercice de la médecine, de l'art dentaire, ou de la profession de sage-femme* (…) » (article **L. 4121-2, alinéa 1er** CSP) s'ajoute « (…) ***l'observation***, *par* ***tous les membres de l'ordre***, *des* ***devoirs professionnels*** *et des* ***règles*** *édictées par le* ***code de déontologie*** *prévu à l'article* ***L. 4127-1***. (…) » (article **L. 4122-1, alinéa 1er** CSP).

*

L'**incrimination** d e s **manquements** a u x **obligations professionnelles** (**statutaires** et **déontologiques**) des **médecins** est implicitement, mais nécessairement, comprise dans l'article **L. 4124-6** CSP dressant la liste des **sanctions disciplinaires** susceptibles d'être prononcées à leur encontre :

« *Les* ***peines disciplinaires*** *que la* ***chambre disciplinaire de première instance*** *peut appliquer sont les suivantes :*

1° L'avertissement ;

2° Le blâme ;

3° L'interdiction temporaire avec ou sans sursis ou l'interdiction permanente d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme, conférées ou rétribuées par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, les établissements reconnus d'utilité publique ou des mêmes fonctions accomplies en application des lois sociales ;

4° L'interdiction temporaire d'exercer avec ou sans sursis ; cette interdiction ne pouvant excéder trois années ;

5° La ***radiation*** *du tableau de l'ordre.*

Les deux premières de ces peines comportent, en outre, la privation du droit de faire partie d'un conseil, d'une section des assurances sociales de la chambre de première instance ou de la section des assurances sociales du Conseil national, d'une chambre disciplinaire de première instance ou de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre pendant une durée de trois ans ; les suivantes, la privation de ce droit à titre définitif. Le ***médecin****, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme* ***radié*** *ne peut se faire inscrire à* ***un autre tableau de l'ordre****. La décision qui l'a frappé est portée à la connaissance des autres conseils départementaux et de la chambre disciplinaire nationale dès qu'elle est devenue définitive.*

Les peines et interdictions prévues au présent article s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la République.

Si, pour des faits commis dans un délai de cinq ans à compter de la notification d'une sanction assortie d'un sursis, dès lors que cette sanction est devenue définitive, la juridiction prononce l'une des sanctions prévues aux 3° et 4°, elle peut décider que la sanction, pour la partie assortie du sursis, devient exécutoire sans préjudice de l'application de la nouvelle sanction. »

En outre, l'article **L. 4127-1** CSP confirme le **principe** d'un **code de déontologie**, dont il renvoie l'explicitation à un **décret en Conseil d'Etat** :

« *Un **code de déontologie**, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le **conseil national de l'ordre** intéressé, est édicté sous la forme d'un **décret en Conseil d'Etat***. »

*

3.-/ L'INCOMPATIBILITÉ ENTRE LA RADIATION DU TABLEAU DE L'ORDRE ET L'EXERCICE PROFESSIONNEL : L'INCAPACITÉ PROFESSIONNELLE EST LE BUT ULTIME DU REGIME DISCIPLINAIRE

Des textes en vigueur ressort nettement **l'incompatibilité** entre une décision affectant l'**inscription au tableau de l'ordre**, telle la **suspension**, l'**interdiction temporaire** ou la **radiation**, d'une part, et l'**exercice professionnel**, d'autre part.

L'article **L. 4124-6, alinéa 7, deuxième phrase** CSP dispose, à cet égard, que « (…) *Le **médecin**, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme **radié** ne peut se faire inscrire à **un autre tableau de l'ordre**.* (…) ».

L'**incapacité professionnelle** qui s'attache notamment à la **radiation** du **tableau de l'ordre** est la conséquence logique du **caractère obligatoire** de l'**inscription**.

La **loi** (article **L. 4124-8** CSP) a, toutefois, dans le souci d'éviter une **rigueur excessive**, prévu un mécanisme de **relèvement d'incapacité** prononcé par « *décision de la chambre disciplinaire qui a statué sur l'affaire en première instance.* (…) » :

« *Après qu'un intervalle de trois ans au moins s'est écoulé depuis une décision définitive de radiation du tableau, le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme frappé de cette peine peut être **relevé de l'incapacité** en résultant par une décision de la chambre disciplinaire qui a statué sur l'affaire en première instance. La demande est formée par une requête adressée au président de la chambre compétente.*

Lorsque la demande a été rejetée par une décision devenue définitive, elle ne peut être représentée qu'après un délai de trois années à compter de l'enregistrement de la première requête à la chambre disciplinaire de première instance. »

*

II-C-B-2-b/ EN FRANCE, LA PROFESSION D'AVOCAT SUIT LE REGIME DE LA DECLARATION PREALABLE, QUI NECESSITE L'INTERVENTION DE LA PUISSANCE QUI INSTITUE

L'**avocat**, quant à lui, n'est pas, comme susdit, soumis à un **régime d'autorisation**, mais bénéficie du **régime de la déclaration**, qui se concrétise par la **prestation de serment** (article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Je jure, comme **avocat**, d'exercer mes fonctions avec **dignité**, **conscience**, **indépendance**, **probité** et **humanité**.* »

Le **lien** noué avec la **Puissance publique** sera logiquement **beaucoup plus lâche**, lorsqu'il n'est pas **totalement inexistant**, en ce qui concerne notamment l'activité de **plaidoirie**, **prérogative historique** du **défenseur universel**, que le **législateur** a délibérément laissée dans le champ de la **liberté** :

« *Les **avocats** exercent leur ministère et **peuvent plaider sans limitation territoriale** devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires, sous les réserves prévues à l'article 4.*
(…) »
(article **5, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

Les **missions de service public** qui sont confiées, pour certaines activités, aux **barreaux** (**commission d'office** ; **aide juridictionnelle**) ne suffisent pas à appliquer aux **avocats** le régime de l'**autorisation**, qui, comme susdit, est le signe des **ordres professionnels**.

L'**incapacité professionnelle** n'est pas, ici, le but recherché par le **régime disciplinaire**.

Le **législateur** s'est attaché, en posant les **principes** d'**indépendance de l'avocat**, d'**autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral** de la profession (article **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) à trouver un **équilibre** entre les **droits** et **obligations respectifs** des **barreaux**, d'une part, des **avocats** qui sont susceptibles de les composer, d'autre part.

Il s'avère que le régime de la **déclaration** est suffisant en tant qu'il permet de concilier les **intérêts antagonistes** en présence. Ainsi, le **barreau** qui estimera que la sauvegarde de son **intégrité morale** et/ou **matérielle** nécessite de se séparer de l'un de ses membres pourra, par la **radiation du tableau**, atteindre son objectif. Quant à l'avocat concerné, il ne sera pas, pour autant, de ce seul fait, frappé d'**incapacité professionnelle**. Il lui sera loisible de continuer à exercer, soit au sein d'un **autre barreau** (**principe d'autonomie des conseils de l'ordre**), soit, **hors barreau** (**principe d'indépendance de l'avocat**).

*

On sait, dans cet ordre d'idées, que le **mode de régulation** d'une profession (**régime de la déclaration** / **régime de l'autorisation**) procède des **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques**, au sens et pour l'application de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958. En conséquence, le **pouvoir réglementaire** ne saurait substituer un **régime d'autorisation** au **régime de la déclaration**, qui est celui choisi par le **législateur** pour réguler la **profession d'avocat**. Le **règlement** qui passerait outre serait **radicalement vicié d'incompétence**.

*

II-C-C/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 1er DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Aux termes de l'article **15, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Les avocats **font partie** de **barreaux** qui sont **établis** auprès des **tribunaux judiciaires**, suivant les **règles** fixées par les **décrets** prévus à l'article **53**. Ces décrets **donnent aux barreaux** la **faculté** de se **regrouper**.*
(…) »

L'**écran** de la **loi** est, ici, **translucide** en tant qu'il opère comme une sorte de **filtre**. Il laisse passer le **rayonnement normatif supra-législatif**, qui **irradie** les **dispositions réglementaires**, sauf en ce qu'elles **mettent en œuvre** le **principe législatif**, lequel leur est **pleinement opposable**. Le **règlement** ne peut ni **mettre en cause** le **principe** fixé par la **loi** ni être **critiqué** pour l'avoir **mis en oeuvre**. Seul le **contenu** des **mesures réglementaires**, comme **modalités d'application** dudit **principe**, pourra être soumis à débat.

Ainsi, en l'occurrence, le **règlement dérivé** échappera à la **critique normative** pour celles de ses dispositions qui concernent :

1°) l'**existence** des **barreaux**, comme **groupements professionnels naturels** des **avocats** (ceux-ci ont **vocation** à faire partie des barreaux) ;

2°) la **faculté** de **regroupement** des **barreaux** ;

3°) leur **rattachement** auprès des **tribunaux judiciaires** (et non pas **administratifs**) ;

4°) la **faculté** (et non pas l'**obligation**) **d'adhésion** d'un **avocat** à **un** ou **plusieurs barreaux**.

L'**abrogation expresse** de l'article **2 9** de la **loi** du 22 Ventôse An XII (13 Mars 1804) par l'article **76** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 organisant la profession d'avocat interdit, en effet, de voir dans l'article **15** de ladite **loi** l'énonciation d'une **obligation** d'inscription au tableau d'un barreau. Les **modalités d'inscription** au **tableau** ont été déclassées, en 1971, du rang **législatif** au rang **réglementaire** (articles **93** à **100** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat).

A contrario, toutes celles des dispositions du **règlement dérivé** qui ne seraient pas l'**explicitation** des **principes** susvisés (**jugement analytique** où la **connexité** entre le **sujet** et le **prédicat** est pensée par **identité**), mais qui y **ajouteraient** en suivant un **jugement synthétique** (où la **connexité** entre le **sujet** et le **prédicat** est pensée **sans identité** et seulement en termes de **proximité sémantique**), seront susceptibles de **discussion**.

*

L'article **1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat dispose :

« *Les **avocats établis** près de **chaque tribunal judiciaire** forment **un barreau**. Le **barreau** comprend les **avocats inscrits** au **tableau**.* »

Comme explicité précédemment, ce texte est entaché d'une **synecdoque fautive** en tant que l'article **15, alinéa 1er, première phrase**, de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 précité, sur le **fondement** duquel il a été pris, doit **s'interpréter** comme formulant une **faculté d'inscription** à un **barreau** et non pas comme imposant à l'Avocat une **obligation d'affiliation à un groupement**, à défaut de quoi, sous réserve d'une **demande de décision préjudicielle**, cette norme législative nationale devrait être **écartée en son application** comme **contraire** à la **liberté d'association**, garantie en particulier par l'article **11 CEDH**.

En renvoyant aux **décrets en Conseil d'Etat** prévus à l'article **53** de la **loi** susvisée, le soin de fixer les **règles** relatives au **principe** de la **participation volontaire** (et **non pas obligatoire**) des **avocats** à la **vie des barreaux** et au **mode de rattachement** de ceux-ci aux **tribunaux judiciaires**, l'article **15** n'habilite pas le **pouvoir exécutif** à exercer une **compétence législative**, ce que la **Constitution** (articles **34** et **37**) lui interdit **absolument**. La **règle** que le **chef du Gouvernement** est invité à édicter, aux fins d'**entrée en vigueur** de la **loi** (**c'est la vocation première du règlement dérivé**), demeure du **domaine réglementaire**.

En outre, l'article **15** impose au **règlement** d'expliciter la **règle législative** selon laquelle les **barreaux** ont la **faculté** de se **regrouper**.

L'article **13** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat précise les modalités de **rattachement** des **barreaux** aux **tribunaux judiciaires** :

« *Sous réserve des dispositions particulières contenues dans le présent décret, les **décisions** relatives à l'**inscription**, au **refus d'inscription au tableau**, à **l'omission du tableau**, à l'inscription d'une **mention de spécialisation** ou au **refus** d'une telle inscription et au **contrat de collaboration** ou de **travail** ainsi que les **décisions** prises en **matière disciplinaire** sont notifiées, dans les **quinze jours** de leur date, au **procureur général** et à **l'avocat concerné**, par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception**.*

*Sous réserve des dispositions particulières contenues dans le présent décret, toute **délibération** de **caractère réglementaire** est notifiée au **procureur général**, par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception**, et **portée à la connaissance** des **avocats inscrits au tableau**, dans les **quinze jours** de sa date.*

*Les **délibérations** relatives à l'**établissement** ou à la **modification** du **règlement intérieur** sont, en outre, communiquées au **premier président** de la **cour d'appel**, au **président** du **tribunal judiciaire** et **portées à la connaissance** des **avocats inscrits au tableau**. Une **copie** du **règlement intérieur** et des **modifications** intervenues est également déposée au **greffe** de **chaque juridiction** près laquelle est **établi** un **barreau** et **tenue à la disposition** de **tout intéressé**.* »

Il ressort clairement de ce texte (article **13, alinéa 3, deuxième phrase**) que le **règlement intérieur** du **barreau** est le vecteur de son établissement auprès du **tribunal judiciaire** et de la **cour d'appel** au greffe desquels

« *Une **copie** du **règlement intérieur** et des **modifications** intervenues est également déposée* (…) ».

L'article **2** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat met en œuvre le **principe légal** selon lequel les **barreaux** jouissent de la **faculté** « (…) *de se **regrouper**.* (…) » :

« *Les avocats **établis** auprès de **plusieurs tribunaux judiciaires** situés dans le ressort d'une **même cour d'appel** peuvent, par décision votée à la **majorité des voix** des avocats de chaque barreau, **se grouper** pour former **un seul barreau**.* »

Enrichi de la **normativité** de l'article **5** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ce texte **réglementaire** conduit à reconnaître aux membres d'un barreau résultant de la **fusion** de **plusieurs barreaux** une **postulation** devant le **tribunal judiciaire** différente selon la **résidence professionnelle** de chacun d'entre eux.

Quant aux **modalités** de **participation** des **avocats** à la vie des **barreaux**, elles sont présentées aux articles **93** à **110** du **décret** précité (**Chapitre II: Le tableau** - du **Titre II: Accès à la profession d'avocat**). Aucun de ces articles ne rend l'inscription au tableau obligatoire.

*

Seront, ici, envisagées :

1°) L'**atteinte à la liberté d'entreprendre** (**CC n°2012-285 QPC, 30 Novembre 2012, M. Christian S., §§ 6 et 7**) (**II-C-C-1**).

2°) L'**atteinte à la liberté d'association** (**CC, décision n°71-44 DC du 16 Juillet 1971**, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er Juillet 1901 relative au contrat d'association, **§ 2**) (**II-C-C-2**).

*

II-C-C-1/ L'ATTEINTE A LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE

« (…)
*6. Considérant que la **liberté d'entreprendre** découle de l'article **4** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** ; qu'il est loisible au **législateur** d'apporter à cette **liberté** 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 ;*

*7. Considérant, d'une part, 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; que, par suite, la circonstance que **l'affiliation à une corporation obligatoire ne conditionne pas** l'exercice d'une profession mais **en découle**, n'a pas pour effet de rendre inopérant le grief tiré de l'atteinte à la **liberté d'entreprendre** ;*
(…) »
(**CC n°2012-285 QPC, 30 Novembre 2012, M. Christian S.**).

*

Il découle très clairement de l'article **1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat que ses auteurs ont entendu que soient **affiliés de droit** à **un** (et **un seul**) **barreau** tous les avocats « ***établis** près de **chaque tribunal judiciaire*** ». L'inscription au tableau serait, donc, la **conséquence** et non pas la **condition** de l'**établissement** de l'**avocat** auprès d'un **tribunal judiciaire**.

Or, comme susdit précédemment, il résulte directement de l'article **5, alinéas 1er** et **2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

1°) Que la **plaidoirie** est **libre** et ne nécessite **aucune attache territoriale**.

2°) Que la **postulation** est déterminée par la **résidence professionnelle** que l'avocat décide librement d'établir dans le ressort d'une **cour d'appel**.

Il est, dans cet ordre d'idées, jugé par le **Conseil d'Etat**:

« (…) *pour **chaque** tribunal de grande instance* (futur **tribunal judiciaire** au 1er Janvier 2020), *le **législateur** a prévu **l'existence** de 'barreau**x**'* (…) *formé**s** de **tous les avocats** inscrits au **tableau** établi**s** **près** de ce **tribunal de grande instance***. (…) »

(**CE, 20 Novembre 2019, ASSOCIATION GRAND BARREAU DE FRANCE**, n°420772, **§ 3**).

Il ressort des termes de la **loi**, tels qu'interprétés par le **Conseil d'Etat** :

1°) Qu'à **chaque tribunal judiciaire** pourront se rattacher **un** ou **plusieurs barreaux**.

2°) Qu'est membre d'**un** ou **plusieurs barreaux** l'**avocat** qui a fait le **libre choix** de s'inscrire au(x) **tableau(x) correspondant(s)**, après **acceptation** des **conseils de l'ordre** compétents.

3°) Que les **barreaux** qui se sont **affiliés** auprès d'un **même tribunal judiciaire** sont composés des **avocats** qui sont inscrits au **tableau** d'au moins l'un d'entre eux et qui ont **établi** leur **résidence professionnelle** dans le ressort dudit **tribunal judiciaire**.

4°) Que la **fixation** par un **avocat** de sa **résidence professionnelle** dans le ressort d'un **tribunal judiciaire**, si elle lui confère le **pouvoir** de **représenter les parties en justice** notamment devant **ce tribunal** (**postulation**), ne le rend pas membre **de plein droit** d'un **barreau** dont il n'aurait pas fait le **choix**.

*

Dans ces conditions, l'article **1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat méconnaît la **liberté d'entreprendre** en tant qu'il rend **de plein droit** membre d'un **barreau** l'**avocat** qui a fixé sa **résidence professionnelle** dans le ressort du **tribunal judiciaire** auquel s'est rattaché ledit **barreau**, nonobstant l'**absence de demande d'adhésion** de l'intéressé.

*

II-C-C-2/ L'ATTEINTE A LA LIBERTE D'ASSOCIATION

La **liberté naturelle de l'homme** a été consacrée par les articles **4** et **5** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), inspirée par la **philosophie des Lumières**, à laquelle le **Conseil constitutionnel** a reconnu, en 1971, **pleine valeur constitutionnelle** (**CC, décision n°71-44 DC du 16 Juillet 1971**, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er Juillet 1901 relative au contrat d'association, **§ 2**).

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**.* ».

Le **Conseil constitutionnel** a, lors de l'émergence du **bloc de constitutionnalité**, rappelé qu'en vertu du **principe constitutionnel** de la **liberté d'association**, « ***les associations se constituent librement*** » :

« (…)
2 . *Considérant qu'au nombre des **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** et solennellement réaffirmés par le **préambule de la Constitution** il y a lieu de ranger le **principe de la liberté d'association** ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe **les associations se constituent librement** et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la **constitution d'associations**, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa **validité** à **l'intervention préalable** de l'**autorité administrative** ou même de **l'autorité judiciaire** ;*
(…) »
(**CC, décision n°71-44 DC du 16 Juillet 1971**, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er Juillet 1901 relative au contrat d'association, **§ 2**).

Aucune disposition législative n'est venue contrarier ce principe, étant précisé que l'***ordre*** n'est pas, dans la **France du XXIe siècle**, le **mode légal d'organisation** de la **profession d'avocat**.

L e **Conseil d'Etat** (**CE, 20 Novembre 2019, ASSOCIATION GRAND BARREAU DE FRANCE**, n°420772, **§ 3**) a, de son côté, plus récemment, confirmé :

1°) Que les **barreaux** ont été pourvus par « *les dispositions législatives et réglementaires en vigueur* » d'une « ***forme sociale spécifique*** » leur conférant la **personnalité juridique** sans aucune formalité particulière, l'article **21, alinéa 1er** de la **loi** précitée disposant que « ***Chaque barreau est doté de la personnalité civile***. »

2°) Qu'il peut exister **plusieurs barreaux** (qui ne sont pas des « ***ordres*** ») par **Tribunal judiciaire**, comme le reconnaît, depuis peu, le **Barreau de Paris**, sur son **site internet officiel** :

« (…) *pour* ***chaque*** *tribunal de grande instance* (futur **tribunal judiciaire** au 1er Janvier 2020), *le* ***législateur*** *a prévu* ***l'existence*** *de 'barreau**x**'* (…) *formé**s*** *de* ***tous les avocats*** *inscrits au* ***tableau*** *établi**s*** ***près*** *de ce* ***tribunal de grande instance***. (…) » (**CE, 20 Novembre 2019, ASSOCIATION GRAND BARREAU DE FRANCE**, n°420772, **§ 3**).

Il résulte des **principes** et **règles** susvisés :

1°) Ainsi que le **GRAND BARREAU DE FRANCE - GBF** - le soutenait avec pertinence devant le **Conseil d'Etat**, que l'article **1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (ci-après « ***le décret*** ») est entaché d'une **synecdoque fautive** (il prend le **pluriel** de la **loi** pour un **singulier**). Dès lors que le **législateur** envisage une **collection indéfinie de barreaux**, à l'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (ci-après « ***la loi*** ») : « *Les* ***avocats*** *font partie de* ***barreaux*** *qui sont* ***établis*** *auprès* ***des tribunaux judiciaires***, *suivant les règles fixées par les décrets prévus à l'article 53. Ces décrets donnent aux barreaux la faculté de se regrouper.* (…) », le **pouvoir réglementaire** n'était pas habilité à **restreindre** la relation **barreau – tribunal** à une **bijection** : « *Les avocats établis près de* ***chaque*** *tribunal de grande instance forment* ***un*** *barreau. Le barreau comprend les avocats inscrits au tableau.* » (nous soulignons), justifiant que soit présentement demandée l'**abrogation** du texte réglementaire précité.

2°) Que la **personnalité morale** est, **de plein droit**, selon le **Conseil d'Etat**, attribuée à une **entité**, fût-elle privée de **statuts**, dès lors qu'elle sera pourvue d'un **tableau** récapitulant les **noms** des **Avocats** qui ont **déclaré** vouloir y figurer et qui ont fixé leur **résidence professionnelle** dans le **ressort** du **même tribunal judiciaire**. Le **barreau** est reconnu comme une « ***forme sociale spécifique*** », à l'instar des **partis et groupements politiques** qui, aux termes de l'article **4, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 (ci-après « ***La Constitution*** ») « ***se forment*** *et* ***exercent*** *leur activité* ***librement*** » dès lors qu'ils respectent « *les* ***principes*** *de la* ***souveraineté nationale*** *et de la* ***démocratie***. »

*

La **liberté d'association** est, de même, garantie par l'article **11 CEDH**, lequel stipule :

« *1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la **liberté d'association**, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.*

*2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres **restrictions** que celles qui, prévues par la **loi**, constituent des **mesures nécessaires**, dans une **société démocratique**, à la **sécurité nationale**, à la **sûreté publique**, à la **défense de l'ordre** et à la **prévention du crime**, à la **protection de la santé** ou de la **morale**, ou à la **protection des droits et libertés d'autrui**. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État.* »

*

Dans ces conditions, l'article **1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat méconnaît la **liberté d'association** en tant qu'il limite l'**adhésion** de l'**avocat** à **un seul barreau** pour **chaque tribunal judiciaire**, alors :

1°) que **plusieurs barreaux** peuvent se rattacher à un **même tribunal judiciaire** ;

2°) qu'**aucune norme supradécrétale** n'a restreint dans son **quantum** la liberté d'association.

*

PROPOSITION DE REFORME *DE LEGE FERENDA*

Article **1er** du **décret d'application** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (cf. article **15**) :

« 1. Les **avocats** ayant fixé leur **résidence professionnelle** dans le ressort d'un **tribunal judiciaire** ont la **faculté** de s'inscrire au(x) **tableau(x)** du ou des **barreaux** qui y sont rattachés.

2. Sous réserve de la **faculté de regroupement** des **barreaux** prévue à l'article **15, alinéa 1er, deuxième phrase** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne peuvent être inscrits au **tableau** que les **avocats** qui ont fixé leur **résidence professionnelle** dans le ressort du **tribunal judiciaire** auprès duquel est établi le **barreau** de leur choix.

3. Le **dépôt** d'une copie du **règlement intérieur** au greffe du **tribunal judiciaire** établit le **barreau** auprès dudit **tribunal**. »

*

Article **1er** du **règlement autonome** ayant pour objet de **réglementer** le **nombre** de **barreaux** rattachés à un **même tribunal judiciaire** ou les **doublons** (**avocats** inscrits à **plusieurs barreaux**) :

« 1. L'inscription d'un **avocat** aux **tableaux** de **barreaux concurrents**, tous rattachés au **même tribunal judiciaire**, n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'exercice des **prérogatives propres** à chacun des **conseils de l'ordre** concernés.

2. Les **différends d'ordre professionnel** sont soumis à la **procédure d'arbitrage** prévue à l'article **21, alinéa 3** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans les conditions précisées par les articles **179-2** à **179-7** du présent décret.

3. L'**avocat déclare** au **conseil de l'ordre**, lors de sa demande d'inscription, le cas échéant, son inscription précédente à un **barreau** rattaché au **même tribunal judiciaire**.

4. Le **conseil de l'ordre** compétent **déclare** l'**inscription** de l'avocat au **Conseil national des barreaux**, dans le **mois** suivant l'expiration du délai d'**un mois** imparti au **procureur général** par l'article **16, alinéa 2** du présent décret pour déférer cette décision à la **cour d'appel**. Le délai d'un **mois** est **suspendu** pendant l'**instance d'appel**. Il recommence à courir, en cas de **rejet** par la cour d'appel du recours du procureur général.

5. Il est procédé comme en **matière civile** pour toutes les **difficultés** qui ne seraient pas réglées par le présent décret.

6. Les **manquements** aux obligations prévues aux **alinéas 3** et **4** du présent article sont, sauf **urgence** ou **cas de force majeure**, punis de la **peine d'amende** prévue pour les **contraventions** de la **première classe**. »

II-C-D/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 16, ALINEA 3 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT, ENTACHE D'INCOMPETENCE

L'article **1 6** d u **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat dispose :

« *Le recours devant la cour d'appel est formé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au secrétariat-greffe de la cour d'appel ou remis contre récépissé au greffier en chef. Il est instruit et jugé selon les règles applicables en matière contentieuse à la procédure sans représentation obligatoire.*

Le délai du recours est d'un mois.

Sauf en matière disciplinaire, le ***conseil de l'ordre*** *est* ***partie*** *à l'instance.*

La cour d'appel statue en audience solennelle dans les conditions prévues à l'article R. 212-5 du code de l'organisation judiciaire et en la chambre du conseil, après avoir invité le bâtonnier à présenter ses observations.

Toutefois, à la demande de l'intéressé, les débats se déroulent en audience publique ; mention en est faite dans la décision.

La décision de la cour d'appel est notifiée par le secrétariat-greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au procureur général, au bâtonnier et à l'intéressé.

Le délai d'appel suspend l'exécution de la décision du conseil de l'ordre. L'appel exercé dans ce délai est également suspensif. »

L'**alinéa 3** du texte précité ne se borne pas à fixer les **règles procédurales** à suivre devant la **Cour d'appel**, mais rend **partie** à l'instance « *l e* ***conseil de l'ordre*** », en dehors de la « *matière disciplinaire* ».

Cependant, l'article **21, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ne confère la **personnalité civile** qu'au « ***barreau*** » et non pas au **conseil de l'ordre**, qui n'est que le **conseil d'administration**, **dépourvu de personnalité juridique**, dudit barreau :

« *Chaque* ***barreau*** *est doté de la* ***personnalité civile****.*
(…) »

Cette **disposition réglementaire** ne peut, dans ces conditions, être regardée comme ayant été prise sur le **fondement** de l'article **19** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ouvrant, « *sur les réquisitions du **procureur général*** », une **action en annulation attitrée** devant la **cour d'appel** dirigée contre « *Toute **délibération** ou **décision** du **conseil de l'ordre** étrangère aux attributions de ce conseil ou contraire aux dispositions législatives ou réglementaires* » (**alinéa 1er**), ainsi qu' « *à la requête de l'intéressé* », à l'encontre des « ***délibérations** ou **décisions** du **conseil de l'ordre** de nature à léser les intérêts professionnels d'un avocat.* » (**alinéa 2**).

Or, aux termes de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 :

« La **loi** fixe les **règles** concernant :
(…)
*l'**état** et la **capacité** des **personnes*** (…) ».

Il ne revient, dès lors, qu'au **législateur** d'attribuer la **personnalité morale** à une **entité**, comme il l'a fait au profit notamment des **conseils de l'ordre des médecins** au niveau départemental, régional et national :

« *Tous les **conseils de l'ordre** sont dotés de la **personnalité civile**.* »

(article **L. 4125-1** du Code de la santé publique).

L'article **16, alinéa 3** d u **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat se trouve, partant, entaché d'**incompétence** et doit, partant, être **abrogé**.

*

II-C-E/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 154 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Aux termes de l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat :

« *Ont seules* ***droit*** *au* ***titre d'avocat*** *les* ***personnes inscrites*** *au* ***tableau*** *d'un* ***barreau français****. Les avocats doivent faire suivre leur titre d'avocat de la* ***mention de ce barreau*** *ainsi que, le cas échéant, de celui du barreau étranger auquel ils appartiennent.* »

Cet article est intégré au **Titre III** dudit **décret** consacré à « **L'exercice de la profession d'avocat** (**Articles 111 à 179-7**) ».

Il est observé, dans cet ordre d'idées, que le **titre d'avocat** conditionne à la fois :

- l'**accès** à la profession (l'**admission à l'exercice**), s'il n'est pas **accordé** ;

- **l'exercice** de la profession, s'il est **retiré** après admission à l'exercice.

*

Il doit être rappelé, à cet égard, que l'article **53, 1°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques a **habilité** le **pouvoir réglementaire** aux fins d'établir, par **décret en Conseil d'Etat**, les **modalités d'application** des :

1°) « ***conditions d'accès*** *à la profession d'avocat* (…) », dont la **liste exhaustive** est donnée par l'article **11** de ladite **loi**, à laquelle le **règlement** ne peut pas ajouter ;

2°) « ***incompatibilités*** (…) » d'**exercice professionnel** ;

3°) « *conditions d'****inscription au tableau*** (…) » ;

4°) conditions « *d'****omission du tableau*** (…) ;

5°) « *conditions d'****exercice de la profession*** *dans les cas prévus aux articles* ***6*** *à* ***8-1*** *;* ».

Il découle de cette énumération :

D'une part, que les **règles dérivées** relatives aux conditions d'**inscription au tableau** et d'**omission du tableau** sont, dans les termes de la **loi**, **distinctes** de celles concernant les « ***conditions d'accès*** *à la profession d'avocat* (…) ». Il n'est, donc, pas justifié de consacrer un chapitre au **tableau** (articles **93** à **110**) au sein du **Titre II** du **décret** susvisé traitant de l' « **Accès à la profession d'avocat** (**Articles 42 à 110**) ».

En effet, depuis 1971, l'**accès** à la profession d'avocat se fait **directement** par la **prestation de serment** dont il est donné acte à l'intéressé par un arrêt d'***admittatur*** de la **Cour d'appel** et non pas **indirectement** par l'**adhésion à un barreau**.

D'autre part, le **Premier ministre** n'a pas été habilité par le **législateur** pour fixer les **règles dérivées** relatives aux **conditions d'exercice de la profession** autres que « *dans les cas prévus aux articles **6** à **8-1** ;* » de la **loi**.

*

L'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat : est entaché :

1°) d'**illégalité externe** en tant que **seul le législateur** aurait pu décider de réserver le **titre d'avocat** aux personnes inscrites au **tableau** d'un **barreau français**, ce qu'il n'a pas fait, craignant, sans doute, à juste raison, de violer l'article **11** de la **Convention européenne des droits de l'homme** (**CEDH**) garantissant le **droit** à la **liberté d'association** qui est le **droit de s'associer** et/ou **de ne pas s'associer** (**II-C-E-1**).

2°) d'**illégalité interne** en tant que, précisément, il méconnaît la **liberté d'entreprendre** et la **liberté d'association** que garantissent respectivement les articles **4 DDH** et **11 CEDH** (**II-C-E-2**).

*

II-C-E-1/ L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 154 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Elle se déduit des quatre considérations suivantes :

1°) L'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat se donne à voir comme un **règlement autonome**, en tant qu'il ne peut être regardé comme ayant été pris sur le fondement d'une **disposition législative** (**II-C-E-1-a**).

2°) L'**obligation d'interprétation conforme** du **règlement** ne permet pas, sauf **dénaturation** du texte soumis à l'examen, de donner à l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat une **signification autre** que celle à laquelle conduit l'**interprétation littérale** (**II-C-E-1-b**).

3°) Seule la loi peut **fixer** les **conditions essentielles d'accès** à une profession et celles de son **exercice** (**II-C-E-1-c**).

4°) Seule la loi peut **instaurer un régime d'autorisation préalable** (**II-C-E-1-d**).

*

II-C-E-1-a/ L'ARTICLE 154 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT EST UNE DISPOSITION REGLEMENTAIRE AUTONOME EN TANT QU'IL NE PEUT ETRE REGARDE COMME AYANT ETE PRIS SUR LE FONDEMENT D'UNE DISPOSITION LEGISLATIVE

Il ne fait pas de doute que la volonté du **législateur consulaire**, qui s'était exprimée à travers l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII (13 Mars 1804) relative aux Ecoles de droit, **expressément abrogé** par l'article **76** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, comme étant **contraire** à ladite **loi**, avait été de **subordonner** l'exercice de la profession d'avocat à l'inscription au **tableau** d'un **barreau français** :

« *Il sera formé un **tableau** des **avocats exerçant** près les tribunaux.* ».

Cette disposition a été, pendant plus de **cent soixante-sept ans**, le **fondement légal** des **règlements** qui se sont succédé, au fil des différents régimes politiques que la **France** a traversés, pour encadrer l'exercice de la profession d'avocat, tel le **décret impérial** du 14 Décembre 1810 « *contenant R*(è)*glement sur l'exercice de la Profession d'Avocat, et la discipline du Barreau* » dont l'article **1er** disposait :

« *En **exécution** de l'article **29** de la **loi** du 22 ventôse an XII, il sera dressé un **tableau** des **avocats exerçant** auprès de nos **cours impériales** et de nos **tribunaux de première instance**.* »

Le but était de pouvoir **contrôler** les avocats dans leur exercice professionnel et de les **empêcher** s'ils s'écartaient de la ligne qui leur était, ainsi, tracée. Le préambule du **décret** précité est très explicite quant aux **motivations coercitives** de l'**Empereur des Français** :

« (…)
*Lorsque nous nous occupions de **l'organisation de l'ordre judiciaire**, et des moyens d'assurer à nos cours la **haute considération** qui leur est due, une **profession** dont **l'exercice influe puissamment sur la distribution de la justice** a fixé nos regards ; nous avons en conséquence ordonné, par la **loi** du 22 ventôse an XII, le **rétablissement du tableau des avocats**, comme un des moyens les plus propres à maintenir la **probité**, la **délicatesse**, le **désintéressement**, le **désir de la conciliation**, l'**amour de la vérité** et de la **justice**, un **zèle éclairé** pour les **faibles** et les **opprimés**, bases essentielles de leur état.*

*En retraçant aujourd'hui les règles de cette **discipline salutaire** dont les avocats se montrèrent si jaloux dans les **beaux jours du barreau**, il convient d'assurer en même temps à la **magistrature** l a **surveillance** qui doit **naturellement** lui appartenir sur une profession qui a de si **intimes rapports** avec elle : nous aurons ainsi garanti la **liberté** et la **noblesse** de la profession d'avocat, en posant les **bornes** qui doivent la séparer de la **licence** et de l'**insubordination**.*
(…) » (nous soulignons).

L'article **2** dudit **décret** confirme la volonté de **corseter** la profession d'avocat :

« *Dans toutes les villes où les avocats excèdent le nombre de vingt, il sera formé un **conseil** pour leur **discipline**.* »

L e **contrôle administratif** et **politique** des avocats est nettement affirmé par l'article **6** du **décret impérial** :

« *Les **tableaux** ainsi arrêtés seront soumis à **l'approbation de notre grand-juge ministre de la justice**, et ensuite déposés aux greffes.* »

L e **barreau**, dont les membres inscrits au tableau formaient « *seuls **l'ordre des avocats*** » (article **9** dudit **décret**), était conçu comme le moyen **d'empêcher l'exercice professionnel** de l'**avocat jugé déviant** ou **marginal**, par la mise en œuvre du **régime disciplinaire** (l'exécution par la **voie administrative**).

Cependant, comme en témoigne l'**abrogation** de l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII, sans que son **contenu** soit repris par une autre disposition législative, la **volonté** du **législateur** a **changé** en 1971. Elle n'est plus, désormais, d'**obliger** les avocats à se **grouper** pour exercer leur profession, mais de permettre, selon le **libre choix** de l'intéressé, l'adhésion à un barreau, comme **mode d'exercice professionnel**. Le **tableau** a perdu, en 1971, son **obligatoriété**. Ainsi que le déclare l'article **1er, I**, de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, « *La profession d'avocat est une **profession libérale** et **indépendante**.* ». La **loi** n'est plus **impérative**, mais **supplétive de volonté**.

L es **travaux préparatoires** confirment que le **législateur** s'est engagé à n'entraver d'aucune sorte la **mission constitutionnelle de défense** des **Avocats**, lesquels évoluent dans l'**espace public** du **marché concurrentiel** :

« (…)
*La future profession d'avocat restera – la loi le dit – un**e profession libérale**. Par conséquent, elle ne s'exercera pas sur un **mode contraignant**. A cet égard, l'amendement me paraît donc inutile.*
(…) »
(**Monsieur Michel de GRAILLY**, Député, Assemblée Nationale, séance publique du 13 Octobre 1971, JORF page 4501).

Dans ces conditions, l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, qui s'intègre au **Titre III** dudit **décret** consacré à « **L'exercice de la profession d'avocat** (**Articles 111 à 179-7**) », ne peut être regardé comme ayant été pris sur le **fondement** de l'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (« *Les avocats **font partie** de barreaux* (…) »), qui ne formule qu'une **faculté d'adhésion** à un barreau (une **présomption *quod plerumque fit***), ni sur le fondement d'une autre disposition législative.

On sait, en effet, que depuis 1958 le **renvoi au règlement** n'emporte jamais transfert de **matière législative**. On tire immédiatement de cette **règle intangible** de **répartition des compétences constitutionnelles** qu'en invitant le **Chef du gouvernement** à présenter par **décret en Conseil d'Etat** « (…) *Les **conditions d'accès** à la profession d'avocat* (…) », l'article **53, 1°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires n'a pas investi le **pouvoir réglementaire** de la **compétence** pour fixer les **conditions essentielles d'accès** à la profession d'avocat, dont la **liste limitative** a été dressée par l'article **11** de ladite **loi**, mais seulement d'établir les **règles complémentaires** (**secondaires**) s'y rattachant.

…/...

C'est l'objet du **Titre II** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat intitulé « **Accès à la profession d'avocat** (**Articles 42 à 110**) ».

En outre, l'article **53, 1°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires n'a pas habilité le **règlement** à fixer toutes les **règles dérivées** relatives aux « ***conditions d'exercice*** *de la profession* », mais seulement « (…) *dans les cas prévus aux articles* ***6*** *à* ***8-1*** ; ». Sont, dès lors, **exclus** de la **clause d'habilitation** le **serment** de l'avocat (article **3, alinéa 1er**), la **liberté de déplacement** de l'avocat (article **3 bis, alinéa 1er**), la **plaidoirie**, la **représentation des parties** devant les **juridictions judiciaires** (**postulation**), **administratives** et l e **Conseil constitutionnel** dans le cadre de l'examen d'une **question prioritaire de constitutionnalité** (article **4, alinéa 1er**).

A l'évidence, depuis l'**abrogation** par l'article **76** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 de l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII, le **pouvoir réglementaire** ne peut plus se prévaloir d'une **quelconque habilitation législative**, que ce soit au regard des **conditions essentielles d'accès** à la profession d'avocat ou des **conditions essentielles de son exercice**.

La **solution jurisprudentielle** apportée par le **Conseil d'Etat**, sous l'empire du **décret** du 20 Juin 1920, dont l'article **5** présentait une rédaction très proche de celle de l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat (**CE, 18 Février 1921**, DP 1922. 3. 1), **n'est plus d'actualité**.

En effet, la **Haute juridiction**, pour confirmer la **légalité** de l'article **5** du **décret** du 20 Juin 1920, s'est expressément fondée sur la **délégation** donnée au **règlement d'administration publique** par l'article **38, 7°** de la **loi** du 22 Ventôse An XII « (…) *notamment à ce qui concernera* (…) ***7.°*** *La formation du* ***tableau*** *des avocats* (…) », **loi** dont elle a retenu qu'elle n'avait accordé le **titre d'avocat** « *qu'aux* ***avocats exerçant près les tribunaux*** ; », comme en disposait, avant son abrogation, l'article **29** de ladite **loi** (« *Il sera formé un* ***tableau*** *des* ***avocats exerçant*** *près les tribunaux.* ») :

« (…)
Considérant qu'il résulte de ces divers textes qu'en rétablissant le ***titre d'avocat****, la* ***loi*** *précitée* (22 Ventôse An XII) *ne l'a accordé qu'aux* ***avocats exerçant près les tribunaux*** *; qu'en admettant que, du rapprochement des art. 13, 38 et 39 de l'****ordonnance*** *du 20 nov. 1822, il ressorte que celle-ci a entendu créer une distinction entre le* ***titre d'avocat****, lequel serait* ***acquis*** *aux* ***licenciés en droit*** *par la* ***prestation de serment****, et la* ***fonction d'avocat****, dont* ***l'exercice*** *rendrait seul nécessaire* ***l'inscription au tableau****, ce fait ne pouvait être un obstacle à ce que le Gouvernement* ***abrogeât ladite ordonnance*** *et prît un* ***règlement nouveau****, en vertu de la* ***délégation*** *contenue dans l'art.* ***38-7°*** *de la* ***loi*** *susvisée du 22 vent. an 12, en vue d'****assurer l'application*** *d'un* ***principe*** *posé par la* ***loi elle-même*** *; que c'est dans ce but, et conformément à ce* ***principe****, qu'a été édicté l'art.* ***5*** *du* ***décret*** *attaqué, d'après lequel, sous réserve de la disposition transitoire contenue à l'art. 49, § 1er, seuls ont droit au* ***titre d'avocat*** *les* ***licenciés en droit*** *qui sont* ***régulièrement inscrits au tableau*** *ou au stage du barreau d'une cour d'appel ou d'un tribunal de première instance ; qu'il suit de là que les sieurs Guillemain, Bricout et Le Blond ne sont pas fondés à soutenir que l'art. 5 dont s'agit est entaché d'excès de pouvoir ;*
(…) »
(**CE, 18 Février 1921**, DP 1922. 3. 1).

Se pose, dès lors, depuis l'**abrogation** de l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII, que le **gouvernement** ne saurait ignorer, la question de savoir si un tel **énoncé normatif** réservant le **titre** d'**avocat** aux seules « (…) *personnes **inscrites** au **tableau** d'un **barreau français***. (…) » a pu être **constitutionnellement** formulé par le **Premier ministre** au titre de son **pouvoir réglementaire autonome** (articles **21, alinéa 1er, quatrième phrase** et **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958), pour fixer, à titre **complémentaire** et **secondaire**, les **conditions d'accès à la profession** et les **règles d'exercice professionnel** applicables aux **avocats**.

Pour ce faire, le **Premier ministre** devrait justifier de la **nécessité d'ordre public** de fixer les **règles** d'une **matière réglementaire**, comme peut l'être, par exemple, la **procédure civile**.

Le préalable obligatoire de l'**interprétation conforme** ne permet pas, cependant, de donner à l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat une **signification** autre que celle à laquelle conduit son **interprétation littérale** (v. *infra* **§ II-C-E-1-b**).

*

II-C-E-1-b/ L'OBLIGATION D'INTERPRETATION CONFORME DU REGLEMENT NE PERMET PAS, EN L'OCCURRENCE, SAUF DENATURATION DU TEXTE SOUMIS A EXAMEN, DE LUI DONNER UNE SIGNIFICATION AUTRE QUE CELLE A LAQUELLE CONDUIT L'INTERPRETATION LITTERALE

1.-/ LE PRINCIPE DE L'OBLIGATION D'INTERPRETATION CONFORME

L'interprétation conforme du **droit interne** (c'est dire **lu** et **compris** tel qu'il soit conforme au **droit** de l'**Union européenne**) n'est pas, pour les **autorités nationales compétentes**, en ce compris les **juridictions**, une **simple faculté**, mais une **véritable obligation**.

Elle implique nécessairement qu'un **texte national** ne puisse être écarté en son application, s'il est jugé **incompatible** avec la **norme supranationale**, que si toute **interprétation conforme** se révèle impossible, parce qu'elle conduirait à une **interprétation *contra legem***.

Seul le **conflit irréductible de normes** dont la **dénaturation** est le **témoin ultime**, justifie que la **norme nationale** soit écartée en son application à l'espèce particulière.

*

L'**obligation** d'**interprétation conforme** du **droit national** s'exprime dans la jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne** de la façon suivante :

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

1) L'article 28, paragraphe 2, de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil, du 27 novembre 2008, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'une déclaration faite, au titre de cette disposition, par un État membre, postérieurement à la date d'adoption de cette décision-cadre, ne peut produire d'effets juridiques.

2) Le principe de primauté du droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas à une juridiction nationale de laisser inappliquée une disposition du droit national incompatible avec des dispositions d'une décision-cadre, telle que les décisions-cadres en cause au principal, dont les effets juridiques sont préservés conformément à l'article 9 du protocole (no 36) sur les dispositions transitoires, annexé aux traités, ces dispositions étant dépourvues d'effet direct. Les autorités des États membres, en ce compris les juridictions, sont néanmoins tenues de procéder, dans toute la mesure du possible, à une interprétation conforme de leur droit national qui leur permet d'assurer un résultat compatible avec la finalité poursuivie par la décision-cadre concernée.

(**CJUE, Grande Chambre, 24 Juin 2019, Daniel Adam POPLAWSKI**, affaire C-573/17).

En l'occurrence, la **Cour de Luxembourg** a très fortement suggéré à la **juridiction de renvoi néerlandaise** (**tribunal d'Amsterdam**) d'**interpréter** son **droit national** comme créant non une **simple faculté**, mais une **véritable obligation** d'exécuter la peine privative ou restrictive de liberté sur son propre territoire, pour tenir compte des dispositions de la **décision-cadre 2002/584/JAI** du **Conseil**, du 13 Juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (JO 2002, L 190, p. 1) :

« (…)

*71 Lesdites décisions-cadres étant dépourvues d'**effet direct** en vertu du traité UE lui-même, il résulte du point 68 du présent arrêt qu'une juridiction d'un État membre n'est pas tenue, sur le seul fondement du droit de l'Union, d'écarter l'application d'une disposition de son droit national contraire à ces décisions-cadres.*

*72 Il y a lieu de rappeler, en troisième lieu, que, si les décisions-cadres ne peuvent produire d'effet direct, leur **caractère contraignant** entraîne néanmoins dans le chef des autorités nationales une **obligation d'interprétation conforme** de leur droit interne à partir de la date d'expiration du délai de transposition de ces décisions-cadres (arrêt du 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, points 58 et 61).*

73 En appliquant le droit national, ces autorités sont donc tenues d'interpréter celui-ci, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de la décision-cadre afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci (voir, en ce sens, arrêts du 16 juin 2005, Pupino, C-105/03, EU:C:2005:386, point 43 ; du 5 septembre 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11, EU:C:2012:517, point 54 ; du 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, point 59, et du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 31).

74 Le principe d'interprétation conforme du droit national connaît toutefois certaines limites.

75 Ainsi, les principes généraux du droit, en particulier les principes de sécurité juridique et de non- rétroactivité, s'opposent notamment à ce que l'obligation d'interprétation conforme puisse conduire à déterminer ou à aggraver, sur le fondement d'une décision-cadre et indépendamment d'une loi prise pour la mise en œuvre de celle-ci, la responsabilité pénale de ceux qui ont commis une infraction (voir, en ce sens, arrêts du 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, points 63 et 64, ainsi que du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 32).

76 De même, le principe d'interprétation conforme ne peut servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national (arrêt du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 33 et jurisprudence citée). En d'autres termes, l'obligation d'interprétation conforme cesse lorsque le droit national ne peut pas recevoir une application telle qu'il aboutit à un résultat compatible avec celui visé par la décision-cadre concernée (arrêt du 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, point 66).

77 Cela étant, le principe d'interprétation conforme requiert de prendre en considération l'ensemble du droit interne et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, afin de garantir la pleine effectivité de la décision-cadre concernée et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci (voir, en ce sens, arrêts du 5 septembre 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11, EU:C:2012:517, point 56 ; du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 34, et du 12 février 2019, TC, C-492/18 PPU, EU:C:2019:108, point 68).

78 Dans ce contexte, la Cour a déjà jugé que l'obligation d'interprétation conforme impose aux juridictions nationales de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit interne incompatible avec les objectifs d'une décision-cadre et de laisser inappliquée, de leur propre autorité, toute interprétation retenue par une juridiction supérieure qui s'imposerait à elle, en vertu de son droit national, si cette interprétation n'est pas compatible avec la décision-cadre concernée (voir, en ce sens, arrêts du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 33, ainsi que du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, points 35 et 36).

79 Partant, une juridiction nationale ne saurait valablement considérer qu'elle se trouve dans l'impossibilité d'interpréter une disposition nationale en conformité avec le droit de l'Union en raison du seul fait que cette disposition a, de manière constante, été interprétée dans un sens qui n'est pas compatible avec ce droit (arrêts du 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, point 69, et du 6 novembre 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, point 60) ou est appliquée d'une telle manière par les autorités nationales compétentes.

80 S'agissant, en l'occurrence, de l'obligation d'interpréter le droit néerlandais et, plus particulièrement, l'OLW de manière conforme à la décision-cadre 2002/584, il convient de relever ce qui suit.

81 Au point 37 de son arrêt du 29 juin 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503), la Cour a constaté que l'obligation pour le juge national d'assurer la pleine effectivité de la décision-cadre 2002/584 entraîne pour le Royaume des Pays-Bas l'obligation d'exécuter le MAE en cause au principal ou, en cas de refus, celle de garantir aux Pays-Bas l'exécution effective de la peine prononcée en Pologne à l'encontre de M. Popławski.

82 En effet, il y a lieu de rappeler que l'impunité de la personne recherchée serait incompatible avec l'objectif poursuivi tant par la décision-cadre 2002/584 (voir, en ce sens, arrêts du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 23, et du 13 décembre 2018, Sut, C-514/17, EU:C:2018:1016, point 47) que par l'article 3, paragraphe 2, TUE, selon lequel l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière, notamment, de contrôle des frontières extérieures, de prévention de la criminalité ou de lutte contre ce phénomène [arrêt du 25 juillet 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, point 86].

83 La Cour a également souligné que l'obligation visée au point 81 du présent arrêt n'ayant aucune incidence sur la détermination de la responsabilité pénale de M. Popławski, qui découle du jugement prononcé le 5 février 2007 contre lui par le Sąd Rejonowy w Poznaniu (tribunal d'arrondissement de Poznań), elle ne saurait a fortiori être considérée comme entraînant une aggravation de cette responsabilité, au sens du point 75 du présent arrêt (arrêt du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 37).

84 Il ressort du dossier soumis à la Cour que la juridiction de renvoi paraît exclure, sauf à recourir à une interprétation contra legem, que l'OLW puisse être appliquée de telle manière que le MAE en cause au principal soit exécuté et que M. Popławski soit remis aux autorités judiciaires polonaises.

85 Partant, si une interprétation du droit national aboutissant à l'exécution du MAE émis à l'encontre de M. Popławski s'avère effectivement impossible, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, il incombe encore à cette dernière d'interpréter la réglementation néerlandaise pertinente et, en particulier, l'article 6 de l'OLW, sur le fondement duquel la remise de M. Popławski aux autorités polonaises serait refusée, dans toute la mesure du possible, de manière à ce que l'application de cette réglementation permette, par la prise en charge effective aux Pays-Bas de la peine prononcée à l'encontre de M. Popławski, d'éviter l'impunité de ce dernier et d'aboutir ainsi à une solution compatible avec l'objectif poursuivi par la décision-cadre 2002/584, tel qu'il a été rappelé au point 82 du présent arrêt.

86 À cet égard, comme la Cour l'a souligné au point 23 de son arrêt du 29 juin 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503), une réglementation d'un État membre qui, comme l'article 6 de l'OLW, met en œuvre le motif de non-exécution facultative d'un MAE aux fins de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté contenu à l'article 4, point 6, de la décision-cadre 2002/584, en prévoyant que les autorités judiciaires de cet État sont en tout état de cause tenues de refuser l'exécution d'un MAE dans l'hypothèse où la personne recherchée réside dans ledit État, sans que ces autorités jouissent d'une quelconque marge d'appréciation et sans que ce même État s'engage à faire exécuter effectivement la peine privative de liberté prononcée contre cette personne recherchée, créant ainsi un risque d'impunité de ladite personne, ne saurait être considérée comme étant conforme à cette décision-cadre.

87 Dans ces conditions, il y a lieu de rappeler que la Cour, appelée à fournir au juge national des réponses utiles dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, peut apporter des précisions visant à guider la juridiction de renvoi et lui indiquer quelle interprétation du droit national satisferait à son obligation d'interpréter celui-ci conformément au droit de l'Union (arrêt du 17 octobre 2018, Klohn, C-167/17, EU:C:2018:833, point 68).

88 En l'occurrence, s'agissant, tout d'abord, de l'obligation, imposée par l'article 4, point 6, de la décision-cadre 2002/584 et rappelée au point 86 du présent arrêt, d'assurer, en cas de refus d'exécution du MAE, la prise en charge effective par l'État membre d'exécution de la peine privative de liberté, il convient de relever que cette obligation présuppose un véritable engagement de cet État à exécuter la peine privative de liberté prononcée contre la personne recherchée, si bien que, en tout état de cause, la seule circonstance que cet État se déclare « disposé » à faire exécuter cette peine ne saurait être considérée comme étant de nature à justifier un tel refus. Il s'ensuit que tout refus d'exécuter un MAE doit être précédé de la vérification, par l'autorité judiciaire d'exécution, de la possibilité d'exécuter réellement la peine conformément à son droit interne (arrêt du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 22).

89 Or, il ressort du point 38 de l'arrêt du 29 juin 2017, Popławski (C-579/15, EU:C:2017:503), que, selon la juridiction de renvoi, la déclaration par laquelle l'Openbaar Ministerie (ministère public, Pays-Bas) fait savoir à l'autorité judiciaire d'émission qu'il est disposé, en application de l'article 6, paragraphe 3, de l'OLW, dans sa version applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la WETS, à prendre en charge l'exécution de la peine à la base du MAE en cause au principal ne saurait être interprétée comme constituant un véritable engagement du Royaume des Pays-Bas à exécuter cette peine, à moins que l'article 4, point 6, de la décision-cadre 2002/584 puisse être considéré comme un fondement juridique conventionnel au sens dudit article 6, paragraphe 3, pour l'exécution effective d'une telle peine aux Pays-Bas.

90 Bien qu'il appartienne à la seule juridiction de renvoi d'apprécier si le droit néerlandais est susceptible d'être interprété en ce sens que la décision-cadre 2002/584 est assimilable à un tel fondement juridique conventionnel, aux fins de l'application de l'article 6, paragraphe 3, de l'OLW, dans sa version applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la WETS, la Cour a déjà jugé que le droit de l'Union ne s'oppose pas à une telle assimilation.

91 En effet, d'une part, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, selon les considérants 5, 7 et 11 de la décision-cadre 2002/584 ainsi que son article 1er, paragraphes 1 et 2, cette décision-cadre remplace, dans les relations entre États membres, tous les instruments antérieurs relatifs à l'extradition, y compris les conventions ayant existé à cet égard entre les différents États membres. En outre, ladite décision-cadre coexistant, tout en ayant un régime juridique propre défini par le droit de l'Union, avec les conventions d'extradition liant les différents États membres aux États tiers, une assimilation de la décision-cadre 2002/584 à une telle convention ne paraît pas d'emblée exclue [voir, en ce sens, arrêts du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 41, et du 25 juillet 2018, Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 39].

92 D'autre part, la Cour a également jugé que la décision-cadre 2002/584 ne contient aucune disposition permettant de conclure qu'elle s'opposerait à ce que les termes « une autre convention applicable », figurant à l'article 6, paragraphe 3, de l'OLW, dans sa version applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la WETS, soient interprétés en ce sens qu'ils couvrent également l'article 4, point 6, de cette décision-cadre, dès lors qu'une telle interprétation permettrait de garantir que la faculté de l'autorité judiciaire d'exécution de refuser d'exécuter le MAE ne soit exercée qu'à la condition d'assurer l'exécution effective aux Pays-Bas de la peine prononcée contre M. Popławski et d'aboutir ainsi à une solution conforme à la finalité poursuivie par ladite décision-cadre (arrêt du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 42).

93 Il ressort de la demande de décision préjudicielle que la juridiction de renvoi confirme qu'une telle assimilation permettrait, selon l'interprétation qu'elle fait du droit néerlandais, de garantir que la peine à laquelle a été condamné M. Popławski soit effectivement exécutée aux Pays-Bas. Elle relève néanmoins que le ministre, appelé à intervenir dans la procédure en cause au principal en vertu de l'article 6, paragraphe 4, de l'OLW, estime que la décision-cadre 2002/584 ne peut pas constituer une convention au sens de l'article 6, paragraphe 3, de l'OLW, dans sa version applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la WETS.

94 À cet égard, il convient, d'une part, de rappeler que, comme il a été souligné au point 72 du présent arrêt, l'obligation d'interpréter le droit national d'une manière conforme à la décision-cadre 2002/584 s'impose à toutes les autorités des États membres, y compris, en l'occurrence, au ministre. Ce dernier est donc tenu, tout comme les autorités juridictionnelles, d'interpréter le droit néerlandais, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de cette décision- cadre, afin de permettre que, par la prise en charge aux Pays-Bas de la peine prononcée contre M. Popławski, l'effectivité de la décision-cadre 2002/584 soit préservée, ce que garantit l'interprétation de l'article 6, paragraphe 3, de l'OLW, dans sa version applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la WETS, rappelée au point 92 du présent arrêt.

95 D'autre part, la circonstance qu'une interprétation de la loi nationale incompatible avec le droit de l'Union serait soutenue par le ministre ne fait en aucun cas obstacle à l'obligation d'interprétation conforme qui pèse sur le juge de renvoi.

96 Il en va d'autant plus ainsi que la décision-cadre 2002/584 instaure un mécanisme de coopération entre les autorités judiciaires des États membres et que la décision relative à l'exécution d'un MAE doit être prise par une autorité judiciaire qui satisfait aux exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective, dont fait partie la garantie d'indépendance, de sorte que toute la procédure prévue par cette décision-cadre soit exercée sous contrôle judiciaire [voir, en ce sens, arrêt du 25 juillet 2018, Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 56]. Il s'ensuit que, le ministre n'étant pas une autorité judiciaire, au sens de ladite décision-cadre (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, point 45), la décision relative à l'exécution du MAE délivré à l'encontre de M. Popławski ne saurait dépendre de l'interprétation que le ministre donne de l'article 6, paragraphe 3, de l'OLW.

97 Dès lors, la juridiction de renvoi ne saurait, dans l'affaire au principal, valablement considérer qu'elle se trouve dans l'impossibilité d'interpréter ledit article 6, paragraphe 3, en conformité avec le droit de l'Union, en raison du seul fait que cette disposition a été interprétée, par le ministre, dans un sens qui n'est pas compatible avec ce droit (voir, par analogie, arrêt du 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, point 69).

98 Il résulte de ce qui précède que, si la juridiction de renvoi parvient à la conclusion que la décision- cadre 2002/584 peut être assimilée, conformément aux méthodes d'interprétation reconnues en droit néerlandais, à une convention, aux fins de l'application de l'article 6, paragraphe 3, de l'OLW, dans sa version applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la WETS, elle est tenue d'appliquer cette disposition, ainsi interprétée, au litige en cause au principal, sans avoir égard au fait que le ministre s'oppose à une telle interprétation.

99 S'agissant, ensuite, de l'obligation, imposée par l'article 4, point 6, de la décision-cadre 2002/584 et rappelée au point 86 du présent arrêt, d'assurer une marge d'appréciation à l'autorité judiciaire d'exécution dans la mise en œuvre du motif de non-exécution facultative d'un MAE prévue à cette disposition, il y a lieu de rappeler, tout d'abord, que cette autorité doit pouvoir tenir compte de l'objectif poursuivi par le motif de non-exécution facultative énoncé à cette disposition, qui consiste, selon une jurisprudence bien établie de la Cour, à permettre à l'autorité judiciaire d'exécution d'accorder une importance particulière à la possibilité d'accroître les chances de réinsertion sociale de la personne recherchée à l'expiration de la peine à laquelle cette dernière a été condamnée (arrêt du 29 juin 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, point 21).

100 Il s'ensuit que la faculté conférée à l'autorité judiciaire d'exécution de refuser, sur la base dudit article 4, point 6, la remise de la personne recherchée ne peut être mise en œuvre que si cette autorité, après avoir vérifié, d'une part, que cette personne demeure dans l'État membre d'exécution, en est ressortissante ou y réside, et, d'autre part, que la peine privative de liberté prononcée par l'État membre d'émission contre cette personne peut être effectivement exécutée dans l'État membre d'exécution, estime qu'il existe un intérêt légitime justifiant que la peine infligée dans l'État membre d'émission soit exécutée sur le territoire de l'État membre d'exécution (arrêt du 13 décembre 2018, Sut, C-514/17, EU:C:2018:1016, point 37).

*101 Il incombe dès lors, à titre principal, à la juridiction de renvoi d'**interpréter son droit national**, dans toute la mesure du possible, d'une **manière conforme** à l'exigence rappelée au point précédent.*

*102 À tout le moins, cette juridiction devrait retenir une **interprétation** de son droit national qui lui permette d'aboutir à une solution qui, dans l'affaire au principal, **ne soit pas contraire à l'objectif poursuivi par la décision-cadre 2002/584**. En effet**, l'obligation d'interprétation conforme** perdure tant que le droit national peut recevoir une application telle qu'il aboutit à un **résultat compatible** avec celui visé par cette **décision-cadre** (voir, en ce sens, arrêt du 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, point 66).*

*103 À cet égard, il ressort des conditions qui entourent la mise en œuvre du **motif de non-exécution facultative d'un MAE**, prévu à l'article **4, point 6**, de la **décision-cadre 2002/584**, que le législateur de l'Union a voulu **éviter tout risque d'impunité de la personne recherchée** (voir, en ce sens, arrêt du 13 décembre 2018, Sut, C-514/17, EU:C:2018:1016, point 47), en adéquation avec l'objectif général de ladite décision-cadre, tel qu'il a été souligné au point 82 du présent arrêt.*

104 Or, une interprétation de l'article 6 de l'OLW, en vertu de laquelle le juge de renvoi ne peut, en aucun cas, exécuter le MAE délivré à l'encontre de M. Popławski, ne fait pas nécessairement obstacle à ce que tout risque d'impunité dans le chef de M. Popławski soit écarté et à ce que, partant, tant la finalité poursuivie par ladite décision-cadre que l'obligation qu'elle impose, en l'occurrence au Royaume des Pays-Bas, telles qu'elles ont été rappelées aux points 81 et 82 du présent arrêt, soient satisfaites.

*105 En revanche, exiger, afin que l'**interprétation** de l'article 6 de l'OLW soit considérée comme **conforme au droit de l'Union**, que cette disposition donne une marge d'appréciation au juge de renvoi, autorisant celui-ci à exécuter le MAE émis à l'encontre de M. Popławski s'il estime qu'aucun intérêt légitime ne justifie que la peine à laquelle il a été condamné soit exécutée aux Pays-Bas, risquerait, si le droit national ne pouvait être interprété conformément à une telle exigence, de rendre impossible, compte tenu de l'absence d'effet direct de la décision-cadre 2002/584, non seulement la remise de M. Popławski aux autorités judiciaires polonaises, mais aussi l'exécution effective de sa peine aux Pays-Bas.*

*106 Or, un tel résultat consacrerait **l'impunité de la personne recherchée** et serait en contradiction avec la finalité poursuivie par la décision-cadre 2002/584 et l'obligation qu'elle impose en l'occurrence aux Pays-Bas, telles qu'elles ont été rappelées aux points 81 et 82 du présent arrêt.*

*107 Dans de telles circonstances, il y a lieu de considérer que la juridiction de renvoi retiendrait une **interprétation du droit néerlandais conforme** aux **objectifs poursuivis** par la **décision-cadre 2002/584** en interprétant ce droit de telle sorte que le **refus d'exécuter le MAE** en cause au principal, émis par la République de Pologne, soit subordonné à la **garantie** que la peine privative de liberté à laquelle a été condamné M. Popławski **sera effectivement exécutée aux Pays-Bas**, et ce même si ledit droit prévoit que ce refus intervient de manière automatique.*

*108 Eu égard aux éléments fournis dans la décision de renvoi, une telle **interprétation conforme du droit néerlandais** à l'article **4, point 6, de la décision-cadre 2002/584** semble **possible** et, partant, l'**exécution aux Pays-Bas** de la **peine privative de liberté** à laquelle M. Popławski a été condamné en Pologne **paraît permise**, ce qu'il incombe cependant à la juridiction de renvoi de vérifier.*

*109 Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de répondre à la première question que le **principe de primauté** du **droit de l'Union** doit être **interprété** en ce sens qu'**il n'impose pas** à une juridiction nationale de laisser inappliquée une disposition du droit national incompatible avec des dispositions d'une décision-cadre, telle que les décisions-cadres en cause au principal, dont les effets juridiques sont préservés conformément à l'article 9 du protocole (no 36) sur les dispositions transitoires, annexé aux traités, ces dispositions étant dépourvues d'effet direct. Les **autorités des États membres**, en ce compris les **juridictions**, sont néanmoins **tenues** de procéder, dans toute la mesure du possible, à une **interprétation conforme de leur droit national** qui leur permet d'assurer un **résultat compatible** avec la **finalité** poursuivie par la **décision-cadre concernée**.*

(…) »

(**CJUE, Grande Chambre, 24 Juin 2019, Daniel Adam POPLAWSKI**, affaire C-573/17, points **71** à **109**).

*

Comme susdit, l'**obligation d'interprétation conforme** qui s'impose à **tous les organes de l'Etat**, en ce compris et au premier plan, les **juridictions nationales**, conduit, en cas de **doute** quant à la **compatibilité** du **texte interne** avec le **droit de l'Union européenne**, à envisager celui-là sous tous les angles, de telle sorte qu'il puisse, en définitive, se présenter dans un **rapport de compatibilité**, c'est dire comme pouvant se **concilier** avec les **principes généraux** du **droit de l'Union** ou les **actes de droit dérivé**, tels que les **règlements**, **directives** ou **décisions-cadres**.

Seule une **interprétation *contra legem***, révélatrice d'un **conflit de normes irréductible**, libère l'interprète qui, s'il est **juge**, n'aura d'autre choix que d'**écarter l'application** de la **loi nationale** comme étant **incompatible** avec la **norme supranationale**.

Satisfaire à cette **obligation** peut nécessiter de dépasser une simple **interprétation littérale**, qui ne permettrait pas de surmonter la difficulté, mais à l'inverse la cristalliserait. Une **interprétation exégétique** (qui s'attache à reconstituer **l'intention** du **législateur** au vu notamment des **travaux parlementaires précédant** le vote de la loi) et/ou une **interprétation téléonomique** (qui se concentre sur la **finalité**, c'est dire le **but d'intérêt général** que s'est assigné le Parlement en votant la loi) peuvent se révéler indispensables lorsque la lecture de la **loi**, détachée de la **Constitution** ou du **droit de l'Union européenne** laisse apparaître un **hiatus normatif**, autrement dit l'apparence d'une **incompatibilité**.

L'**obligation d'interprétation conforme** se traduit, en termes concrets, par une **lecture intégrée** de la **loi**, c'est dire **enrichie** d'une **normativité constitutionnelle** et/ou **supranationale**, ayant pour effet de livrer à l'interprète un **texte augmenté**, **compatible** avec le **droit de l'Union**, **le droit conventionnel** ou les autres **engagements internationaux** de la **France**.

*

Rapportée au **système normatif interne**, l'**obligation d'interprétation conforme** signifie que l'application de la **loi** ou du **règlement** doit, en cas de difficulté, se faire à l'aune de la **signification** (**sens** et **référence**) qui peut raisonnablement lui être attribuée, selon les **règles d'interprétation** retenues par le **droit positif**.

S'agissant, ici, d'**interpréter** un **règlement autonome**, point culminant de l'exercice du **pouvoir réglementaire**, au sens et pour l'application de l'article **21, alinéa 1er, quatrième phrase** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, est déterminante la question de la **latitude** que ménage cette **norme constitutionnelle** au **pouvoir exécutif**.

*

2.-/ L'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INTERPRÉTATION CONFORME DU REGLEMENT A L'ARTICLE 154 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT SE HEURTE A LA DENATURATION DU TEXTE

La difficulté, en l'occurrence, se loge dans la question suivante :

Confronté à un **règlement national** (ici, un **décret en Conseil d'Etat**) dont il pressent qu'il n'est pas **compatible** avec les **normes** qui lui sont **supérieures** (Constitution, droit de l'Union européenne, traité international, loi, principe général du droit), l'interprète, conscient de l'**obligation** faite au juge, notamment, d**'interprétation conforme**, doit-il privilégier l'une ou l'autre des **méthodes d'interprétation** (v. **Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, Quadrige, 13è édition Janvier 2020, v° INTERPRETATION, page 564) et selon quels **critères** ?

- L'**interprétation littérale,** qui s'attache à la **lettre** du texte, fige celui-ci dans son expression originelle, au jour de son édiction, sans possibilité d'adaptation aux changements de circonstances de droit ou de fait.

- L**'interprétation exégétique**, qui s'efforce de dégager l'**intention** de son **auteur** au moment où il prend sa décision, ne procure pas plus de latitude à l'interprète, en l'absence d'application jurisprudentielle et faute de débats parlementaires.

- Quant à l'**interprétation téléonomique**, qui se règle sur la **finalité** de la norme, elle, seule, est susceptible, selon le **contexte**, d'enrichir le texte réglementaire d'une **normativité augmentée**.

*

En l'espèce, il ne fait pas de doute :

1°) Qu'**aucune décision de justice** n'a dit que par l'expression « *a u **tableau** d'un **barreau français*** » qu'utilise l'article **154, première phrase** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, il fallait entendre « *sur **l'annuaire national*** » qu'en vertu de l'article **21-1, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, le **Conseil national des barreaux** « (…) ***établit, met à jour** et **met à disposition en ligne*** (…) ».

Cette **interprétation** aurait, sans doute, l'avantage de permettre de lire le **règlement** critiqué comme étant conforme à la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971, dont ni l'article **15** ni **aucune autre disposition** ne créent d'**obligation d'inscription** au **tableau** d'un **barreau**. Cependant, comme susdit, l'inconvénient d'une telle **interprétation** est de ne pas avoir, à ce jour, été recueillie par la **jurisprudence**.

2°) Que la **chronologie** n'est pas favorable à une telle **interprétation extensive**, puisque l'**annuaire national des avocats** n'a été créé qu'en 2016 (article **22, 2°** de la **loi** n°2016-1547 du 18 Novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle - JORF du 19 Novembre 2016, texte n°1 – ajoutant un **alinéa 2** à l'article **21-1** susvisé de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), alors que l'article **154** du **décret** n°91-1197 précité du 27 Novembre 1991 lui est antérieur de **vingt-cinq années**.

3°) Que l'**intention véritable** de l'auteur du **décret** attaqué a été, selon toute vraisemblance, au vu des **anciens textes** régissant la profession d'avocat, de subordonner l'exercice professionnel des avocats à leur **inscription** au **tableau** d'un **barreau français**, dans le **but** évident de pouvoir assurer un **contrôle administratif** (**régime disciplinaire**) de leurs agissements.

*

En l'espèce, **forcer l'interprétation** de l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, pour tenter de le rendre **conforme** aux **dispositions libérales** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, conduirait à sa **dénaturation**, tant dans son **expression littérale** qu'au regard de **l'intention** du **Premier ministre** qui l'a édicté, il y a bientôt **trente ans**.

L'interprète doit, donc, se rendre à l'évidence : le **Chef du gouvernement** a voulu en 1991, de sa propre autorité, ajouter à la **loi** une **condition essentielle d'exercice** de la profession d'avocat, que le **législateur** n'a pas prévue, en rétablissant le **caractère obligatoire** de l'**inscription** au **tableau** d'un **barreau**, tel qu'il existait sous l'empire de l'article **29** de la **loi** du 22 Ventôse An XII modifiée relative aux écoles de droit (13 Mars 1804), **expressément abrogé** par l'article **76** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, comme faisant partie, selon la lettre du **texte législatif nouveau**, des « ***dispositions contraires*** » à ladite **loi**.

Cependant, la **Constitution** de la **France** ne permet plus, depuis 1958, une telle **extension** de la **compétence réglementaire** (v. *infra* **§§ II-C-E-1-c** et **II-C-E-1-d**).

*

II-C-E-1-c/ SEULE LA LOI PEUT FIXER LES CONDITIONS ESSENTIELLES D'ACCES A UNE PROFESSION NON SOUMISE A AUTORISATION ET CELLES DE SON EXERCICE

Une définition de la **profession réglementée** peut être empruntée à la **directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil** du 07 Septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JOUE L 255 du 30.09.2005, p. 22), dont l'article **3, § 1, a)** dispose :

« (…)

Article 3
Définitions

1. Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) «**profession réglementée**»: une **activité** ou un **ensemble d'activités professionnelles** dont l'**accès**, l'**exercice** ou une des **modalités d'exercice** est subordonné directement ou indirectement, en vertu de **dispositions législatives**, **réglementaires** ou **administratives**, à la possession de **qualifications professionnelles déterminées**; l'utilisation d'un **titre professionnel** limitée par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives aux détenteurs d'une qualification professionnelle donnée constitue notamment une **modalité d'exercice**. Lorsque la première phrase n'est pas d'application, une profession visée au paragraphe 2 est assimilée à une profession réglementée;
(…) »

En la circonstance, il n'est point question de **procédure civile**, mais du **libre accès à une activité professionnelle**, dont les **règles** ne peuvent être fixées que par la **loi**, en vertu de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, au titre des « (…) ***garanties fondamentales*** *accordées aux* ***citoyens*** *pour l'exercice des* ***libertés publiques*** (…) » :

« (…)
Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article ***34*** *de la* ***Constitution*** *: « La* ***loi*** *fixe les* ***règles*** *concernant : / (...) les* ***garanties fondamentales*** *accordées aux* ***citoyens*** *pour l'exercice des* ***libertés publiques*** *(...) » ; qu'au nombre des* ***libertés publiques*** *dont, en vertu de ces dispositions, les* ***garanties fondamentales*** *relèvent du* ***domaine de la loi****, figure le* ***libre accès*** *à* ***l'exercice*** *par les citoyens d'une* ***activité professionnelle*** *; qu'****il ne revient dès lors qu'à la loi*** *ou, en cas d'application de l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement intervenant par voie d'ordonnance, de* ***fixer*** *les* ***règles essentielles*** *relatives aux* ***conditions d'accès*** *à l'activité professionnelle en cause et à ses* ***modalités d'exercice*** *;*
(…) »
(**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 23 Décembre 2010, Conseil national de l'Ordre des médecins et a**., n° 337396, n° 337625).

Il en résulte que l'édiction du **règlement autonome** (article **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) ne sera possible que :

1°) S'il existe, en l'occurrence, « *en dehors de toute **délégation législative** et en vertu de ses **pouvoirs propres*** » une **nécessité** d'**exercer le pouvoir réglementaire** en vertu de l'article **21, alinéa 1er, quatrième phrase**, de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, au titre de la **police administrative** (**CE, 08 Août 1919, LABONNE** : « (…) *déterminer celles des **mesures de police** qui doivent **en tout état de cause** être appliquées dans **l'ensemble du territoire*** ») ou d'un **service public**.

2°) Si le **règlement autonome** (ou **spontané**) ne contrarie aucune **norme législative** en restant dans les limites de sa **compétence**, c'est dire en n'empiétant pas sur le **domaine de la loi**.

3°) S'il ne résulte pas de la **réglementation** adoptée par le **pouvoir exécutif** une **atteinte disproportionnée** à un **droit** ou une **liberté** garanti par la **Constitution** (**CE, Ass. 18 Mai 2018, LOUVION**, n°400675).

Or, la **profession d'avocat** n'est pas, pour toutes ses branches d'activités, une profession dont l'**exercice** est réglementé par la **loi**, mais une profession dont seul **l'accès** est réglementé et dont le **titre** est **protégé**.

Ce n'est que pour les **secteurs réglementés par la loi** que le **Premier ministre** pourra, dès lors, dans les **limites** de sa **compétence constitutionnelle**, ajouter des **prescriptions secondaires** à celles de la **loi**.

*

II-C-E-1-d/ SEULE LA LOI PEUT INSTAURER UN REGIME D'AUTORISATION PREALABLE

La **solution prétorienne**, comme le rappelle la **doctrine spécialisée**, ne fait pas de doute :

« (…)
487. *a) Les restrictions affectant la compétence du pouvoir réglementaire sont sensibles à plusieurs points de vue.*

488. *Le* ***Conseil d'État*** *estime tout d'abord que l'autorité administrative ne peut,* ***en dehors des cas prévus par la loi****, soumettre l'exercice d'une profession à un* ***régime d'autorisation préalable*** *(****CE 13 mars 1885, Vignet****, Lebon 296, concl. Levavasseur de Précourt ;* ***5 mai 1958, Synd. professionnel des agents d'affaires à Madagascar,*** *Lebon 261. –* ***ass., 22 juin 1963, Synd. du personnel soignant de la Guadeloupe et Dame Delacour****, Lebon 386 ; AJDA 1963. 460, chron. Gentot et Fourré), édicter par* ***voie réglementaire*** *une* ***interdiction professionnelle*** *(****CE, ass., 6 mars 1959, Synd. des grandes pharmacies de la région de Paris****, Lebon 164). De même, l'institution par* ***voie réglementaire*** *d'un* ***diplôme d'État*** *n'est légale que pour autant que son obtention ne conditionne pas* ***l'accès à une profession*** *(****CE 16 juin 1976, Conféd. nat. des auxiliaires médicaux et paramédicaux****, Lebon 309).*
(…) »
(**Bruno GENEVOIS**, Ancien président de la section du contentieux du Conseil d'Etat et **Mattias GUYOMAR**, Conseiller d'Etat, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, Octobre 2018, v° Principes généraux du droit : principes de philosophie politique, §§ 487 et 488).

Le **Conseil d'Etat** juge, ainsi, qu'un **maire** ne tient pas de la **loi** (article **97** de la **loi** du 05 Avril 1884) le pouvoir de « (…) *porter atteinte à la* ***liberté de l'industrie et du commerce*** *garantie par la* ***loi*** (et) *subordonner l'exercice de* (la profession de photographe sur la voie publique) à la *délivrance d'une* ***autorisation*** *;* (…) » (**CE, Ass. 22 Juin 1951, DAUDIGNAC**, Rec. 362).

Il est constant, dans cet ordre d'idées, qu'en réservant le **titre** d'**avocat** aux seules « (…) *personnes* ***inscrites*** *au* ***tableau*** *d'un* ***barreau français****.* (…) », le **règlement** conduit à subordonner l'**accès** à la **profession d'avocat** et son **exercice** à l'**autorisation** du **conseil de l'ordre** administrant le **barreau** considéré.

Il est remarquable, de surcroît, que le **régime d'autorisation** prévu par la **loi** n'offre pas au **pouvoir réglementaire** une **latitude infinie** et se trouve soumis au « *respect dû à la* ***liberté du commerce et de l'industrie****, dans la mesure où la loi ne lui a pas porté atteinte.* » (**CE, Section, 29 Juillet 1953, Société générale des travaux cinématographiques**, Rec. 430 : **annulation** des dispositions réglementaires pour **incompétence**, « *subordonnant une* ***autorisation*** *à la désignation d'un* ***commissaire du Gouvernement*** *ayant le droit d'assister à toutes les séances de la société requérante, pouvant obtenir communication de tout document et possédant le droit de suspendre l'exécution de toute décision* » et constituant « *des* ***atteintes*** *à la* ***liberté du commerce et de l'industrie*** (qui n'auraient pu) *être* ***valablement*** *édictées qu'en* ***application*** *d'une* ***disposition législative expresse****.* » (G.A.J.A., 22 édition 2019, p. 397).

*

SYNTHESE

Si l'on peut, dans cet ordre d'idées, reconnaître au **Premier ministre** l a **compétence réglementaire** pour **imposer** aux avocats qui ont fait le **libre choix** d'adhérer à un **barreau français** ou **étranger** de « (…) *faire suivre leur titre d'avocat de la* ***mention de ce barreau*** (…) » et, à l'inverse, d'**interdire** aux avocats qui ne sont pas membres d'un barreau déterminé de mentionner le nom de celui-ci sur leurs documents officiels, rien, en revanche, n'autorisait le **Chef du gouvernement** à disposer du **titre d'avocat** à son gré.

En effet, seul le **législateur** aurait pu créer à la charge des personnes **accédant** à la profession d'avocat par leur **seule prestation de serment** (article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) l'**obligation** de devenir membre d'un **barreau français**, ce qu'il n'a pas fait. Cette **condition essentielle d'exercice** ne figure ni à l'article **11** de la **loi** précitée ni à **aucun autre texte de loi**.

En outre, le caractère **indivisible**, d'une part, de la **plaidoirie**, laissée par le **législateur** hors le champ de toute **réglementation** et d'autre part, de la **représentation des parties en justice**, partiellement réglementée devant **certaines juridictions judiciaires** (**postulation**), **prérogatives de défense** que le **même avocat** peut exercer **simultanément** en **première instance**, comme en **appel**, exclut radicalement que le **règlement** puisse subordonner **l'accès global** à la profession d'avocat à l'inscription à un barreau français.

Comme susdit, on tire des développements qui précèdent que depuis 1971 l'**accès à la profession d'avocat** ne se fait plus par l'**adhésion à un barreau**, mais par la **seule prestation du serment de l'avocat**, tel qu'énoncé à l'article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dont il est **donné acte** par la **Cour d'appel** compétente (**arrêt d'*admittatur***).

Dès lors, en tant qu'il prive du **titre d'avocat** les **personnes habilitées** à exercer en **France** la **profession d'avocat** – dans l'exercice de la **plaidoirie** et de la **représentation des parties en justice** - au motif qu'elles ne sont pas inscrites au **tableau** d'un **barreau français**, condition que la **loi** ne prévoit pas, l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat est **radicalement** entaché d'**incompétence**.

Son **abrogation** doit s'ensuivre.

*

II-C-E-2/ L'ILLEGALITE INTERNE DE L'ARTICLE 154 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT : LA VIOLATION DE LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE ET DE LA LIBERTE D'ASSOCIATION

Cette discussion n'est présentée qu'**à titre surabondant**, dans l'hypothèse où, étant irrévocablement acquis que l'inscription au tableau d'un barreau français **n'est jamais obligatoire** pour l'**avocat plaidant**, serait, toutefois, reconnue au **Premier ministre** une **compétence** pour **réglementer**, **dans certains cas**, **l'exercice** de la **profession d'avocat** au titre de son **pouvoir de police générale** (**CE, 08 Août 1919, LABONNE**), selon la **nature** et la **portée** de la **mesure** considérée. Etant, ici, rappelé que la **mesure** de **police administrative** ne peut jamais sortir d'**effets irréversibles** quant aux **droits** et **libertés fondamentaux**, tel le **droit de propriété** (**CE, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 28 Mai 2014**, n°358154), hors les cas où la **loi** l'aurait elle-même décidé pour des **motifs impérieux d'intérêt général** (v., en rapport avec l'arrêt précité, le nouvel article **L. 232-1** du Code rural et de la pêche maritime, dans sa rédaction issue de l'**ordonnance** n°2006-1224 du 05 Octobre 2006).

On sait, à ce titre, que l'intervention du **règlement autonome** au titre de la **police administrative** ne pourra se faire que sur les **matières** ayant fait l'objet d'une **limitation** ou d'une **réglementation** (**aménagement**) par la **loi** :

« (…)
*4. Considérant qu'aux termes de l'article **4** de la **Déclaration de 1789** : « 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** » ; qu'il est **loisible** au **législateur** d'apporter à la **liberté d'entreprendre**, qui découle de cet article **4** de la **Déclaration de 1789**, 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** ;*
(…)
*6. Considérant qu'aux termes de l'article **34** de la **Constitution** du 4 octobre 1958 : « La **loi** fixe les **règles** [...] concernant les **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour **l'exercice des libertés publiques** » ; que selon son article **37**, « les **matières autres** que celles qui sont du **domaine de la loi** ont un **caractère réglementaire** » ; qu'au nombre des **libertés publiques**, dont les **garanties fondamentales** doivent, en vertu de la **Constitution**, être déterminées par le **législateur**, figure le **libre exercice** par les citoyens d'une **activité professionnelle** n'ayant fait l'objet d'**aucune limitation légale** ; que, toutefois, la **profession de conducteur de taxi** a le caractère d'une **activité réglementée** par la **loi** ; que, dès lors, il était **loisible** à **l'autorité** investie du **pouvoir réglementaire** de **fixer**, en vertu des **pouvoirs** qu'elle tient de l'article **37** de la **Constitution**, des **prescriptions complémentaires** de celles résultant de la **loi** du 1er octobre 2014 relative aux **taxis** et aux **voitures de transport avec chauffeur** ; qu'ainsi, l'article **R. 3121-12** du code des transports, issu du **décret** contesté du 30 décembre 2014, a pu **légalement** prévoir la **possibilité** pour l'**autorité compétente** de soumettre la **délivrance** ou le **renouvellement** des **autorisations de stationnement** au respect d'une ou plusieurs **conditions** relatives à **l'utilisation d'équipements** permettant l'**accès du taxi** aux **personnes à mobilité réduite**, l'utilisation d'un **véhicule hybride** ou **électrique** ou l'exploitation de l'autorisation à **certaines heures** et **dates** ou dans **certains lieux**, alors même que ces **conditions** n'étaient pas prévues par la **loi** du 1er octobre 2014 précitée ;*

…/...

(…) »
(**CE, 6e et 1re sous-sections réunies, 09 Mars 2016, Société UBER et a.**, n°388213, N°388343 et n°388357).

Selon la célèbre formule du **Commissaire du gouvernement CORNEILLE**, « *la **liberté** est la **règle**, la restriction de police l'**exception*** » (**conclusions** sur **CE 10 Août 1917, BALDY**, n°59855, cité en épigraphe de la thèse du **Professeur Etienne PICARD**, LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE, LGDJ 1984, Tome I) :

« (…) *Il faut tout de suite se rappeler* (…) *que **le point de départ de notre droit public** est dans **l'ensemble des libertés des citoyens**, que **la Déclaration des droits de l'homme est, explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines,** et que **toute controverse de droit public** doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que **la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception***. » (Commissaire du Gouvernement **CORNEILLE**, conclusions sur **CE 10 Août 1917, Baldy**, Rec. 640, cité par **Etienne PICARD**, Professeur à l'Université de Rouen, en épigraphe de sa thèse ***La notion de police administrative***, LGDJ 1984, Tome I).

La **doctrine classique** fait écho au **principe prétorien** :

« (…) *Dans **l'Etat légal**, ce n'est pas à l'**autorité administrative** qu'il appartient de déterminer par voies de **mesure de police** l'**étendue** et les **limites** des **libertés individuelles**, mais tout au contraire, le système de l'**Etat légal** signifie que cette **étendue** et ces **limites** ne peuvent être tracées que par une **loi*** » (**Raymond CARRE DE MALBERG**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Sirey 1920, rééd. C.N.R.S. Paris 1962, T. I, p. 508, cité par **Professeur Etienne PICARD**, ***LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE***, LGDJ 1984, Tome II, § 246, p. 458, note 5).

Seules **les nécessités de l'ordre public** pourront justifier qu'il soit apporté à l'exercice des libertés publiques **certaines** restrictions, ce, dans le respect du **principe de proportionnalité**.

Les **règles** établies par le **législateur** devront être **claires et précises** aux fins de mettre leurs destinataires **à l'abri de l'arbitraire** susceptible d'être créé par une **interprétation contraire à la Constitution**.

C'est la définition première de la **Société ouverte** qui s'exprime par le **Contrat social** (la **citoyenneté**, le **marché concurrentiel**) et qui s'oppose à la **Société fermée** délimitée par son **statut** et son **règlement intérieur** (l'Administration, l'entreprise).

Le **Conseil constitutionnel** applique les mêmes principes à l'**activité normative** du **législateur** :

« (…)
*8. Considérant qu'il appartient au **législateur** d'assurer la **conciliation** entre, d'une part, la **prévention des atteintes à l'ordre public** et la **recherche des auteurs d'infractions**, toutes deux **nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle**, et, d'autre part, l'**exercice des libertés constitutionnellement garanties**, au nombre desquelles figurent la **liberté d'aller et venir** et le **respect de la vie privée**, protégés par les articles **2** et **4** de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la **liberté individuelle**, que l'article **66** de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire ;*

*9. Considérant que les **mesures de police administrative** susceptibles d'affecter l'exercice des **libertés constitutionnellement garanties** doivent être justifiées par la **nécessité de sauvegarder l'ordre public** ;*

(…)

(**CC, Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 - Loi pour la sécurité intérieure**).

C'est, de la sorte, définir une **police normative** :

« (…) *La **règle de droit** est une **disposition précise**, visant des **hypothèses**, et **liant strictement le juge** en vertu d'un **pouvoir supérieur à celui du juge** (il en serait de même de la règle de droit liant le pouvoir d'un **administrateur**). Sans doute, le système des règles juridiques est susceptible de s'étendre d'une hypothèse à une autre par **analogie** et par **déduction logique**, mais toujours avec une **certaine rigidité**. En outre, la **règle de droit**, à raison de sa **grande généralité**, aboutit à une **justice abstraite**, **très peu individualisée**, se pliant difficilement aux **cas particuliers**. Tel quel le système des **règles de droit**, surtout quand elles sont reliées entre elles par les **principes généraux** qui en sont déduits, et encore quand elles sont codifiées, représente l'élément de **stabilité du droit**.*

*Au contraire, le **standard** est destiné à **guider** le **juge** ou l'**administrateur**, dans **l'administration du droit**, en lui laissant un **certain pouvoir discrétionnaire** ; le plus souvent, le juge ou l'administrateur, armé de son **pouvoir discrétionnaire**, se fait à lui-même **ses standards** ou ses **directives**. Le **standard**, en effet, n'est pas une **règle précise** pour une hypothèse, mais un **pouvoir général d'arbitrer** une **catégorie de conflits** en employant **certaines méthodes** que l'on s'impose à soi-même. C'est ainsi qu'en France, sous l'empire de la loi du 31 mars 1922 sur les prorogations des loyers avec majoration, chaque juge s'est fait un standard, c'est-à-dire une méthode propre pour le calcul de la majoration. On peut dire aussi du **standard** qu'il est une sorte de **principe** posé d'emblée **par intuition** avant toute application, et, par conséquent, tout le contraire des **principes généraux** déduits d'un **ensemble de règles de droit préexistantes**. Le standard est, d'ailleurs, **empirique** et construit à l'occasion de **cas particuliers** ; le **juge** ou **l'administrateur** changent facilement de standards, ils en essayent plusieurs avant de s'arrêter à celui qui leur paraît le meilleur. Ce caractère **individualisé** du standard fait qu'il convient mieux au **pouvoir administratif** qu'au **pouvoir judiciaire**. Il en résulte aussi que le standard, **souple et changeant**, représente dans le droit, **l'élément de mobilité**.*

(…)

*Le **standard** est un **élément de méthode**, il est comparable à cet instrument qui permet au commandant d'un navire de **faire le point en longitude et en latitude**. Après quoi se déduira la **route à suivre**. La route à suivre, c'est la **directive**, mais pour la dégager, il faut faire le point, savoir où l'on est, quelles sont les **données de la situation**.*

(…)

*III. - Il y a, en effet, un **domaine de la règle de droit** et un **domaine de l'élément standard-directive**.*

*Sont dans le **domaine de la règle de droit**, d'après Sanhoury, tous les chapitres du Droit qui, soit pour la **sécurité des relations juridiques**, soit pour la **garantie de libertés primordiales**, sont dominés par le **besoin de stabilité** et, par conséquent, **exigent que le pouvoir soit lié par des règles qui lui soient extérieures** : **'Droit pénal**, quant à la **définition des délits**, non pas nécessairement quant à l'appréciation de la **peine** ; **droit de la procédure**, droit commercial, dans la lettre de change, le billet à ordre, etc ; **droit civil** dans le régime de la propriété, les droits réels, les sûretés réelles, dans le statut familial, mariage, filiation, successions et régime matrimoniaux. » Il est à remarquer que ces **éléments statiques** composent ce qu'on peut appeler la* **constitution sociale d'un pays**.

*Sont dans le **domaine de l'élément standard-directive** toutes les parties du droit qui, congénitalement ou accidentellement, se trouvent avoir **besoin de mobilité**, de **souplesse**, d'**adaptabilité** de la jurisprudence et pour lesquelles on est obligé de **sacrifier, dans une certaine mesure, la stabilité,** pour laisser au **juge** ou à l'**administrateur** la liberté d'allures nécessaire, s'en remettant aux standards et directives intérieurs à son propre pouvoir.*

*Dans le droit privé, actuellement, toutes les matières qui sont en crise et en évolution, par suite de l'avènement de l'ère industrielle, les relations entre le capital et le travail, les associations de personnes et de capitaux, sociétés, trusts et cartels, le contrat de louage d'ouvrage, les diverses matières de la législation industrielle. Le retour offensif des institutions sociales et les statuts qui s'en dégagent provoquent aussi l'application de la directive **tant que des règles législatives ou coutumières n'ont pas été posées** ; nous venons d'en voir des exemples avec les fonds de commerces. Quant au **droit public**, il abonde en **standard-directives**, particulièrement le **droit administratif** ainsi que nous le verrons au paragraphe suivant.*

(…) »

(**Maurice HAURIOU**, Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Toulouse, « ***POLICE JURIDIQUE ET FOND DU DROIT*** », RTD civ. 1926, p. 268 et s., spécialement pp. 273-274).

« (…)

*Ce qu'on appelle **système de règles de droit**, c'est un ensemble de **règles générales proclamées**, **promulguées** et **publiées** par un **pouvoir social** et qui, par là, deviennent **certaines et stables**, en même temps qu'elles **s'imposent du dehors aux magistrats, aux juges, aux administrateurs**, c'est-à-dire à tous les **administrateurs du droit,** comme une **limite extérieure** à leur **pouvoir discrétionnaire**. - Or, il est clair que, tant qu'un **système de règles** reste **secret** entre les mains d'une **corporation d'hommes**, ce système de règles, bien loin de constituer une **limitation extérieure** au **pouvoir discrétionnaire** de ces hommes, ne peut, tout au plus, constituer qu'une **limitation interne**. Ce n'est pas de **l'hétéro-limitation**, mais de **l'auto-limitation** et, c'est, par conséquent, un simple système de **standards** et **directives**.*

(…) »

(ibid., pp. 300-301).

Il ne saurait, dès lors, être question de ***profession réglementée*** pour définir l'**Avocat**, qui appartient à une « ***profession libérale et indépendante*** » (article **1er, I** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

En effet, une profession dont le **titre est protégé** ne saurait être qualifiée de **réglementée** au seul motif que les conditions de son **accès** et de son **exercice** sont déterminées par la **loi**. Ce qualificatif doit être réservé aux **activités économiques** faisant peser une **charge** ou un **risque** sur la **collectivité** (tel que l'occupation du domaine public ou la circulation routière pour les exploitants et conducteurs de **taxis**) dont l'**Etat** doit assurer la **surveillance**, au moyen d'une **police administrative spéciale**, ce qui n'est pas le cas de la profession d'Avocat dont l'objet et les moyens sont **purement intellectuels**. L'Avocat évolue davantage dans le **monde intelligible** (il fait des **propositions de droit**, pour l'essentiel), que dans le **monde sensible** (ses actes **ne sont pas coercitifs** et ne sont rendus **opposables aux tiers** que par **décision du juge**). **Il y a, donc, plus à craindre de l'Etat-juge que de l'Avocat**.

La police spéciale des professions réglementées s'exerce sur les professions qui ont noué expressément ou implicitement un **lien** avec la **Puissance publique**, en raison de la **nature** de l'activité en cause, des **risques** auxquels elle expose le public ou des **charges** qu'elle fait supporter à la collectivité :

« (…)
Cependant, on ne saurait condamner sans réserves les sanctions administratives. Celles-ci peuvent avoir leur place dans un Etat libéral, à la condition que leur domaine d'application soit étroitement limité, qu'elles n'empiètent en aucune manière sur la répression pénale. D'une part, la ***sanction administrative*** *suppose un* ***lien déjà individualisé*** *entre* ***l'Administration*** *et l'****intéressé*** *: ce dernier* ***collabore*** *par exemple à l'exécution d'un service public, il bénéficie d'une* ***autorisation*** *accordée par l'Administration ou d'une* ***prestation*** *versée par elle. Le* ***pouvoir disciplinaire*** *ne pourrait s'appliquer aux* ***relations générales*** *entre l'****Etat*** *et les* ***citoyens*** *sans supplanter d'une* ***manière inadmissible*** *le* ***droit pénal****.*
(…)
(**Doyen AUBY**, ***Les sanctions administratives en matière de circulation automobile***, D. 1952, chron. XXV, p. 112).

(« (…) ***L'application des sanctions***

Si la détermination des faits punissables peut, dans certains cas, être laissée à l'appréciation de l'autorité disciplinaire, il n'en va pas de même du choix des sanctions applicables. Celles-ci sont presque toujours fixées par les textes : dans les cas exceptionnels où il n'en va pas ainsi, la jurisprudence exerce sur elles un contrôle rigoureux : elle exige, d'une part, qu'elles se rattachent à la ***situation particulière de l'administré*** *qui fonde l'existence du* ***régime disciplinaire*** *: elle les distingue d'autre part des sanctions pénales, qui nécessitent une habilitation légale.*

*A ce second point de vue, il est de règle que toute **sanction administrative** assimilable à une **sanction pénale**, c'est-à-dire portant atteinte à la **liberté physique** ou au **patrimoine**, ne peut être établie que par la **loi**. En sens inverse, la **privation** d'une **prestation** ou d'un **titre** accordé **discrétionnairement** par l'Administration peut avoir simplement une **base réglementaire**. Entre des deux situations se placent une série de cas pour lesquels les solutions sont plus nuancées et dépendent du caractère plus ou moins défini d'une **liberté publique** et des conditions d'exercice de cette liberté.*

(…) »

(**Doyen AUBY**, ibid, p. 114).

Il s'agit d'une déclinaison des **pouvoirs propres de police générale** que le **Premier ministre** détient **sans habilitation législative** et sur l'ensemble du territoire, aux fins d'**assurer l'ordre public** (**CE, Labonne 08 Août 1919**, Rec. 737).

*****

Le **Conseil d'Etat** a reçu comme **opérant** l e **moyen d'illégalité interne** dirigé contre un **règlement autonome**, tiré de la méconnaissance de la **liberté d'entreprendre**, à **pleine valeur constitutionnelle** :

« (…)

En ce qui concerne les dispositions relatives au transfert d'un office notarial :

12. Les dispositions du 4° du I de l'article 2 du décret attaqué, qui modifient les règles applicables au transfert d'un office notarial, le soumettent à une simple déclaration lorsqu'il est réalisé au sein d'une zone dite d'installation libre, cette déclaration devant être adressée au ministre de la Justice ainsi qu'à la chambre des notaires et au procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle l'office a été transféré, mais aussi, le cas échéant, à la chambre des notaires et au procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle était initialement établi l'office. Ces dispositions soumettent en revanche le transfert d'un office au sein de l'une des zones mentionnées au III de l'article 52 de la loi du 6 août 2015, dites d'installation contrôlée, à une autorisation par arrêté du ministre de la Justice. Elles se substituent aux dispositions antérieures qui subordonnaient tout transfert d'office à un arrêté du ministre de la Justice.

*13. D'une part, les dispositions attaquées, que l'**auteur du décret était compétent pour édicter**, se bornent à faciliter le transfert d'un office au sein d'une même zone dite d'installation libre, tout en continuant à subordonner à l'autorisation du ministre de la Justice le transfert d'un office au sein d'une zone dite d'installation contrôlée. Ces dispositions, dont est attendue une meilleure adéquation entre la localisation des offices et la demande de services notariaux, ne méconnaissent aucune disposition de la loi du 6 août 2015, ni les objectifs d'amélioration de l'offre de services et de sa proximité dans les zones dites d'installation libre poursuivis par le législateur, dès lors que ceux-ci s'apprécient au niveau des zones auxquelles elle renvoie. **Elles ne méconnaissent pas davantage la liberté d'entreprendre** au motif qu'elles remettraient en cause l'équilibre économique des offices existants, les requérants ne pouvant par ailleurs utilement invoquer un objectif de «continuité de l'exploitation des offices existants » qui n'a été retenu par le législateur que pour l'implantation de nouveaux offices dans les zones relevant des dispositions du III de l'article 52 de la loi du 6 août 2015.*

14. D'autre part, la mesure critiquée n'a ni pour objet ni pour effet de porter atteinte aux conditions dans lesquelles chaque chambre des notaires met en oeuvre ses fonctions de contrôle des offices relevant de sa compétence. Doivent dès lors être écartés le moyen tiré de ce que les dispositions critiquées, en ce qu'elles permettraient un libre transfert d'une chambre des notaires à une autre pour les zones relevant du ressort de deux chambres différentes, entraîneraient une rupture d'égalité au détriment des clients des notaires ayant librement transféré leur office en dehors du ressort de la chambre des notaires dont ils relevaient initialement, au motif que les chambres des notaires concernées seraient moins à même de les contrôler, de même que le moyen tiré de ce que ces dispositions seraient entachées d'une erreur manifeste d'appréciation et méconnaîtraient un principe général du droit qui imposerait l'organisation du notariat sur une base correspondant à l'organisation judiciaire. Enfin, la chambre interdépartementale des notaires de Paris ne saurait utilement invoquer à l'encontre de la mesure critiquée l'objectif de préservation de « l'intégrité des missions des professionnels liées au statut d'officier public et ministériel dans l'accomplissement de leurs fonctions » énoncé au 2° de l'article 65 de la loi du 6 août 2015 qui est relatif à l'habilitation donnée au Gouvernement pour prendre par ordonnance les mesures facilitant la création de sociétés interprofessionnelles.

(…) »

(**CE, Ass. 18 Mai 2018, LOUVION**, n°400675, 400698, 400858, 401795 et 401810, **§ 13**).

L'incidente, au **§ 13** de l'arrêt précité, « *13. D'une part, les **dispositions attaquées**, que l'**auteur du décret était compétent pour édicter**,* (…) » retient l'attention. En effet, le **décret** n°2016-661 du 20 Mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels (JORF 25 Mai 2016, texte 31 sur 99) est globalement présenté par sa notice comme étant « ***pris pour l'application** des articles **52** à **55** de la **loi** n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* » (nous soulignons), ce que confirme le **Conseil d'Etat** lui-même :

« (…)

*1. Les articles **52** à **55** de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques procèdent à une réforme des professions de notaire, d'huissier et de commissaire-priseur judiciaire, notamment en ce qui concerne la création et l'attribution de nouveaux offices ainsi que l'instauration d'une limite d'âge à l'exercice de ces fonctions. Le décret du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels a été pris pour l'application des ces dispositions.*

(…) »

(**CE, Ass. 18 Mai 2018, LOUVION**, n°400675, 400698, 400858, 401795 et 401810, **§ 1**).

Cependant, les articles **52** et **53** de la **loi** n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (JORF 07 Août 2015, Texte 1 sur 115), qui concernent, plus particulièrement les **notaires**, ne renvoient pas, pour l'exécution de toutes leurs dispositions, à un **décret en Conseil d'Etat**.

L'article **52** de ladite **loi** dispose en son **§ VIII** qu'il « ***entre en vigueur** le **premier jour** du **sixième mois** suivant celui de la promulgation de la présente loi.* », ce qui laisse clairement entendre que le **législateur** a considéré les dispositions de cet article comme étant **auto-exécutoires**, c'est dire comme ne nécessitant pas, pour leur **exécution**, des **mesures d'application**, lesquelles pourront intervenir **après l'entrée en vigueur** de la **loi**, en l'occurrence le 1er Février 2016.

De fait, le **§ I** du même article **52** renvoie, en son **alinéa 2**, à un **arrêté conjoint** des « ***ministres de la justice*** *et de l'****économie****, sur proposition de l'****Autorité de la concurrence*** *en application de l'article L. 462-4-1 du code de commerce* » le soin d'établir la **carte** que vise l'**alinéa 1er** de l'article **52, I** de la **loi**, donnant à voir les **zones d'installation libre** des notaires « (…) *où l'implantation d'offices apparaît* ***utile*** *pour* ***renforcer la proximité*** *ou* ***l'offre de services****.* »

Le **premier arrêté conjoint** « *pris en application de l'article 52 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* » est celui signé par « *Le ministre de l'économie et des finances, et le garde des sceaux, ministre de la justice* » le 16 Septembre 2016 (JORF 20 Septembre 2016, Texte 9 sur 80), soit plus de **huit mois** après l'entrée en vigueur de la **loi** n°2015-990 du 06 Août 2015.

De même, en ce qui concerne la **nomination** par le **ministre de la justice** dans les **zones d'installation libre**, l'article **52, II, premier alinéa, deuxième phrase** prévoit qu' « *Un* ***décret*** *précise les* ***conditions d'application*** *d u* ***présent alinéa****.* » sous-entendant implicitement, mais nécessairement que ne sont pas concernés, dans leur ensemble, les **autres alinéas** du **§ II** de l'article **52**. Seul, en effet, renvoie, de même, à un **décret** l'**alinéa 2** du **§ II** de l'article **52**, aux fins d'établir les conditions permettant au **ministre de la justice**, lorsque celui-ci constate « (…) *dans un délai de six mois à compter de la publication de la carte mentionnée au I* (…) *un* ***nombre insuffisant*** *de* ***demandes de créations d'office*** *au regard des besoins identifiés* (…) », de procéder « *à un* ***appel à manifestation d'intérêt*** *en vue d'une nomination dans un office vacant ou à créer ou de la création d'un bureau annexe par un officier titulaire.* »

Aucune autre disposition de l'article **52** ne renvoie au règlement la tâche d'établir les conditions de son application.

Quant à l'article **53** de la **loi** n°2015-990 du 06 Août 2015, il modifie la **loi** du 25 Ventôse An XI contenant organisation du notariat, notamment son article **4** relatif à la **nomination des notaires** par le **ministre de la justice** dans les **zones d'installation libre**, dont le quatrième et dernier alinéa renvoie à « *Un* ***décret en Conseil d'Etat*** » le soin de fixer « *les modalités d'application du présent article.* ».

Comme on le constate, aucune disposition des articles **52** et **53** de la **loi** n°2015-990 du 06 Août 2015 n'a expressément **habilité** le **Premier ministre** à réglementer le **transfert d'office**, objet de l'article **2, I, 4°** du **décret** n°2016-661 du 20 Mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels, attaqué devant le **Conseil d'Etat**.

Si l'article **2, I, 4°** du **décret** n°2016-661 du 20 Mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels avait procédé directement de la **loi** précitée, le **Conseil d'Etat** n'aurait pas éprouvé le besoin de relever **incidemment** que son auteur était « ***compétent*** *pour* (l') *édicter* ». Il est, en effet, admis que l'**habilitation législative** donne **compétence de principe** au règlement pour établir les **conditions d'application** de la **loi**. La **Haute assemblée** a ainsi exprimé le **caractère autonome** du **règlement** déféré à sa censure par les requérants qui contestaient sa légalité.

Les dispositions réglementaires précitées, relatives au **transfert d'office**, ont modifié l'article **2-6** du **décret** n°71-942 du 26 Novembre 1971 « *modifié relatif aux créations, transferts et suppressions d'offices de notaire, à la compétence d'instrumentation et à la résidence des notaires, à la garde et à la transmission des minutes et registres professionnels des notaires* ».

Il est remarquable, à cet égard, que le **décret** n°71-942 du 26 Novembre 1971 (JORF 03 Décembre 1971, page 11796) précité vise, en premier lieu, « (…) *la **Constitution**, et notamment son article **37*** (…) », signe visible du **caractère autonome** de ce règlement.

*

Il résulte de ce qui précède que c'est en raison de la qualification de **profession réglementée** attribuée par les textes en vigueur, comme le confirme le **Conseil d'Etat**, que le **Premier ministre** a pu fixer, **de sa propre initiative**, par **voie réglementaire**, les conditions régissant le **transfert d'office**, alors même que cette matière n'avait fait l'objet d'**aucune délégation législative** :

« (…)
*6. Ainsi que l'a jugé le **Conseil constitutionnel** dans ses décisions du 21 novembre 2014 et du 5 août 2015, la **profession de notaire** est une **profession réglementée** qui s'exerce dans un **cadre libéral** et les notaires n'occupent pas des places ou des emplois publics au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.*
(…) »
(**CE, Ass. 18 Mai 2018, LOUVION**, n°400675, 400698, 400858, 401795 et 401810, **§ 6**).

A contrario, cette latitude n'est pas ouverte au **pouvoir réglementaire** en présence d'une **activité** ne répondant pas à la définition de la **profession réglementée**.

*

L e **Conseil constitutionnel** juge, à cet égard, que le grief tiré de l'atteinte à la **liberté d'entreprendre** est opérant tant en ce qui concerne l'**accès à la profession** (**l'admission à l'exercice**) qu'au regard de l'**exercice lui-même** de la profession, c'est dire que l'**affiliation** à une **corporation obligatoire** conditionne l'exercice de la profession ou qu'elle en découle :

« (…)
–SUR LE GRIEF TIRÉ DE L'ATTEINTE À LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE :

*6. Considérant que la **liberté d'entreprendre** découle de l'article **4** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** ; qu'il est loisible au **législateur** d'apporter à cette liberté 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** ;*

*7. Considérant, d'une part, 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**; que, par suite, la circonstance que l'**affiliation** à une **corporation obligatoire** ne conditionne pas l'exercice d'une profession mais **en découle**, n'a pas pour effet de rendre inopérant le grief tiré de l'atteinte à la **liberté d'entreprendre** ;*
(…) »
(**CC, décision n°2012-285 QPC du 30 Novembre 2012, M. Christian S**., **§§ 6** et **7**).

*

Reste, dès lors, en la circonstance, à déterminer, s'agissant des **avocats**, les **activités** que la **loi** a **réglementées** et celles qu'elle a laissées entièrement dans le champ de la **liberté**.

*

La **liberté naturelle de l'homme** a été consacrée par les articles **4** et **5** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), inspirée par la **philosophie des Lumières**, à laquelle le **Conseil constitutionnel** a reconnu, en 1971, **pleine valeur constitutionnelle** (**CC, décision n°71-44 DC du 16 Juillet 1971**, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er Juillet 1901 relative au contrat d'association, **§ 2**).

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**.* ».

Le **Conseil constitutionnel** a, lors de l'émergence du **bloc de constitutionnalité**, rappelé qu'en vertu du **principe constitutionnel** de la **liberté d'association**, « ***les associations se constituent librement*** » :

« (…)
***2 .** Considérant qu'au nombre des **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** et solennellement réaffirmés par le **préambule de la Constitution** il y a lieu de ranger le **principe de la liberté d'association** ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe **les associations se constituent librement** et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la **constitution d'associations**, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa **validité** à **l'intervention préalable** de l'**autorité administrative** ou même de **l'autorité judiciaire** ;*
(…) »
(**CC, décision n°71-44 DC du 16 Juillet 1971**, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er Juillet 1901 relative au contrat d'association, **§ 2**).

Aucune disposition législative n'est venue contrarier ce principe, étant précisé que l'***ordre*** n'est pas, dans la **France du XXIe siècle**, le **mode légal d'organisation** de la **profession d'avocat**.

Le **Conseil d'Etat** (**CE, 20 Novembre 2019, ASSOCIATION GRAND BARREAU DE FRANCE**, n°420772, **§ 3**) a, de son côté, plus récemment, confirmé :

1°) Que les **barreaux** ont été pourvus par « *les dispositions législatives et réglementaires en vigueur* » d'une « ***forme sociale spécifique*** » leur conférant la **personnalité juridique** sans aucune formalité particulière, l'article **21, alinéa 1er** de la **loi** précitée disposant que « ***Chaque barreau est doté de la personnalité civile***. »

2°) Qu'il peut exister **plusieurs barreaux** (qui ne sont pas des « ***ordres*** ») par **Tribunal judiciaire**, comme le reconnaît, depuis peu, le **Barreau de Paris**, sur son **site internet officiel** :

« (…) *pour **chaque** tribunal de grande instance* (futur **tribunal judiciaire** au 1er Janvier 2020), *le **législateur** a prévu **l'existence** de 'barreau**x**'* (…) *formé**s** de **tous les avocats** inscrits au **tableau** établi**s** **près** de ce **tribunal de grande instance**.* (…) » (**CE, 20 Novembre 2019, ASSOCIATION GRAND BARREAU DE FRANCE**, n°420772, **§ 3**).

*

Il résulte des **principes** et **règles** susvisés :

1°) Ainsi que le **GRAND BARREAU DE FRANCE - GBF** - le soutenait avec pertinence devant le **Conseil d'Etat**, que l'article **1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (ci-après « ***le décret*** ») est entaché d'une **synecdoque fautive** (il prend le **pluriel** de la **loi** pour un **singulier**). Dès lors que le **législateur** envisage une **collection indéfinie de barreaux**, à l'article **15** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (ci-après « ***la loi*** ») : « *Les **avocats** font partie de **barreaux** qui sont **établis** auprès **des tribunaux judiciaires**, suivant les règles fixées par les décrets prévus à l'article 53. Ces décrets donnent aux barreaux la faculté de se regrouper.* (…) », le **pouvoir réglementaire** n'était pas habilité à **restreindre** la relation **barreau – tribunal** à une **bijection** : « *Les avocats établis près de **chaque** tribunal de grande instance forment **un** barreau. Le barreau comprend les avocats inscrits au tableau.* », justifiant que soit présentement demandée l'**abrogation** du texte réglementaire précité (v. *supra* **§ II-C**).

2°) Que la **personnalité morale** est, **de plein droit**, selon le **Conseil d'Etat**, attribuée à une **entité**, fût-elle privée de **statuts**, dès lors qu'elle sera pourvue d'un **tableau** récapitulant les **noms** des **Avocats** qui ont **déclaré** vouloir y figurer et qui ont fixé leur **résidence professionnelle** dans le **ressort** du **même tribunal judiciaire**. Le **barreau** est reconnu comme une « ***forme sociale spécifique*** », à l'instar des **partis et groupements politiques** qui, aux termes de l'article **4, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 (ci-après « ***La Constitution*** ») « ***se forment** et **exercent** leur activité **librement*** » dès lors qu'ils respectent « *les **principes** de la **souveraineté nationale** et de la **démocratie**.* »

3°) Que la **profession d'avocat** n'est pas une activité dont l'**exercice hors barreau** (la **plaidoirie**) est réglementé par la **loi**, mais une profession dont seul **l'accès** est soumis aux **conditions de la loi** et dont le **titre** est **protégé** par celle-ci.

En effet, la **plaidoirie** a été laissée **hors champ de toute réglementation** de la part du **législateur** :

« *Les **avocats** exercent leur ministère et **peuvent plaider sans limitation territoriale** devant **toutes les juridictions** et **organismes juridictionnels** ou **disciplinaires**, sous les réserves prévues à l'article 4.* »
(…) »
(Article **5, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

« *L'avocat peut **librement se déplacer** pour exercer ses fonctions.*
(…) »
(Article **3 bis, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

*

Il résulte, dans cet ordre d'idées, de l'article **11** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) à **pleine valeur constitutionnelle** que **seule la loi** (et non pas le **règlement**) peut **limiter** et **réprimer** les **abus** de la **liberté d'expression**, **support nécessaire et universel** des **droits de la défense**, de **même rang constitutionnel** (article **16 DDH**).

C'est, en **France**, l'objet de l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse dont les **alinéas 4** à **6** sont consacrés aux **débats juridictionnels**.

L'**alinéa 4** pose le **principe** de l'**immunité judiciaire** (**fermeture** de l'**action en justice**) :

« *Ne donneront lieu à **aucune action en diffamation**, **injure** ou **outrage**, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les **discours prononcés** ou les **écrits produits** devant les **tribunaux**.* »

L'**alinéa 5** investit la **juridiction compétente au fond** d'un **pouvoir de censure** qui est un **pouvoir de police de l'audience** l'autorisant, le cas échéant, à **supprimer** les **discours abusifs**, comme étant « ***injurieux**, **outrageants** ou **diffamatoires*** » :

« *Pourront néanmoins les **juges**, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des **discours injurieux**, **outrageants** ou **diffamatoires**, et condamner qui il appartiendra à des **dommages-intérêts**.* »

L'**alinéa 6** apporte une **exception** au **principe** de l'**immunité judiciaire**, en présence de **propos** ou **écrits diffamatoires** et **étrangers à la cause** :

« *Pourront toutefois les **faits diffamatoires étrangers à la cause** donner ouverture, soit à l'**action publique**, soit à l'**action civile** des **parties**, lorsque ces **actions** leur auront été **réservées** par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'**action civile** des **tiers**.* »,

c'est dire lorsque sont **manifestement dépassées** les **limites des droits de la défense**, la **Chambre criminelle** de la **Cour de cassation** jugeant à cet égard que « (…) *sont **exclus de l'immunité** de l'article **41** de la **loi** du 29 juillet 1881 les **seuls discours** ou **écrits outrageants**, **étrangers à la cause** et **excédant les limites des droits de la défense** ;*
(…) »
(**Cass. Crim., 03 Septembre 2019, Maître Philippe KRIKORIAN**, n°B 18-86.208 F-D).

Les mêmes dispositions sont reprises par les articles **L. 741-2** et **L. 741-3** du Code de justice administrative (CJA), applicables devant les juridictions administratives :

Article **L. 741-2** CJA :

« *Sont également applicables les dispositions des alinéas 3 à 5 de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 ci- après reproduites :*

" Art. 41, alinéas 3 à 5.-Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.

Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts.

Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers. " »

L. 741-3 CJA :

« *Si des **dommages-intérêts** sont réclamés à raison des discours et des écrits d'une partie ou de son défenseur, la juridiction **réserve l'action**, pour qu'il y soit statué ultérieurement par le **tribunal compétent**, conformément au cinquième alinéa de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 ci-dessus reproduit.*

Il en est de même si, outre les injonctions que la juridiction peut adresser aux avocats et aux officiers ministériels en cause, elle estime qu'il peut y avoir lieu à une autre peine disciplinaire. »

*

La **liberté d'association** est, de même, garantie par l'article **11** de la **Convention européenne des droits de l'homme** :- **Liberté de réunion et d'association**. Elle est la **liberté de s'associer e**t/ou **de ne pas s'associer** (v. supra **§ II-B**) :

« *1. Toute personne a droit à la **liberté de réunion pacifique** et à la **liberté d'association**, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.*

*2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres **restrictions** que celles qui, prévues par la **loi**, constituent des **mesures nécessaires**, dans une **société démocratique**, à la **sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale**, ou à la **protection des droits et libertés d'autrui**. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat.* »

L'article **22** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** conclu à **New-York** le 16 Décembre 1966 contient la même norme :

« *1. Toute personne a le **droit de s'associer librement** avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts.*

*2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont **nécessaires dans une société démocratique**, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les **droits et les libertés d'autrui**. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police.*

3. Aucune disposition du présent article ne permet aux Etats parties à la Convention de 1948 (RS 0.822.719.7) de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte – ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte – aux garanties prévues dans ladite convention. »

*

Il résulte de ce qui précède :

1°) Que l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat ne peut pas être maintenu dans sa version actuelle :

« *Ont seules droit au **titre d'avocat** les **personnes inscrites** au **tableau** d'un **barreau français**. Les avocats doivent faire suivre leur titre d'avocat de la **mention de ce barreau** ainsi que, le cas échéant, de celui du barreau étranger auquel ils appartiennent.* ».

Il a, en effet, été établi précédemment que cet **énoncé normatif** de **rang réglementaire** est **vicié d'incompétence** en tant qu'il subordonne l'attribution et la conservation du **titre d'avocat** à l'inscription de l'intéressé sur le **tableau** d'un **barreau français**, alors :

d'une part, que le **titre d'avocat** s'obtient par la seule **prestation du serment** de l'**avocat**

et que,

d'autre part, la **loi** n'a ajouté à cette **formalité aucune autre condition d'accès à la profession d'avocat**.

2°) Que seront seules susceptibles d'être affectées **substantiellement** par des **dispositions réglementaires autonomes**, au-delà des termes de **l'habilitation législative**, mais sur le **même mode de régulation** (**régime de la déclaration** et **non pas de l'autorisation**), les **activités réglementées** par la **loi** et **non pas toutes les activités professionnelles** des **avocats** et, en aucune façon, la **plaidoirie**.

Sont concernés :

- la **postulation**, à l'exclusion de la représentation devant les **juridictions administratives**, le **Conseil constitutionnel** siégeant en application de l'article **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 et les **juridictions judiciaires** devant lesquelles le ministère d'avocat n'est pas obligatoire,

- les **activités** visées par les articles **6** à **8-1** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques,

- outre les **huit points d'ancrage principaux** du **barreau** :

1°) la commission d'office ;

2°) l'aide juridictionnelle ;

3°) la fixation et le recouvrement des honoraires ;

4°) le maniement de fonds sur compte CARPA ;

5°) la discipline et la **suspension provisoire** ;

6°) l'omission, la **suppléance** et l'**administration provisoire** ;

7°) l'honorariat ;

8°) l'**ouverture d'un bureau secondaire**.

Cependant, les activités précitées ne suffisent pas, prises individuellement ou en groupe, à justifier qu'au seul titre d'une **mesure de police administrative** et en dehors de toute **habilitation législative**, la reconnaissance du **titre d'avocat** soit subordonnée à l'inscription de l'intéressé au **tableau** d'un **barreau français**.

A l'inverse, la **liberté** qui caractérise la **plaidoirie**, dans les **conditions** et **limites** fixées par la **loi seule** en vertu de l'article **11 DDH** (article **41, alinéas 4** à **6** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse) justifie que soit reconnu le **titre d'avocat** à la personne qui a prêté le **serment** dont l'énoncé figure à l'article **3, alinéa 2** de la **loi** précitée.

*

On tire de ce qui précède :

1°) Que la perte de qualité de **membre d'un barreau** (par omission, suspension, interdiction temporaire ou radiation du tableau) établi auprès d'un **tribunal judiciaire** autre que celui de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** ou **Nanterre** ne retire, en aucune façon, à l'avocat intéressé à l'encontre duquel **aucune interdiction d'exercice professionnel** n'a été prononcée par une **juridiction pénale compétente**, le **droit** de **plaider** et de **représenter les parties** devant la **Cour d'appel** dans le ressort de laquelle celui-ci a établi sa **résidence professionnelle**, au sens et pour l'application de l'article **5, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et devant chacun des **tribunaux judiciaires** y inclus.

2°) Que la perte de qualité de **membre d'un barreau** établi auprès des **tribunaux judiciaires** de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** ou **Nanterre** ne prive pas l'avocat intéressé de sa **prérogative universelle** de **plaidoirie**, ni de **représentation des parties** devant les **juridictions administratives** ou le **Conseil constitutionnel**, mais seulement de la **postulation**, en première instance, devant chacune de ces **quatre juridictions** et, au second degré, devant la **Cour d'appel de Paris** et devant la **Cour d'appel de Versailles**.

*

Dans ces circonstances, l'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat viole la **liberté d'association**, que garantissent notamment l'article **4 DDH** et l'article **11 CEDH**, ainsi que la **liberté d'entreprendre** garanti par l'article **4 DDH** :

1°) en tant qu'il **subordonne**, de **façon générale** et **absolue**, l'activité de **plaidoirie** devant **toutes les juridictions nationales** et celle de **postulation** s'exerçant en dehors des **tribunaux judiciaires** de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** et **Nanterre**, à l'**adhésion** à un **barreau français**.

2°) en tant qu'il **empêche** les **personnes habilitées** à exercer la profession d'avocat en **France** de **plaider** et de **représenter les parties** devant **toutes les juridictions nationales**, y compris le **Conseil constitutionnel** et les **juridictions administratives**, à l'exception des **tribunaux judiciaires** de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** et **Nanterre**, au seul motif qu'elles auraient perdu la qualité de **membre** d'un **barreau français**.

*

L'article **154** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat pourrait, en conséquence, ***de lege ferenda***, être réécrit de la façon suivante :

« *Les **avocats** doivent, sur leurs **documents officiels**, faire suivre leur **titre d'avocat**, le cas échéant, de la **mention** du ou de leurs **barreaux d'appartenance**.*

*Les **avocats** qui ne sont pas membres de l'un des **barreaux français** ne peuvent attacher leur **nom** à aucun d'entre eux.*

*La perte de la qualité de membre d'un **barreau français** ne retire à **l'avocat** intéressé la **postulation** que devant les **tribunaux judiciaires** de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** et **Nanterre**, visés* à l'article ***5-1*** *de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et judiciaires.* »

*

II-C-F/ L'ILLEGALITE DES ARTICLES 104, 105, 171, 172 ET 173 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT : L'OMISSION, LA SUPPLEANCE ET L'ADMINISTRATION PROVISOIRE

Si le **législateur** a délégué la mise en œuvre de l'**omission du tableau** au **pouvoir réglementaire** (**II-C-F-1**), il n'en va pas de même de la **suppléance** et de l'**administration provisoire** (**II-C-F-2**).

II-C-F-1/ L'ILLEGALITE DES ARTICLES 104 ET 105 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT : L'OMISSION

Le **législateur** a délégué la **mise en œuvre** de l'**omission du tableau** au **pouvoir réglementaire** à l'article **53, 1°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Dans le respect de **l'indépendance de l'avocat**, de l'**autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral de la profession**, des **décrets en Conseil d'Etat** fixent les **conditions d'application** du présent titre. Ils présentent notamment :*

***1°** Les **conditions d'accès** à la **profession d'avocat** ainsi que les **incompatibilités**, les conditions **d'inscription au tableau** et d'**omission du tableau** et les conditions d'exercice de la profession dans les cas prévus aux articles **6** à **8-1** ;*
(…) »

Les articles **104** à **108** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat disposent, à cet égard :

Article **104** :

« ***Doit** être **omis** du **tableau** l'avocat qui se trouve dans un des cas **d'exclusion** ou d'**incompatibilité** prévus par la **loi** ou qui ne satisfait pas aux **obligations de garantie** et d'**assurance** prévues par l'article **27** de la **loi** du 31 décembre 1971 précitée.* »

Article **105** :

« ***Peut** être **omis** du **tableau** :*

***1°** L'avocat qui, soit par l'effet de **maladie** ou **infirmité graves** ou **permanentes**, soit par acceptation d'**activités étrangères au barreau**, est **empêché d'exercer réellement** sa profession ;*

***2°** L'avocat qui, **sans motifs valables**, n'acquitte pas dans les délais prescrits sa **contribution aux charges de l'ordre** ou sa **cotisation à la Caisse nationale des barreaux français** ou au **Conseil national des barreaux**, soit les sommes dues au titre des **droits de plaidoirie** ou appelées par la caisse au titre de la **contribution équivalente** ;*

***3°** L'avocat qui, **sans motifs légitimes**, **n'exerce pas effectivement** sa profession.* »

Article **106** :

« *L'**omission du tableau** est prononcée par le **conseil de l'ordre** soit d'office, soit à la demande du **procureur général** ou de l'**intéressé**. L'omission ne peut être prononcée sans que l'intéressé ait été entendu ou appelé selon les modalités prévues à l'article 103.* »

Article **107** :

« *L a **réinscription au tableau** est prononcée par le **conseil de l'ordre**. Avant d'accueillir la demande de réinscription, le conseil de l'ordre vérifie que l'intéressé remplit les **conditions requises** pour figurer au **tableau***. »

Article **108** :

« *Les décisions en matière d'**omission** et de **réinscription** sont prises dans les mêmes formes et donnent lieu aux mêmes recours qu'en matière d'**inscription***. »

*

L'article **104** du **décret** susvisé est **illégal** (violation du **principe d'autonomie des conseils de l'ordre**) en tant qu'il ne laisse au **conseil de l'ordre** aucune marge d'appréciation quant à la **cause d'omission** et ne permet pas à l'intéressé de **régulariser sa situation**, avant l'omission, dans un **délai raisonnable** qui pourrait lui être accordé à cette fin, après notification des faits litigieux.

L'article **105** du même **décret** est **illégal** (violation du **principe d'indépendance de l'avocat** et du **caractère libéral de la profession**) en tant :

Qu'il ne définit pas l'**empêchement d'exercice effectif** de la profession.

Qu'il ne subordonne pas le prononcé de l'**omission** pour cause de « ***maladie** ou **infirmité graves** ou **permanentes*** » à la production d'un **certificat médical** attestant de l'état de santé de l'intéressé.

*

II-C-F-2/ L'ILLEGALITE DES ARTICLES 171, 172 ET 173 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT : LA SUPPLEANCE ET L'ADMINISTRATION PROVISOIRE

Quant à la **suppléance** et à l'**administration provisoire**, que la **loi** ne mentionne pas, elles font l'objet des articles **170** à **173** dudit **décret**, lesquels organisent une **gestion d'affaires** selon le degré d'**empêchement professionnel** de l'avocat concerné :

Article **170** :

« *Lorsqu'un avocat est* ***temporairement empêché****, par* ***cas de force majeure****, d'****exercer*** *ses* ***fonctions****, il est* ***provisoirement remplacé*** *par un ou plusieurs* ***suppléants*** *qu'il* ***choisit*** *parmi les avocats inscrits au même barreau. Il en avise aussitôt le* ***bâtonnier****.* »

Article **171** :

« *Lorsque l'avocat* ***empêché*** *se trouve dans l'impossibilité d'exercer son* ***choix*** *ou ne l'exerce pas, le ou les* ***suppléants*** *sont* ***désignés*** *par le* ***bâtonnier****.*

La ***suppléance*** *ne peut excéder* ***un an*** *; à l'issue de ce délai, elle peut être* ***renouvelée*** *par le* ***bâtonnier*** *pour une période ne pouvant excéder* ***un an****.*

Le ***suppléant*** *assure la* ***gestion du cabinet*** *; il accomplit lui-même tous les* ***actes professionnels*** *dans les mêmes conditions qu'aurait pu le faire le suppléé.* »

Article **172** :

« *Le* ***bâtonnier*** *porte à la connaissance du* ***procureur général*** *le nom du ou des* ***suppléants*** *choisis ou désignés.*

Il est ***mis fin*** *à la suppléance par le* ***bâtonnier*** *soit d'office, soit à la requête du* ***suppléé****, du* ***suppléant*** *ou du* ***procureur général****.* »

Article **173** :

« *En cas de* ***décès*** *ou lorsqu'un avocat fait l'objet d'une* ***décision exécutoire de suspension provisoire****, d'****interdiction temporaire*** *ou de* ***radiation****, le* ***bâtonnier*** *désigne un ou plusieurs* ***administrateurs*** *qui le* ***remplacent*** *dans ses fonctions. Il en est de même à l'expiration des* ***délais*** *prévus au* ***deuxième alinéa*** *de l'article* ***171****.*

L'administrateur ***perçoit à son profit*** *les* ***rémunérations*** *relatives aux* ***actes*** *qu'il a accomplis. Il paie* ***à concurrence de ces rémunérations*** *les* ***charges*** *afférentes au fonctionnement du* ***cabinet****. Le bâtonnier informe le procureur général de la désignation du ou des administrateurs.*

*L'****administration provisoire*** *cesse* ***de plein droit*** *dès que la* ***suspension provisoire*** *ou* ***l'interdiction temporaire*** *a pris fin. Dans les* ***autres cas****, il y est mis fin par décision du* ***bâtonnier****.* »

*

Ces **dispositions réglementaires** ne peuvent être regardées comme ayant été prises sur le fondement de la **loi**. Elles sont, partant, le fruit de l'exercice du **pouvoir réglementaire autonome** (article **21, alinéa 1er, quatrième phrase** et **37, alinéa 1er** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958).

Se pose, dès lors, en premier lieu, la question de savoir si elles pouvaient **compétemment** être édictées par le **Premier ministre**.

Il ressort des textes précités le **dessaisissement** de l'avocat, sur décision du **bâtonnier** et non pas du **conseil de l'ordre**, comme c'est le cas de l'**omission** :

1°) Au profit d' « *un ou plusieurs **suppléants*** » - dont le **bâtonnier** estimerait qu'il est **empêché**, sans avoir, pour autant, à justifier de la **cause d'empêchement** constitutive d'un « ***cas de force majeure*** », sans non plus que l'intéressé fasse « *l'objet d'une **décision exécutoire de suspension provisoire**, d'**interdiction temporaire** ou de **radiation*** » ni sans avoir à respecter un **délai** imparti à l'avocat empêché pour choisir son ou ses suppléants (articles **170**, **171, alinéa 1er** et **173, alinéa 1er** combinés).

2°) Au profit d' « *un ou plusieurs **administrateurs*** » - « *En cas de **décès** ou lorsqu'un avocat fait l'objet d'une **décision exécutoire de suspension provisoire**, d'**interdiction temporaire** ou de **radiation**,* (…) (ou) (…) *à l'expiration des **délais** prévus au **deuxième alinéa** de l'article **171**.* (…) », en droit de percevoir « (…) ***à*** (leur) ***profit*** *les **rémunérations** relatives aux **actes** qu'il*(s) (ont) *accomplis.* (…) » (article **173, alinéa 2, première phrase**).

*

On observe, d'une part, qu'**aucune voie de recours** n'est prévue par les textes précités à l'encontre des **décisions** du **bâtonnier**, étant rappelé que seules sont susceptibles d' « *être déférées à la Cour d'appel, à la requête de l'intéressé, les **délibérations** ou **décisions** du **conseil de l'ordre** de nature à léser les intérêts professionnels d'un avocat.* » (article **19, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

La **Cour de cassation** confirme l'**absence de voie de recours** à l'encontre des **décisions** du **bâtonnier**, notamment en matière de **commission d'office** où il exerce des « ***prérogatives propres*** » :

« (…) *la **désignation** des **avocats commis d'office**, instituée **en faveur des justiciables**, relève des **prérogatives propres** du **bâtonnier** auquel revient la **responsabilité** du **choix de l'avocat** et que **seules sont susceptibles de recours** les **décisions** et **délibérations** du **conseil de l'ordre** ou du **conseil de discipline** ;*

(…) »

(**Cass. 1° Civ., 27 Février 2013**, n°12-12.878 : cassation au visa des articles **183**, **184** et **197** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat).

Il s'en déduit que l'**avocat dessaisi** est dans l'**impossibilité totale** de faire contrôler par la **voie juridictionnelle** la **légalité** de la **suppléance** ou de l'**administration provisoire** décidées par le **bâtonnier**.

Cette **carence** n'est pas compensée par une **demande du suppléé** tendant à ce qu'il soit **mis fin à la suppléance**, dès lors que l'article **172, alinéa 2** ne garantit pas que la **suppléance** prend fin **de plein droit** à la demande de l'**intéressé**, ce qui rendrait tributaire le **bâtonnier** d'une **compétence liée** et non pas titulaire d'un **pouvoir discrétionnaire**.

La problématique est identique en cas d'**administration provisoire** décidée par le **bâtonnier**, en vertu de l'article **173, alinéa 1er, deuxième phrase**, en raison de « (…) *l'expiration des **délais** prévus au **deuxième alinéa** de l'article **171**.* (…) », dès lors que l'article **173, alinéa 3** ne prévoit une **cessation de plein droit** de l'**administration provisoire** que lorsque « ***la suspension provisoire** ou **l'interdiction temporaire** a pris fin.* ». En revanche, en cas de **dépassement des délais** susvisés, l'**administration provisoire** ne prend fin que « *par décision du **bâtonnier**.* ».

Il y a, dès lors, une violation manifeste du **droit à une protection juridictionnelle effective** garanti notamment par l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), à **pleine valeur constitutionnelle**.

De deuxième part, l'article **173, alinéa 2** du **décret** précité est entaché d'**illégalité manifeste** en tant qu'il autorise l'**administrateur provisoire** – à la différence du **suppléant** – à percevoir « *à son profit les **rémunérations** relatives aux actes qu'il a accomplis* », au-delà de l'**habilitation législative** donnée au **pouvoir réglementaire** par l'article **53** dont le **1°** ne vise que « *les **conditions d'exercice** de la profession dans les cas prévus aux articles **6** à **8-1*** », dispositions qui ne traitent pas de l'**empêchement d'exercice**.

Comme susdit, les articles **170** à **173** susvisés organisent une **gestion d'affaires** selon le degré d'**empêchement professionnel** de l'avocat concerné.

On rappelle, pour mémoire, à cet égard, qu'aux termes de l'article **1301** du Code civil :

« *Celui qui, **sans y être tenu**, gère **sciemment** et **utilement** l'affaire d'autrui, **à l'insu** ou **sans opposition** du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des **actes juridiques** et **matériels** de sa **gestion**, à toutes les **obligations** d'un **mandataire**.* »

L'article **1301-2** du même Code ne prévoit pas de **rémunération** au profit du **gérant**, mais seulement le **remboursement** de ses **dépenses** et l'**indemnisation** des **dommages** qu'il aurait subis « *en raison de sa gestion* » :

« *Celui dont l'affaire a été **utilement gérée** doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant.*

*Il rembourse au gérant les **dépenses** faites dans son intérêt et l'indemnise des **dommages** qu'il a subis en raison de sa gestion.*

Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement. »

La **jurisprudence** confirme que la **gestion d'affaires** obéit à un **principe d'altruisme** et de **gratuité** privant le **gérant d'affaires** d'une **rémunération** :

« (…) *qu'en cas de **gestion d'affaires**, l'article 1375 du Code civil n'accorde au gérant que le **remboursement** de **toutes les dépenses utiles** ou **nécessaires** qu'il a faites ;*
(…) »
(**Cass. Com. 15 Décembre 1992**, n°90-19.608) ;

« (…)
*Mais attendu qu'en cas de **gestion d'affaires**, l'article 1375 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, n'accorde au **gérant** que le **remboursement** des **dépenses utiles** ou **nécessaires** qu'il a faites, mais **non le paiement d'une rémunération**, quand bien même il aurait agi à l'occasion de sa **profession** ; que le moyen n'est pas fondé ;*
(…) »
(**Cass. 1° Civ., 29 Mai 2009**, n°18-16.999).

*

L'**illégalité** de l'article **173** du **décret** n°91-1997 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat n'est, dès lors, pas sérieusement contestable, en tant :

1°) Qu'il **dessaisit**, au profit d'un **concurrent**, désigné par un **autre concurrent** qu'est le **bâtonnier**, l'**avocat** tributaire d'une **suspension provisoire**, d'une **interdiction temporaire** ou d'une **radiation** du **tableau**, de la **gestion de ses dossiers**, ainsi que de la **rémunération** qui leur est attachée, alors qu'**aucune de ces mesures** n'a pour **objet** ni pour **effet** d'**empêcher** l'intéressé d'exercer au sein d'un **autre barreau** ou **hors barreau**, dans l'hypothèse analogue à l'espèce précitée (**Cass. 1° Civ., 06 Septembre 2017**, n°16-13.624) où **nulle peine d'interdiction professionnelle** n'a été prononcée par une **juridiction correctionnelle** ou une **cour d'assises**, en application des articles **131-3**, **131-6**, **131-10** et **131-26, 3°** du Code pénal (« ***interdiction des droits civiques, civils et de famille*** » portant sur « *Le **droit** (…) de **représenter** ou d'**assister une partie devant la justice** ;* (…) ».

2°) Qu'il ne garantit pas à l'avocat tributaire d'une **administration provisoire**, au seul motif qu'il a été **empêché** depuis **plus d'un an**, d'obtenir, à première demande, la mainlevée de cette mesure ;

3°) Qu'il n'exclut pas des « ***rémunérations*** » perçues par l'**administrateur provisoire** « (…) *relatives aux **actes** qu'il a accomplis* (…) » les **gains** qui auraient été obtenus à l'issue d'une **opération bénéficiaire**, après paiement des « ***charges** afférentes au fonctionnement du cabinet.* », ces sommes devant revenir à l'**avocat mandaté** par le **client** ou à ses **ayants-droit** notamment en cas de **décès**.

Etant **exclusivement compétent**, aux termes de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, aux fins de déterminer « (…) *les **principes fondamentaux*** (…) *du **régime de la propriété,** des **droits réels** et des **obligations civiles** et commerciales* (…), seul le **législateur –** et non pas le **pouvoir réglementaire**, aurait été investi du **pouvoir** de prévoir un cas de **dessaisissement** de l'avocat **empêché d'exercer** au sein d'un **barreau déterminé**, comme il l'a fait en matière de **liquidation judiciaire** (article **L. 641-9, I** du Code de commerce).

*

II-C-G/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 183 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Elle se découvre, tant sur le plan de la **légalité externe** (**II-C-G-3**), qu'**interne** (**II-C-G-4**), après avoir considéré la **constatation** comme **critère universel** de l'**acte juridictionnel** (**II-C-G-1**), puis la **structure générale de l'infraction déontologique** (**II-C-G-2**).

II-C-G-1/ LA CONSTATATION, CRITERE UNIVERSEL DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

Comme la **doctrine civiliste** du **XXIe siècle** le rappelle judicieusement, après les travaux de **Léon DUGUIT** (« *L'acte administratif et l'acte juridictionnel* », Revue de droit public 1906, pp. 446 et s. ; Traité de droit constitutionnel, t. I et II), la **structure** du **jugement** met en relief la **constatation** comme critère déterminant de l'**acte juridictionnel** :

« (…)
203 Deuxième théorie : la structure propre de l'acte juridictionnel

C'est dans la structure de l'acte que Duguit a cru pouvoir déceler sa spécificité (6).

a) La fonction du juge serait de *constater* les atteintes au droit et d'en dégager les conséquences par une *décision*. Les éléments de l'acte seraient au nombre de trois :

1) Une *prétention*, c'est-à-dire une question de droit posée au juge et qu'il doit résoudre ;

2) Une *constatation*, c'est-à-dire une solution fournie par le tribunal à la question posée concernant une violation du droit.

On dit volontiers que la constatation se réduit à un syllogisme : la majeure en est la règle de droit ; la mineure est constituée par les faits de l'espèce concrète sur lesquels s'appuie la prétention ; la conclusion consiste dans la réponse par oui ou par non à la question posée. Ainsi présentée, la constatation est œuvre de l'*intelligence*.

3) Une *décision*, conséquence logique et directe de la constatation et tendant à sa réalisation concrète.

A la différence de la constatation, la décision qui déduit de la constatation des conséquences pratiques (défense, condamnation, etc.) est un acte de la *volonté*.

C'est cette réunion dans un même acte d'éléments divers, lui donnant une complexité de structure originale, qui permettrait d'isoler l'acte juridictionnel, de le distinguer notamment de l'acte administratif.

b) Parmi ces trois éléments, il nous semble que, seule, la constatation caractérise réellement l'acte juridictionnel.

1) La *prétention* qui est une condition nécessaire de l'intervention du juge demeure, en effet, extérieure à l'acte.

2) Par ailleurs, un certain nombre d'actes juridictionnels ne comportent pas de *décision consécutive*. Tel est le cas pour les questions préjudicielles ; quand la solution du procès civil dépend de l'appréciation préalable par un tribunal administratif de la validité d'un acte, ce tribunal se borne à effectuer une simple constatation dont le juge civil déduit ensuite les conséquences nécessaires par une décision.

Le jugement par lequel le tribunal rejette comme non fondée la prétention du demandeur ne contient, elle aussi, qu'une pure constatation.

On peut citer aussi l'exemple des actions déclaratoires ; en matière de nationalité, notamment, le jugement qui constate qu'un individu est Français ou ne l'est pas, ne comporte pas normalement de décision consécutive (art. 129, C. nat. devenu art. 29-3, C. civ., L. n°93-933, 22 juillet. 1993).

Ces situations, en dépit de leur rareté, conduisent à *ne pas incorporer la décision dans l'acte juridictionnel et à ramener celui-ci à une pure constatation*. La finalité de l'acte juridictionnel est donc de procéder à une constatation, ce qui conduit à examiner le critère fondé sur le but de l'acte, afin de conforter cette analyse.

---

6. « *L'acte administratif et l'acte juridictionnel* », Rev. dr. publ. 1906. 446 et s. ; Traité de droit constitutionnel, t. I et II, conception reprise par M. LAMPUE dans son étude précitée, p. 26 et s.

---

204 Troisième théorie : le critère fondé sur le but de l'acte (procéder à une constatation, à une vérification)

Ces difficultés ont conduit un autre groupe d'auteurs à orienter leurs recherches dans une direction nouvelle et à s'attacher à la *finalité* de l'acte du juge. Le but de l'activité du juge lorsqu'il statue sur une prétention, est de procéder à une vérification, à un contrôle. Si l'idée de sanction est incluse dans la notion de règle de droit, la mise en œuvre de cette sanction suppose une *vérification préalable* de l'atteinte portée à la règle. Chaque fois qu'un particulier ou un agent public soutient qu'une règle de droit a été violée, il doit pouvoir obtenir d'un juge la reconnaissance de cette violation. C'est cela qu'il y a de profondément original dans l'activité du juge et cela éclaire nos remarques sur le rôle de la constatation comme critère déterminant de l'acte juridictionnel :

1 - L'acte juridictionnel n'a pas pour but de réparer l'atteinte au droit, mais seulement de la *constater*. Il est une réponse à la question posée sur la violation de la règle. S'il était autre chose, il ne se distinguerait pas d'un acte d'exécution ordinaire qui est le propre de la fonction administrative, celle-ci étant chargée de la réalisation technique et concrète du droit.

Ainsi envisagée, comme un *pur acte de l'intelligence, l'acte juridictionnel ne produit aucune modification dans l'ordre juridique*. Après confrontation des faits et de la règle de droit, il révèle si la situation juridique en cause est correcte ou non. Il ne va pas plus loin et c'est pourquoi on est conduit à admettre qu'*il ne constitue pas un acte juridique*, l'acte juridique pouvant être défini 'celui qui est accompli en vue de produire des effets juridiques.'.

C'est la décision consécutive qui entraînera une modification de l'ordre juridique. Oeuvre de la volonté, elle se présente comme un acte administratif par lequel le juge réprime l'atteinte au droit, condamné, acquitte, etc. ; en un mot, elle constitue un acte juridique.

Si la décision ne fait point partie de l'acte juridictionnel, elle est unie cependant par des liens étroits à la constatation. Celle-ci apporte en effet ceci de nouveau qu'elle permet la décision consécutive. Cette décision doit être conforme à la constatation préalable ; elle doit se soumettre aussi aux ordres de la loi qui, selon le cas, prescrit de prononcer une peine, une condamnation à des dommages-intérêts, une résolution, etc.

(…) »

(**Serge GUINCHARD** et **Frédérique FERRAND**, Procédure civile – Droit interne et droit communautaire, Dalloz Droit privé, 28° édition 2006, Partie 2 : Liberté et égalité: La théorie de la juridiction - Titre 2 : L'activité du juge : être ou ne pas être juridictionnel – Chapitre 1 : Les actes juridictionnels, §§ 197 et s.).

*

L'**acte juridictionnel** nécessite que la **décision** (***l'imperium***) soit précédée de la **constatation** (**la vérification de la violation de la règle de droit**) dont elle doit être la **conséquence logique**.

Quant à l'**acte administratif**, il n'a pas vocation à **dire le droit** (la ***jurisdictio***), mais à **modifier l'ordonnancement juridique**, comme une **nécessité** imposée par le **droit positif**, **présumé** le justifier. Il est « *la **réalisation technique** et **concrète** du **droit***. »

Dans cet ordre d'idées, toute **sanction**, qu'elle soit la conséquence logique et directe de la **constatation** d'un **j u g e** (**l'acte juridictionnel**), ou celle que prononce une **autorité administrative** (**l'acte administratif**), est toujours une **décision** modifiant l'**ordonnancement juridique**.

*

La **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (article **22, alinéa 1er**) n'investit le **Conseil régional de discipline** (**CRD**) que du **pouvoir** de **CONSTATATION**, savoir la **vérification** d'une éventuelle **violation** de la **règle de droit** :

« *Un **conseil de discipline** institué dans le ressort de chaque cour d'appel **connaît** des **infractions** et **fautes** commises par les **avocats** relevant des **barreaux** qui s'y trouvent établis.*
(…) »

à l'initiative du **procureur général** ou du **bâtonnier**, que désigne l'article **23, alinéa 1er** de la même **loi**, à l'exclusion de toute autre personne :

« *L'**instance disciplinaire** compétente en application de l'article **22** est **saisie** par le **procureur général** près la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle est instituée ou le **bâtonnier** dont relève l'avocat mis en cause.*
(…) »

Cependant, le pouvoir de **DECISION** (prononcer une **sanction**, comme **conséquence logique** du **manquement constaté**) n'est confié au **CRD** que par le **règlement** (article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat) :

« *Toute **contravention** aux **lois** et **règlements**, toute **infraction** aux **règles professionnelles**, tout **manquement** à la **probité**, à **l'honneur** ou à la **délicatesse**, même se rapportant à des **faits extraprofessionnels**, **expose l'avocat** qui en est l'auteur aux **sanctions disciplinaires** énumérées à l'article **184**.* »

Il se déduit de la combinaison des textes susvisés, à l'aune du **principe constitutionnel** dégagé par le **Conseil d'Etat** (**CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304, précité), que la **constatation** d'un **manquement déontologique** ne pourra pas **légalement** être suivi d'une **sanction administrative** (**décision**) si la **loi** s'est bornée à définir l'**obligation** imposée à l'avocat, sans prévoir les **conséquences** de sa méconnaissance.

Ainsi, l'article **9** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques faisant **obligation** à l'**avocat commis d'office** d'**accepter** la **mission de défense** qui lui est confiée « *par le **bâtonnier** ou par le **président** de la **cour d'assises*** », sauf à « *faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement* » ne prévoit **aucune sanction** ni ne renvoie à un texte de même rang qui la fixerait.

La même solution s'applique à l'article **14-2** de la **loi** susvisée qui rend **obligatoire** la **formation continue**, tout en s'abstenant d'**incriminer** et de **sanctionner** les éventuels **manquements** à cette obligation :

« *La **formation continue** est **obligatoire** pour les avocats inscrits au tableau de l'ordre.*

*Un **décret en Conseil d'Etat** détermine la **nature** et la **durée** des **activités** susceptibles d'être validées au titre de l'**obligation** de **formation continue**. Le **Conseil national des barreaux** détermine les **modalités** selon lesquelles elle s'accomplit.* »

Comme on le sait, le **Conseil constitutionnel** a ouvert au profit de l'avocat poursuivi de ce chef, devant le **conseil de discipline**, une **action** lui permettant de **discuter** le **bien-fondé** de la **prétention** de l'**autorité de poursuite** et, ce faisant, de **contester** la **régularité** du **refus** du **président de la cour d'assises** d'approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement :

« (…)
9. En troisième lieu, si le ***refus*** *du* ***président*** *de la* ***cour d'assises*** *de faire droit aux* ***motifs d'excuse*** *o u* ***d'empêchement*** *invoqués par* ***l'avocat commis d'office*** *n'est pas susceptible de recours, la* ***régularité*** *de ce* ***refus*** *peut être* ***contestée*** *par l'accusé à l'occasion d'un pourvoi devant la Cour de cassation, et par* ***l'avocat*** *à l'occasion de* ***l'éventuelle procédure disciplinaire*** *ouverte contre son* ***refus*** *de* ***déférer*** *à la* ***décision*** *du* ***président de la cour d'assises***. (…) »

(**CC, décision n°2018-704 QPC du 04 Mai 2018 – M. Franck B. et autre** – obligation pour l'avocat commis d'office de faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le président de la cour d'assises, **§ 9**).

Dans ce cas, l'**instance disciplinaire** qui estimerait que le **refus** de **déférer** à la **commission d'office** opposé par l'avocat n'est justifié par **aucun motif légitime**, ou qui constaterait que celui-ci n'a pas validé ses heures de **formation continue**, devrait se limiter à cette **constatation**, sans pouvoir prononcer une quelconque **sanction disciplinaire**, pas même un **avertissement**.

*

II-C-G-2/ LA STRUCTURE GENERALE DE L'INFRACTION DEONTOLOGIQUE

Elle épouse l'**architectonique** des **infractions pénales**, savoir l'**incrimination** d'un **manquement** à une **obligation prédéterminée**, justiciable d'une **sanction**.

Il n'est pas inutile, dans cet ordre d'idées, de rappeler que toute **infraction** est la réunion de **trois éléments constitutifs** d'ordre **légal**, **matériel** et **moral** (ou **psychologique**).

Le **processus normatif d'incrimination** du **manquement professionnel** se fait, dès lors, selon le **schéma tripartite** suivant :

1°) DEFINITION par le **pouvoir normatif** (**loi** ou **règlement** selon que, ce faisant, il est **mis en cause**, ou seulement **mis en œuvre** une **règle** ou un **principe fondamental** placé par la **Constitution** dans le **domaine de la loi – CC, décision n°2011-171/178 QPC** du **29 Septembre 2011, M. Michael C. et a. § 5** *a contrario*), en termes **intelligibles**, **clairs** et **précis** (**CE, 16 Décembre 2016**, **Groupement d'employeurs Plusagri**, n°390234) de l'**OBLIGATION** à laquelle « (…) *les intéressés sont soumis en raison de l'**activité** qu'ils exercent, de la **profession** à laquelle ils appartiennent ou de l'**institution** dont ils relèvent ;* (…) » (**CE Section, 12 Octobre 2009, M. PETIT**, n°311641). L'article **1163** du Code civil, dans sa rédaction issue de l'**ordonnance** n°2016-131 du 10 Février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne laisse subsister aucune ambiguïté quant au **contenu obligationnel** : il s'agit bien d'une « ***prestation présente** ou **future*** (…) ***possible** et **déterminée** ou **déterminable*** (…) » à laquelle a droit le **créancier** de l'**obligation**.

2°) INCRIMINATION PAR REFERENCE, c'est dire par le **renvoi** au texte de **même rang** ou de **rang supérieur** dans la **hiérarchie des normes**, définissant l'**obligation** dont la méconnaissance sera constitutive d'une **infraction déontologique** que punit le texte d'incrimination ou un troisième texte. Il y a véritablement **incrimination** dès que l'**énoncé normatif** notifie à ses **destinataires** le **principe même de la sanction**, sans qu'il soit nécessaire d'en livrer, à ce stade, le détail. Est, ainsi, acquise la connaissance du caractère **blâmable** et **punissable** du comportement stigmatisé. Il y aura, alors, **incorporation** du **contenu obligationnel** (**réalité**) qui devient le premier terme de l'**incrimination**, le deuxième terme, la **transgression** en étant la **négation** qui constitue **l'élément matériel** de l'infraction.

3°) REPRESSION (**limitation**) du **manquement déontologique** par l'une des sanctions prévues par le **texte d'incrimination** ou un **troisième texte** qui lui est associé.

Il est, ici, renvoyé aux **douze catégories de l'entendement** présentées par **Emmanuel KANT** (v. spécialement la classe de la **qualité** comprenant les catégories de la **réalité** ou **affirmation**, de la **négation** et de la **limitation**) :

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

*

Le concept **obligation** renvoie **nécessairement** à l'idée de **prestation** dans un **sens déterminé**, **positive** (**action**) ou **négative** (**abstention**).

Or, un **principe régulateur** (opposé à **constitutif**) ne recèle **aucune obligation**, mais se borne à **orienter** une activité, sans fixer **nulle règle de fond** :

« (…)
*Au-delà de ces textes, la **déontologie**, ainsi que le dit son étymologie, est un **discours sur ce qu'il faut faire**, sur **ce qui nous oblige tous** : elle dessine les **lignes de force de l'éthique** de nos **pratiques professionnelles**.*
(…) »
(**Charte de déontologie de la juridiction administrative**).

*

La **norme déontologique** joue à l'égard de l'avocat destinataire le rôle d'une **ligne directrice** que l'**autorité administrative** chargée de l'appliquer peut, à titre **dérogatoire**, écarter au vu de **circonstances particulières** ou en **raison de considérations d'intérêt général** (**CE, Section, 11 Décembre 1970, Crédit foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader**, Rec. 750).

La **norme déontologique**, de **rang réglementaire**, n'a, en réalité, pas plus de **force juridique** que les **recommandations de bonne pratique** exposées dans la **charte de déontologie des membres de la juridiction administrative**, lesquelles, si elles sont « *susceptibles d'être **prises en compte*** » « ***Pour apprécier si le comportement d'un membre de la juridiction administrative traduit un manquement aux obligations déontologiques qui lui incombent*** », ne sont pas, pour autant, de nature à servir de **normes de références** pour caractériser, à elles seules, « *un **manquement disciplinaire*** » :

« (…)

*5. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la **charte de déontologie des membres de la juridiction administrative**, qui n'a pas pour **objet** de **se substituer** aux **principes** et **dispositions textuelles,** notamment **statutaires,** régissant **l'exercice de leurs fonctions,** a **vocation**, outre à rappeler les **principes et obligations d'ordre déontologique** qui leur sont applicables, à **préconiser** des **bonnes pratiques** propres à en assurer le respect. Pour apprécier si le **comportement** d'un membre de la juridiction administrative traduit un **manquement** aux **obligations déontologiques** qui lui incombent, les **bonnes pratiques** ainsi **recommandées** sont susceptibles d'être **prises en compte,** sans pour autant que leur **méconnaissance** ne soit, en elle- même**, constitutive d'un manquement disciplinaire**.*

(…) »

(**CE, 25 Mars 2020, M. A.**, n°411070) ;

« (…)

*5. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la **charte de déontologie des membres de la juridiction administrative,** qui n'a pas pou**r objet** de **se substituer** aux **principes** et **dispositions textuelles,** notamment **statutaires**, régissant **l'exercice de leurs fonctions,** a vocation, outre à rappeler les **principes** et **obligations d'ordre déontologique** qui leur sont applicables, à **préconiser** des **bonnes pratiques** propres à en assurer le respect. Pour apprécier si le **comportement** d'un membre de la juridiction administrative traduit un **manquement** aux **obligations déontologiques** qui lui incombent, les **bonnes pratiques** ainsi **recommandées** sont susceptibles d'être **prises en compte,** sans pour autant que leur **méconnaissance** ne soit, en elle-même, **constitutive d'un manquement disciplinaire.***

(…) »

(**CE, 25 Mars 2020, Syndicat de la juridiction administrative – SJA**, n°421149).

*

Seule une **appréciation manifestement erronée** de la **latitude** que les **circonstances** lui laissaient pourra être reprochée à l'avocat. Dans cette occurrence, le **contrôle** de son **comportement professionnel** sera, partant, **restreint**. Il se fera nécessairement à l'aune des **règles** applicables à la **matière siège** de l'**action** ou l'**omission reprochée**.

La **liberté** que le **pouvoir normatif** s'accorde en renvoyant à des **principes éthiques** ou **moraux** – pour une répression plus efficace des comportements suscitant une **réprobation sociétale** - trouve sa **contrepartie nécessaire** dans la **liberté d'auto-évaluation** de l'**avocat**, réputée être **conforme** aux **obligations** que lui impose son **serment** et à sa **mission constitutionnelle de défense**, sauf **preuve contraire** qui incombe à ses **détracteurs**.

*

L'article **183** d u **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat dispose :

« *Toute **contravention aux lois et règlements**, toute **infraction aux règles professionnelles**, tout **manquement** à la **probité**, à l'**honneur** ou à la **délicatesse**, même se rapportant à des **faits extraprofessionnels**, **expose l'avocat** qui en est l'auteur aux **sanctions disciplinaires** énumérées à l'article **184**.* »

Il est la **copule** qui relie **l'avocat** dont le **comportement** est **critiqué** (**sujet**) à la **sanction disciplinaire** (**prédicat**), parmi celles énumérées à l'article **184** dudit décret. Ces deux articles sont, partant, **indivisibles**. En l'absence du premier (**incrimination** du **comportement prohibé**) le second (**sanction** dudit **comportement**) ne peut pas recevoir application et sans celui-ci, celui-là est **privé d'effet**.

L'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat est à l'**infraction déontologique** ce qu'est l'article **464, alinéa 1er** du Code de procédure pénale au **délit correctionnel** : « *Si le **tribunal** estime que le **fait** constitue un **délit**, il prononce la **peine**.* »

A défaut de l'article **183** du **décret** susmentionné, le **juge**, savoir, en l'occurrence, le « ***conseil de discipline** institué dans le ressort de chaque cour d'appel* » (article **22, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), appelé à **connaître** « *des **infractions** et **fautes** commises par les **avocats** relevant des **barreaux** qui s'y trouvent établis.* », ne peut pas dépasser le stade de la **CONSTATATION** (de la **conformité** ou de la **non-conformité** de la **situation juridique** à la **règle de droit**). Il ne peut pas prendre de **DECISION** (**sanction**).

L'article **183** permet de satisfaire au **principe de légalité des délits et des peines**, dès lors que sont suffisamment **claires** et **précises** les **obligations** qu'il définit, auxquelles sont tenus les **avocats**.

Etant de **nature réglementaire**, il n'est cependant pas **compétent** pour **fixer** des **règles** et **principes fondamentaux** que le **Constituant** a placés dans le **domaine de la loi**.

Il est remarquable, à cet égard, qu'une **rédaction quasi-identique** ait été retenue par le **législateur** en ce qui concerne la **discipline des notaires** et de **certains officiers ministériels** :

« ***Toute contravention** aux **lois** et **règlements**, toute infraction aux **règles professionnelles**, tout fait contraire à la **probité**, à **l'honneur** ou à la **délicatesse** commis par un **officier public** ou **ministériel**, même se rapportant à des **faits extraprofessionnels**, donne lieu à **sanction disciplinaire.*** »

(**article 2, alinéa 1er** de l'**ordonnance** n°45-1418 du 28 Juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels).

Or, ce texte a **rang législatif**.

On ne s'expliquerait pas, dès lors, cette différence de degré dans la **hiérarchie normative** si la **volonté** du **législateur** n'était pas différente dans l'un et l'autre cas.

A l'évidence, le **législateur** a entendu que les **fautes** des **notaires** et de **certains officiers ministériels** soient sanctionnées de **peines disciplinaires** pouvant aller jusqu'à la **destitution** (article **3, 6°** de l'**ordonnance** précitée) emportant **empêchement d'exercice**.

Plus nuancée est la volonté du **législateur** à l'égard des **avocats**, dont il prévoit seulement le **principe de sanction** des **fautes**, sans définir celles-ci (**incrimination**) ni fixer les **sanctions** devant les réprimer. Cette double tâche (**incrimination** et **fixation** des **peines disciplinaires**) a été résolument dévolue au **pouvoir réglementaire** par l'article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dont le **Conseil constitutionnel** a validé la **conformité** à la **Constitution** (**CC, décision n°2011-171/178 QPC** du **29 Septembre 2011**) en précisant ultérieurement que son « (…) ***seul objet*** *est le* ***renvoi*** *au* ***pouvoir réglementaire*** *de la compétence pour fixer les* ***sanctions disciplinaires*** *des avocats.* (…) » (**CC, décision n°2017-630 QPC** du **19 Mai 2017, M. Olivier D**., **§ 8**) et sans aucunement approuver la **légalité** des **décrets en Conseil d'Etat** auxquels ce texte renvoie, office qui appartient **exclusivement** au **Conseil d'Etat**.

Ces circonstances propres à la **profession d'avocat** témoignent d'une **approche normative spécifique** à son égard. Aux yeux du **législateur**, seul est digne de son intérêt l'éventuel manquement qu'un avocat peut commettre « *à l'audience* (…) *aux* ***obligations*** *que lui impose son* ***serment*** (…) » (article **25, alinéa 1er** de la **loi** susvisée).

L e **législateur** est, en effet, souverain quant à la **définition** des **obligations** et le **mode de sanction** des éventuelles **infractions statutaires**. Selon le **choix normatif** retenu, une **obligation** pourra très bien ne pas être **incriminée** par la **loi**, ce qui indique que le **législateur** a clairement **exclu toute répression disciplinaire** (**l'exécution par la voie administrative**), en laissant le **pouvoir réglementaire** libre d'ériger, le cas échéant, le **manquement** à ladite **obligation** en **contravention de police** :

« (…)
Considérant *que lorsque la* ***définition*** *des* ***obligations*** *auxquelles est soumis l'****exercice*** *d'une* ***activité*** *relève du* ***législateur*** *en application de l'article* ***34*** *de la* ***Constitution****, il n'appartient qu'à la* ***loi*** *de* ***fixer****,* ***le cas échéant****, le* ***régime des sanctions administratives*** *dont la* ***méconnaissance*** *de ces* ***obligations*** *peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les* ***sanctions*** *encourues que les* ***éléments constitutifs des infractions*** *que ces* ***sanctions*** *ont pour objet de* ***réprimer*** *; que la circonstance que la* ***loi*** *ait renvoyé au* ***décret*** *le soin de définir ses* ***modalités*** *ou ses* ***conditions d'application*** *n'a ni pour* ***objet*** *ni pour* ***effet*** *d'habiliter le* ***pouvoir réglementaire*** *à intervenir dans le* ***domaine de la loi*** *pour définir ces éléments ;*
(…) »
(**CE, Section 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304, précité).

En renvoyant au **décret en Conseil d'Etat** la tâche de présenter « (…) ***2°*** *Les* ***règles de déontologie*** *ainsi que la* ***procédure*** *et les* ***sanctions disciplinaires*** *;* (…) », l'article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques a signifié que les éventuels manquements aux **obligations statutaires** (définies par la **loi**) des avocats ne pourraient pas faire l'objet de **répression disciplinaire** (**l'exécution par la voie administrative**).

*

II-C-G-3/ L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 183 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT : SEULE LA LOI EST HABILITEE A LIMITER LA LIBERTE CONTRACTUELLE POUR DES MOTIFS IMPERIEUX D'INTERET GENERAL

La **liberté contractuelle – déclinaison** de la **liberté en général** - prend sa **source constitutionnelle** dans les articles **4** et **5** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) qui disposent respectivement :

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**.* ».

Par ailleurs, le **Constituant** (article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) réserve au **législateur** la détermination des « (…) ***principes fondamentaux*** (…) *du **régime*** (…) *des **obligations civiles** et **commerciales** ;*(…) » :

« (…)
*La **loi** détermine les **principes fondamentaux** :*
(…)
*- du **régime de la propriété**, des **droits réels** et des **obligations civiles** et **commerciales** ;*
(…) »

La **liberté contractuelle** fait, ainsi, partie intégrante des « (…) ***principes fondamentaux*** (…) *du **régime*** (…) *des **obligations civiles et commerciales** ;*(…) », ainsi que le juge le **Conseil constitutionnel** :

« (…)
***1.** Considérant que l'article **34** de la **Constitution** réserve à la **loi** la détermination des **principes fondamentaux** du régime des **obligations civiles et commerciales**, au rang desquels il convient de ranger la **liberté contractuelle** ;*
(…) »
(**CC, décision n°84-137 L du 04 Juin 1984** - Nature juridique des dispositions de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel contenues à son article 3 sexies, tel qu'il résulte de la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970, **§ 1**).

On tire de ce qui précède que seule la **loi** a **compétence constitutionnelle** aux fins de **limiter** la **liberté contractuelle**.

A titre d'exemple supplémentaire, la fixation d'un **délai de prescription** pour exercer l'action en recouvrement d'une **créance civile** relève du domaine de la **loi** (v. **CE, 27 Novembre 2006**, **CRAMPON**, n°296018), tandis que la définition du **délai** de **péremption de l'instance** est de **nature réglementaire** (article **386** CPC : « *L'instance est **périmée** lorsque **aucune des parties** n'accomplit de **diligences** pendant **deux ans***. »).

« (…)
Sur le moyen tiré de l'illégalité des dispositions relatives au délai de réflexion :

***Considérant** qu'aux termes de l'article **34** de la **Constitution** : "La **loi** détermine les **principes fondamentaux** : () des **obligations civiles et commerciales**" ;*

***Considérant** que l'**arrêté attaqué** prévoit, au paragraphe 9 de son article 2, que tout devis doit comporter les phrases suivantes : "Il est convenu que doit être respecté un délai minimum de quinze jours entre la remise de ce document et l'intervention éventuelle. C'est un délai de réflexion avant toute décision, pour le praticien comme pour la personne examinée. Pendant cette période, il ne peut être exigé ou obtenu de la personne examinée, directement ou indirectement, à quelque titre que ce soit ni sous quelque forme que ce soit, une contrepartie quelconque ni aucun engagement, à l'exception du prix de la présente consultation. / Ce délai peut toutefois être réduit à sept jours, à la demande expresse de la personne examinée qui devra mentionner elle- même, de manière manuscrite et signée, cette demande sur le présent devis" ;*

***Considérant** que l'**obligation** faite par ces dispositions au **praticien** et à la **personne examinée** de respecter un **délai minimum de réflexion** avant la décision éventuelle d'intervention, **porte atteinte au principe de la liberté contractuelle** et **excède l'habilitation** donnée par l'article **L 113-3** du code de la consommation au **ministre chargé de l'économie** ; qu'**aucune autre disposition législative** n'autorisait ce ministre à prendre de telles dispositions, qui sont, par suite, **entachées d'illégalité** ;*

***Considérant** qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler les dispositions du paragraphe 9 de l'article 2 de l'arrêté attaqué relatives au délai de réflexion, lesquelles ne forment pas avec les autres dispositions de cet arrêté un ensemble indivisible et de rejeter le surplus des conclusions des requêtes ;*
(…) »
(**CE, 1ère et 4ème sous-sections réunies, 27 Avril 1998**, n°184473, 184557).

« (…)

d - Il est enfin soutenu, toujours à l'encontre des dispositions prescrivant l'établissement d'un devis, que l'arrêté est entaché d'illégalité en ce qu'il impose le respect d'un délai de réflexion entre la remise du devis et l'intervention chirurgicale proprement dite. L'article 2 de l'arrêté indique en effet qu'un délai minimal de quinze jours doit être respecté entre la remise du devis et l'intervention éventuelle du praticien. L'arrêté précise qu'il s'agit d'un délai de réflexion avant toute décision, pour le praticien comme pour la personne examinée. Mais il indique que ce délai peut être réduit à sept jours, à la demande expresse de la personne examinée, qui devra mentionner elle-même de manière manuscrite et signée cette demande sur le devis.

Ce dernier moyen s'avère délicat. En effet, l'article L. 113-3 du Code de la consommation n'habilite le pouvoir réglementaire qu'à définir les modalités selon lesquelles le consommateur est informé sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente. Mais l'obligation de respecter un délai minimal de réflexion avant la conclusion d'un contrat ne peut être regardée comme une modalité d'information du consommateur sur le prix : l'objet des dispositions contestées n'est pas de garantir une meilleure information sur le prix de la prestation envisagée, car cette information est déjà assurée de manière complète par le devis établi par le praticien. L'institution d'un délai de réflexion ne vise pas davantage à assurer une meilleure information de l'acheteur sur les conditions particulières de la vente, conditions dont l'arrêté ne fait pas état (il s'agit en pratique des modalités de paiement [arrhes, acomptes...], des délais de livraison, éventuellement des conditions de reprise d'un bien ancien appartenant à l'acquéreur contre l'acquisition d'une marchandise neuve...).

L'objet des dispositions litigieuses est différent : il s'agit de permettre au patient de ***mûrir son engagement*** *avant d'exprimer sa volonté de subir une intervention médicale ou chirurgicale.*

Il est vrai que l'essor depuis 1970 du droit de la consommation a conduit le législateur à recourir à un certain nombre de reprises à la technique dite du délai de réflexion pour protéger le consentement du consommateur. Le délai de réflexion vise à favoriser la réflexion de celui qui s'oblige. Le mûrissement du consentement du consommateur est en pratique aménagé de deux manières : ou bien le cocontractant dispose, après la signature de la convention, d'un délai pendant lequel il pourra revenir sur son engagement (tel est le cas, depuis l'intervention de la loi du 22 décembre 1972, pour la vente par démarchage à domicile) ; ou bien un délai de réflexion impératif est aménagé avant la conclusion du contrat, le contrat ne pouvant être formé qu'à l'issue de cette période de décantation (loi du 3 janvier 1967 relative aux ventes de logement, loi du 12 juillet 1971 relative au contrat d'enseignement par correspondance, lois du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 relatives à certaines opérations de crédit...). Mais ces hypothèses sont limitativement définies par la loi et ne concernent pas les prestations de services des professions libérales.

Il est vrai également que, s'agissant d'une intervention de chirurgie esthétique, qui n'est pas imposée par un caractère d'urgence ou de danger immédiat pour le patient, le patient doit avoir une information totale et être en mesure de donner un consentement éclairé. La jurisprudence tant administrative que judiciaire donne une très grande portée à l'obligation d'information en matière de chirurgie esthétique. L'obligation d'information est renforcée dans la mesure où elle est étendue à tous les risques, risques normalement prévisibles, mais également risques exceptionnels (v. Cass. 1re civ. 22 septembre 1981, Bull. cass. I, n° 268 ; Cass. 1re civ. 14 janvier 1992, Bull. cass. I n° 16 ; V. également CE 15 mars 1996, Mlle Durand c/ CHU de Nîmes, Lebon p. 85). Il n'est dès lors pas illogique de laisser au patient un délai de réflexion pour s'assurer que son consentement est réellement éclairé.

Mais pour autant, le fait d'imposer un délai de quinze jours avant la formation d'un contrat ***porte atteinte à la liberté contractuelle*** *puisqu'il fait obstacle à la* ***formation instantanée*** *du contrat. Or* ***seul le législateur est compétent*** *pour apporter des* ***limitations*** *à la* ***liberté contractuelle****. Ainsi que l'a jugé le* ***Conseil d'Etat****, la* ***liberté contractuelle*** *est un* ***principe général du droit*** *(****CE 20 janvier 1989, Sté Berry-Loire****, Lebon p. 26) et, en toute hypothèse, un des* ***principes fondamentaux*** *du régime des* ***obligations civiles et commerciales*** *au sens de l'article* ***34*** *de la* ***Constitution****, dont la* ***mise en oeuvre*** *appartient donc au* ***seul législateur*** *(****CE Sect. 3 octobre 1980, Fédération française des professionnels immobiliers et commerciaux,*** *Lebon p. 348). Si le Conseil constitutionnel considère que la liberté contractuelle n'est pas de niveau constitutionnel (déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, Rec. p. 117 ; déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Rec. p. 31), il estime comme le Conseil d'Etat qu'elle fait partie des* ***principes fondamentaux*** *du régime des* ***obligations civiles et commerciales*** *dont la détermination est réservée au* ***législateur*** *(déc. n° 84-137 L du 4 juin 1984, Rec. p. 113). Aussi, lorsqu'il est* ***dérogé*** *à la* ***liberté contractuelle*** *par une* ***disposition législative****, le juge interprète-t-il* ***strictement*** *cette disposition afin d'en limiter la portée à ce qui est très exactement prévu. La section du contentieux s'est ainsi tout récemment refusée à considérer qu'une disposition législative interdisant les* ***clauses d'irresponsabilité*** *pouvait être interprétée comme interdisant les* ***clauses aménageant*** *ou* ***limitant*** *la responsabilité du cocontractant (****CE Sect. 28 janvier 1998, Sté Borg-Warner****, à paraître au Lebon).*

Dans ces conditions, l'institution d'un délai de réflexion de quinze jours supposait que le ***législateur*** *ait préalablement autorisé qu'il soit porté atteinte à la* ***liberté contractuelle****. A défaut d'une telle* ***habilitation****, qui ne peut trouver son fondement ni dans l'article* ***L. 113-3*** *du Code de la consommation ni dans* ***aucune autre disposition*** *du même code, l'arrêté est* ***entaché d'incompétence*** *en tant qu'il a imposé le respect d'un tel délai.*

2-3 - Le dernier moyen est tiré de ce que l'arrêté aurait pour effet d'assujettir les prestations effectuées par les praticiens qui effectuent des actes médico-chirurgicaux à visée esthétique à la taxe sur la valeur ajoutée, en violation de l'article 261 du Code général des impôts.

De fait, l'article 2 de l'arrêté indique que le devis doit préciser le décompte détaillé, en quantité et en prix, de chaque prestation et produit nécessaires à l'acte prévu, la somme globale à payer TTC et la durée de validité de l'offre. La mention de « la somme globale à payer TTC » paraît ne pas être conforme avec l'article 261 du Code général des impôts, qui indique que sont exonérés de la TVA les soins dispensés aux personnes par les membres de professions médicales et paramédicales réglementées, ainsi que les frais d'hospitalisation et de traitement, y compris les frais de mise à disposition d'une chambre individuelle, dans les établissements de santé privés titulaires de l'autorisation mentionnée à l'article L. 712-8 du Code de la santé publique. Mais l'arrêté nous paraît pouvoir être interprété dans le sens que l'obligation de mentionner la TVA concerne les produits et dispositifs nécessaires à l'acte prévu et non l'acte médical lui-même. L'arrêté n'a dès lors pas pour effet de soumettre illégalement à la TVA les soins dispensés par les médecins spécialisés en chirurgie esthétique.

Et par ces motifs nous concluons : - à l'annulation de l'arrêté du 17 octobre 1996 en tant qu'il impose un délai de réflexion de quinze jours ; - et au rejet du surplus des conclusions des requêtes.

(**Conclusions** de **Madame Christine MAUGÜE**, Commissaire du gouvernement sous **CE, 1ère et 4ème sous-sections réunies, 27 Avril 1998**, n°184473, 184557).

*

L e **Code civil** consacre (article **1102**) et encadre (articles **1162** et **1163**) la **liberté contractuelle**. Elle est **tout** ce que les **parties contractantes** peuvent **stipuler** qui ne contrevienne à **l'ordre public** ni par le **contenu obligationnel** ni par le **but** du **contrat**.

Article **1102** :

« *Chacun est **libre de contracter** ou de **ne pas contracter**, de **choisir son cocontractant** et de **déterminer le contenu** et la **forme** du **contrat** dans les **limites** fixées par la **loi**.*

*La **liberté contractuelle** ne permet pas de déroger aux **règles** qui intéressent l'**ordre public**.* »

Article **1162** :

« *Le **contrat** ne peut déroger à **l'ordre public** ni par ses **stipulations**, ni par son **but**, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* »

Article **1163** :

« *L'**obligation** a pour **objet** une **prestation présente** ou **future**.*

*Celle-ci doit être **possible et déterminée** ou **déterminable**.*

*La **prestation** est **déterminable** lorsqu'elle peut être **déduite du contrat** ou par **référence** aux **usages** ou aux **relations antérieures** des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.* »

Les textes susvisés font écho à la **prohibition générale** formulée par l'article **6** du Code civil :

« *On ne peut **déroger**, par des **conventions particulières**, aux **lois** qui intéressent l'**ordre public** et les bonnes moeurs.* »

*

La référence doctrinale à la **théorie générale de l'obligation** est, dès lors, **pertinente** :

« ***Deux principes fondamentaux** sont à la base d'une **théorie générale de l'obligation** ; c'est d'eux qu'il faut partir pour aboutir à la classification étudiée : d'une part, le **principe de la force obligatoire de la loi et du contrat** ; d'autre part, le **principe que l'on n'est pas tenu au-delà de ce à quoi on est obligé par la loi ou par le contrat**.* (…) »

(…)

(**Professeur Henri MAZEAUD**, Essai de classification des obligations, RTD civ. 1936, § 37, pp. 33).

*

On rappelle, dans cet ordre d'idées, qu'aux termes de l'article **411** du Code de procédure civile (CPC) :

« *L e* ***mandat de représentation en justice*** *emporte* ***pouvoir*** *et* ***devoir*** *d'accomplir au nom du mandant les* ***actes de la procédure***. »

S'il devait être **explicité** (comme se projetant dans une **situation concrète**) au vu de l'interprétation et de l'application qui en sont faites par les **juridictions judiciaires** (v. notamment **arrêt n°2016/ 13D** rendu le 29 Septembre 2016 par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence - Première Chambre A – RG 15/15836 - décision attaquée** par le **pourvoi n°D 16-26.080** du 18 Novembre 2016 – *pièce n°3* et **Cass. 1° Civ**, 06 Décembre 2017, n°D 16-26.080 – *pièce n°4*), l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat se lirait de la façon suivante :

« *Par* ***dérogation*** *à l'article* ***411*** *du Code de procédure civile, sont* ***interdites*** *la* ***conclusion*** *et l'****exécution*** *par un* ***avocat*** *d'un* ***mandat de représentation et d'assistance en justice*** *dès lors que le* ***volume des diligences prévisible*** *est* ***disproportionné*** *par rapport à l'****enjeu financier*** *du* ***litige*** *qui en est l'objet.* »

Or, la **disproportion librement acceptée par les parties** comme une **possibilité**, en fonction des **nécessités de la défense**, entre le **volume de diligences prévisible** et l'**enjeu financier du litige**, ne rend compte, dans le principe, d'**aucune atteinte à l'ordre public** par le **mandat de représentation et d'assistance en justice**, au sens des articles **1102** et **1162** du Code civil précités, **contrat** dont **nul juge** ne pourrait, partant, légalement prononcer la **nullité** sans établir l'absence de l'une des trois conditions **limitativement énumérées** par l'article **1128** du même Code, savoir « ***1°*** *Le* ***consentement*** *des parties ;* ***2°*** *Leur* ***capacité de contracter*** *;* ***3°*** *Un* ***contenu licite*** *et* ***certain***. ».

L'**énoncé hypothétiquement normatif** prétendant **déroger** à l'article **411** CPC néglige, en effet, d'une part, l'**intérêt moral** des parties à **agir en justice**, qui **n'est pas quantifiable en argent** et qui ne contrarie en rien l'**intérêt** d'une **bonne administration de la justice**.

D'autre part, **nulle critique déontologique** ne se justifie lorsque, comme en l'espèce, il n'existe **aucune disproportion** entre le **volume** des **diligences accomplies par l'avocat** et le montant des **honoraires payés par le client** « ***après service rendu en toute connaissance de cause après une information exhaustive.*** » (**Ordonnance n°2016/255 irrévocablement** rendue le 28 Juin 2016 par le **Premier président** de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence – RG N°15/13811 –** *pièce n°1*, page **4/5** *in fine*).

La **Cour de cassation** a, d'ailleurs, postérieurement à l'**arrêt n°1268 F-D** rendu le 06 Décembre 2017 par la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation – pourvoi n°D 16-26.080** (**rejet** – six pages – *pièce n°4*), consacré l'adage latin ***Volenti non fit injuria*** : **à celui qui consent on ne fait pas tort**, en jugeant que « (…) *les* ***conséquences*** *d'un* ***engagement librement souscrit*** *et* ***judiciairement déclaré valable*** *ne constituent pas un* ***préjudice réparable*** ; (…) » (**Cass. 1° Civ., 10 Avril 2019**, n°18-14.987 : **cassation** au visa de l'article **1240** du Code civil).

L**e pouvoir réglementaire** n'est donc **pas compétent** pour **fixer** cette **règle**, que le **législateur** n'a pas adoptée.

Il est à observer, de surcroît, qu'une **loi** a été rendue nécessaire pour **limiter** l a **liberté** de **stipuler**, dans un **contrat de collaboration** ou de **travail** conclu entre **deux avocats**, une **clause limitant** la **liberté d'établissement ultérieure** du collaborateur ou du salarié :

« (…) *Le **contrat de collaboration** ou le **contrat de travail** ne doit pas comporter de **stipulation limitant** la **liberté d'établissement ultérieure** du collaborateur ou du salarié.*
(…) »
(article **7, alinéa 5** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

On ne voit pas, dans ces conditions, pour quelle raison le **pouvoir réglementaire** serait **compétent** pour limiter la **liberté contractuelle** au vu d'une **hypothétique disproportion** entre le **volume de diligences prévisible**, d'une part et l'**enjeu financier du litige**, d'autre part.

*

Au vu des développements qui précèdent, l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat est vicié d'**incompétence** en tant qu'il **excède l'habilitation législative** de l'article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, en ce qu'il :

1°) incrimine par la **voie administrative** (en ayant recours au **régime disciplinaire**), de **façon générale**, **tout manquement** :

1-a°) aux **obligations statutaires** créées par les « ***lois*** », comme par exemple l'**obligation** faite à l'avocat de **déférer à la commission d'office** décidée par le **président de la cour d'assises** ou le **bâtonnier** (article **9** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) ;

1-b°) aux **règles professionnelles d'origine légale** ;

1-c°) aux **principes** de **probité** (qui est le quatrième des cinq termes du **serment de l'avocat** – article **3, alinéa 2** de **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) et d'**honneur** (qui procède directement de la **dignité**, premier terme dudit **serment**),

dispositions que **seul** le **législateur** pouvait adopter, ce qu'il n'a pas fait.

2°) limite la **liberté contractuelle** lors de la **conclusion** d'un **mandat de représentation et d'assistance en justice**, qui ne devrait pas pouvoir, selon **l'interprétation judiciaire** qui en est livrée (**arrêt n°2016/ 13D** rendu le 29 Septembre 2016 par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence - Première Chambre A – RG 15/15836** – *pièce n°2*), être souscrit par le client s'il est susceptible de donner lieu à des **diligences** de l'avocat **disproportionnées** par rapport à l'**enjeu financier** du **litige**, **règle restrictive de la liberté contractuelle** que seul le **législateur** pouvait **fixer**, ce qu'il n'a pas davantage fait.

*

II-C-G-4/ L'ILLEGALITE INTERNE DE L'ARTICLE 183 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Le **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat se présente sous les traits **hybrides** :

D'une part, d'un **règlement dérivé** en tant que, conformément à l'article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, il présente, aux articles **183** et **184**, « *les* ***sanctions disciplinaires*** » applicables aux **avocats**.

D'autre part, d'un **règlement autonome** en tant qu'il fixe la **procédure disciplinaire** (articles **187** à **199**), qui, bien que figurant expressément dans la **clause d'habilitation**, relève de la **compétence du règlement**.

Se pose, dès lors, la question de savoir si la **loi** fait ou non **écran** entre le **règlement dérivé** et les **normes** qui lui sont **supérieures**.

En réalité, l'**écran** n'est, en l'occurrence, que **transparent** dès lors que les **principes essentiels** d'**indépendance de l'avocat**, de **l'autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral** de la profession, dont l'article **53** de la **loi** précitée impose le respect au **règlement**, ne sont pas de nature à faire **obstacle** à ce que celui-ci soit critiqué dans sa **légalité** au regard de **normes** qui lui sont **supérieures** (**principe général du droit**, **loi**, **traité international**, **Constitution**). Les **contraintes légales s'ajoutent** aux **autres impératifs supra-décrétaux** sans **s'y substituer ni épuiser les obligations normatives** du **règlement**.

Dans ces conditions, se donnent à voir, en l'espèce :

La **violation** de la **liberté contractuelle** garantie par l'article **4** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**1**).

L a **violation** de l'article **10** de la **Convention européenne des droits de l'homme** : les nécessaires conséquences à tirer de l'**arrêt CEDH BONO c. FRANCE** du 15 Décembre 2015 (**2**).

La **méconnaissance** des **principes essentiels** d'**indépendance de l'avocat**, de **l'autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral** de la profession (**3**).

La **discrimination** et la **partialité** dans la mise en œuvre du **pouvoir disciplinaire** (**4**).

La **synthèse** des **griefs** de **légalité interne** (**5**).

1.-/ LA VIOLATION DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE GARANTIE PAR L'ARTICLE 4 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789

Ce moyen **s'ajoute** à celui tiré de l'**incompétence** dont est vicié l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

En l'espèce, sont en présence :

D'une part, la **liberté d'entreprendre**, la **liberté contractuelle** et les **droits de la défense**, tous trois **principes à valeur constitutionnelle**.

D'autre part, les **objectifs de valeur constitutionnelle** suivants :

1°) la **sauvegarde de l'ordre public** (**CC, décision n°82-141 DC du 27 Juillet 1982**, **§ 5**) ;

2°) l'**accessibilité** et l'**intelligibilité du droit** (**CC, décision n°99-421 DC du 16 Décembre 1999**, **§ 13**) ;

3°) le **bon usage** ou le **bon emploi** des **deniers publics** (**CC, décision n°2003-473 DC du 26 Juin 2003**, **§ 18**; **CC, décision n°2008-567 DC du 24 Juillet 2008**, **§ 9**) ;

4°) la **bonne administration de la justice** (**CC, décision n°2009-595 DC – Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, § 4**).

Chacun des **objectifs de valeur constitutionnelle** (**OVC**) pourra être mobilisé par le **législateur** pour **pondérer** des **droits** ou **libertés** à **valeur constitutionnelle**, dans un **but d'intérêt général**, sauf **dénaturation**.

« (…)

– *SUR LES GRIEFS TIRÉS DE L'ATTEINTE À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET À LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE :*

3. Considérant que la société requérante soutient que les dispositions contestées, en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la fourniture du service pour défaut de paiement, même en dehors de la période hivernale, sans prévoir de contrepartie et sans que cette interdiction générale et absolue soit justifiée par la situation de précarité des usagers, ne sont pas justifiées par un motif d'intérêt général et, dès lors, méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ;

4. Considérant qu'il est loisible au ***législateur*** *d'apporter à la* ***liberté d'entreprendre*** *et à la* ***liberté contractuelle****, qui découlent de l'article* ***4*** *de la* ***Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789****, 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*** *;*

5. Considérant que le ***législateu****r ne saurait porter aux* ***contrats légalement conclus*** *une atteinte qui ne soit justifiée par un* ***motif d'intérêt général suffisant*** *sans méconnaître les exigences résultant des articles* ***4*** *et* ***16*** *de la* ***Déclaration de 1789*** *;*

6. Considérant qu'il résulte des ***premier****,* ***dixième*** *et* ***onzième alinéas*** *du* ***Préambule*** *de la* ***Constitution*** *du 27 octobre 1946 que la* ***possibilité*** *pour* ***toute personne*** *de* ***disposer d'un logement décent*** *est un* ***objectif de valeur constitutionnelle*** *;*

7. Considérant, en premier lieu, qu'en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le législateur a entendu garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence ; qu'en ne limitant pas cette interdiction à une période de l'année, il a voulu assurer cet accès pendant l'année entière; qu'en prévoyant que cette interdiction s'impose quelle que soit la situation des personnes titulaires du contrat, il a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2013 susvisée, entendu s'assurer qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau ; que le législateur, en garantissant dans ces conditions ***l'accès à l'eau*** *qui répond à un* ***besoin essentiel de la personne****, a ainsi poursuivi* ***l'objectif de valeur constitutionnelle*** *que constitue la* ***possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent*** *;*

*8. Considérant, en second lieu, d'une part, qu'il résulte des dispositions de la section 2 du chapitre IV du titre II du livre II de la deuxième partie du code général des collectivités territoriales, que la distribution d'eau potable est un service public industriel et commercial qui relève de la compétence de la commune ; que ce service public est exploité en régie directe, affermé ou concédé à des entreprises dans le cadre de délégations de service public ; que l'usager de ce service public n'a pas le choix de son distributeur ; que le distributeur d'eau ne peut refuser de contracter avec un usager raccordé au réseau qu'il exploite ; que lorsque le service public est assuré par un délégataire, le contrat conclu entre ce dernier et l'usager l'est en application de la convention de délégation ; que les règles de tarification de la distribution d'eau potable sont encadrées par la loi ; qu'ainsi, les distributeurs d'eau exercent leur activité sur un marché réglementé ; qu'en outre, la disposition contestée est une dérogation à l'exception d'inexécution du contrat de fourniture d'eau qui ne prive pas le fournisseur des moyens de recouvrer les créances correspondant aux factures impayées ; qu'il s'ensuit que l'**atteinte** à la **liberté contractuelle** et à la **liberté d'entreprendre** qui résulte de l'interdiction d'interrompre la distribution d'eau **n'est pas manifestement disproportionnée** au regard de **l'objectif poursuivi** par le **législateur** ;*

9. Considérant, d'autre part, que pour mettre en œuvre cet objectif de valeur constitutionnelle, le législateur pouvait, sans porter une atteinte excessive aux contrats légalement conclus, modifier, y compris pour les conventions en cours, le cadre légal applicable aux contrats de distribution d'eau ;

*10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs tirés de ce que les dispositions contestées méconnaîtraient la **liberté contractuelle** et la **liberté d'entreprendre** doivent être écartés;*

(…) »

(**CC, décision n°2015-470 QPC du 29 Mai 2015 – Société SAUR SAS**, **§§ 3** à **10**).

1-1.-/ LE CONTROLE DISCIPLINAIRE DE L'ACTIVITE PROFESSIONNELLE DES AVOCATS EST LA RESULTANTE DE LA CONCILIATION ENTRE, D'UNE PART, LES DROITS DE LA DEFENSE, LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE ET LA LIBERTE CONTRACTUELLE, TOUS TROIS DE RANG CONSTITUTIONNEL ET, D'AUTRE PART, L'OBJECTIF DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

L a **conciliation** entre les **droits de la défense** et **l'objectif de valeur constitutionnelle** de **bonne administration de la justice** s'exprime aux articles **3, alinéa 2** ; **22** et **25** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Est-elle **manifestement déséquilibrée** ?

La réponse à cette question est fournie par l'analyse des textes en cause.

Le premier des articles précités définit l'**avocat** par les cinq termes du **serment** qu'il prête devant la **Cour d'appel**, au moment d'entrer en fonctions : **dignité**, **conscience**, **indépendance**, **probité** et **humanité**.

Le deuxième prolonge la définition du **défenseur universel** en décidant qu'il est justiciable d'un **conseil de discipline** appelé à **connaître** « (…) *des **infractions** et **fautes** commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent établis.* », privé, toutefois, du pouvoir de **sanctionner** les manquements des avocats à leurs **obligations légales** (e.g. article **9**) et chargé seulement de livrer une **constatation**, réponse à la **question de droit**: y a-t-il eu **manquement professionnel** ?

Le troisième traite du cas particulier d'un **manquement** par un avocat, **à l'audience**, « (…) *aux **obligations** que lui impose son **serment*** (…) », confirmant, ce faisant, que le **serment de l'avocat** est le **pivot** de la **problématique disciplinaire**.

Chacun des **énoncés législatifs** susvisés, s'il peut être **interprété conformément** à la **Constitution** à laquelle il est subordonné, est la **borne** des **sujétions** susceptibles d'affecter l'exercice des **droits de la défense**, la **liberté d'entreprendre**, comme la **liberté contractuelle**. **Aucune autre contrainte** que celles qu'exprime la **loi** ne s'aurait y être ajoutée, à peine de **dénaturer** la **mission constitutionnelle** de l'**avocat défenseur**.

Le **législateur** est parti du **principe** voulant que le **professionnel** qui prête **serment** en connaît l a **signification** précise. L'intéressé sait, ou doit savoir, dès lors, que chacune de ses **actions** ou **abstentions** sera regardée à travers le prisme du **serment**. Les **obligations** qu'impose à l'**avocat** son **serment** ont pour objet une **prestation qualifiée** (agir d'une certaine manière).

Ce procédé a l'avantage de la **simplicité**, mais suscite bien des **interrogations**.

La difficulté peut surgir, en cas de litige, si l'intéressé ne reconnaît pas, ***ex post facto*** dans les **griefs déontologiques** qui lui sont adressés, un **manquement** à une **obligation** qu'il aurait contractée lors de sa **prestation de serment**.

Comment résoudre cette difficulté ?

L'analyse des **cas** traités en **jurisprudence** peut y aider.

Sans doute, le **risque d'arbitraire** est-il compensé par le caractère de **relative moindre gravité** de la **sanction administrative** par rapport à la **sanction pénale**. Le critère de **proportionnalité** de l a **sanction** prononcée par les organes nationaux intervient, en effet, dans l'appréciation de la violation de la **norme conventionnelle**.

L'**ingérence étatique** que constitue la **condamnation** du requérant dans l'exercice de son **droit** à la **liberté d'expression** enfreint l'article **10** de la **Convention européenne des droits de l'homme**, sauf si elle est « ***prévue par la loi*** », dirigée vers un ou plusieurs des **buts légitimes** énumérés au paragraphe **2** de l'article **10** et « ***nécessaire*** *dans une* ***société démocratique*** » pour les atteindre (v. **CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE**, requête n°29024/11, **§ 48**).

L'**ingérence** est **nécessaire** dans une **société démocratique** si elle est **proportionnée** au **but légitime** et si les **motifs** invoqués par les juridictions internes sont **pertinents** (arrêt susvisé, **§ 50**).

Ainsi, la **Cour de Strasbourg**, a-t-elle estimé qu'il y avait eu, dans l'affaire précitée, « (…) *violation de l'article* ***10*** *de la* ***Convention*** *en raison du caractère* ***disproportionné*** *de la* ***peine*** *infligée au requérant.* (…) » (même arrêt, **§ 56**).

De même, est-il admis, en matière **disciplinaire**, que « *l e* ***principe de légalité des délits*** *est satisfait dès lors que les* ***textes applicables*** *font référence à des* ***obligations*** *auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'****activité*** *qu'ils exercent, de la* ***profession*** *à laquelle ils appartiennent ou de* ***l'institution*** *dont ils relèvent ;* (…) » :

« (…)
Considérant *que le requérant soutient que le* ***principe de légalité des délits et des peines*** *s'opposait à ce que le Haut Conseil du commissariat aux comptes pût infliger une sanction fondée sur la méconnaissance de ces textes, qui n'auraient pas défini avec* ***une précision suffisante*** *les* ***obligations*** *imposées aux commissaires aux comptes ; que, toutefois, pour ce qui concerne les* ***sanctions susceptibles d'être infligées aux membres des professions réglementées****, y compris celles revêtant un* ***caractère disciplinaire****, le* ***principe de légalité des délits*** *est satisfait dès lors que les* ***textes applicables*** *font référence à des* ***obligations*** *auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'****activité*** *qu'ils exercent, de la* ***profession*** *à laquelle ils appartiennent ou de* ***l'institution*** *dont ils relèvent ; que, dès lors, le Haut Conseil du commissariat aux comptes n'a pas entaché sa décision d'erreur de droit en retenant que la méconnaissance des dispositions figurant à* ***l'article L. 225-222*** *du code de commerce et à l'****article 88*** *du décret du 12 août 1969 pouvait faire l'objet d'une sanction disciplinaire ;*
(…) »
(**CE, Section, 12 Décembre 2009**, **Petit,** n°311641).

Cependant, l'appréciation moins stricte du **principe de légalité** des **délits** et des **peines**, qui trouve à s'appliquer en **matière disciplinaire**, ne doit pas conduire à vider ce principe de sa **substance**, à peine de **dénaturation**.

*

1-2/ LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE DOIT SE CONCILIER AVEC LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE : LA JUSTIFICATION DU SERMENT ET DU CONTROLE ADAPTE DE LA DEONTOLOGIE DES AVOCATS, DONT L'ORDRE N'EST PAS, EN FRANCE, LE MODE LEGAL D'ORGANISATION

La **conciliation** entre les **droits de la défense**, d'une part, raison d'être de l'**avocat**, et l'**objectif de valeur constitutionnelle** de **bonne administration de la justice**, d'autre part, justifie de le **contraindre** à **prêter serment** avant d'entrer en fonctions.

Il est, en effet, légitime, au regard de l'intérêt d'une **bonne administration de la justice** que les professionnels qui se destinent à la **mission constitutionnelle de défense** prennent **l'engagement solennel** devant l'**Etat** d'agir en toutes circonstances selon des **principes éthiques** qui en sont la **garantie**.

Tel est l'objet du **serment** que formule l'article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, par lequel l'**avocat** jure d'exercer ses « *fonctions avec **dignité, conscience, indépendance, probité** et **humanité**.* »

Quant au **contrôle** de la **déontologie des avocats** qu'appelle naturellement le **serment qu'ils prêtent**, générateur d'**obligations** envers leurs **futurs clients** et les **tiers** (« (…) *l a **promesse d'exécution** d'un **devoir de conscience envers autrui*** », au sens et pour l'application de l'article **1100, alinéa 2** du Code civil), il doit, à peine de **dénaturation** de la **mission constitutionnelle de défense**, respecter un **équilibre**. Celui-ci sera obtenu, en **France**, où l'***ordre*** n'est pas le **mode légal** d'organisation de la profession d'avocat, en **adaptant** le **régime de sanctions** au « ***statut spécifique** des **avocats**, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux,* (qui) *leur fait occuper une **position centrale** dans **l'administration de la justice***. (…) » (**CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, **§ 132**).

*

L'atteinte à la **liberté d'entreprendre** n'apparaît pas, dans ces conditions, sous l'angle de la **prestation du serment de l'avocat**, comme **condition d'accès à la profession**, **manifestement disproportionnée**.

Le même constat n'est, cependant, pas possible en ce qui concerne **l'atteinte** à la **liberté contractuelle** et à la **liberté d'expression**, toutes deux **vecteurs nécessaires** des **droits de la défense**, de **rang constitutionnel**.

*

1-3/ LA LIBERTE CONTRACTUELLE DOIT SE CONCILIER AVEC LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE SANS SUBIR DE DENATURATION

La **question de droit** à résoudre est la suivante :

Dans quelle mesure le **pouvoir normatif** peut-il, au vu de l'**objectif de valeur constitutionnelle** de **bonne administration de la justice**, porter atteinte à la **liberté contractuelle**, en **limitant** la **conclusion** et l'**exécution** d'un **mandat de représentation et d'assistance en justice**, sans laquelle les **droits de la défense**, à **pleine valeur constitutionnelle** ne peuvent s'exercer ?

Aux termes des articles **1162** et **1163** du Code civil (**Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété - Titre III : Des sources d'obligations - Sous-titre Ier : Le contrat - Chapitre II : La formation du contrat - Section 2 : La validité du contrat - Sous-section 3: Le contenu du contrat**) :

Article **1162** :

« *Le **contrat** ne peut déroger à **l'ordre public** ni par ses **stipulations**, ni par son **but**, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* »

Article **1163** :

« *L'**obligation** a pour **objet** une **prestation présente** ou **future**.*

*Celle-ci doit être **possible** et **déterminée** ou **déterminable**.*

*La **prestation** est **déterminable** lorsqu'elle peut être déduite du **contrat** ou par **référence** aux **usages** ou aux **relations antérieures des parties**, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.* »

De surcroît, l'article **411** du Code de procédure civile (CPC) dispose :

« *Le **mandat** de **représentation en justice** emporte **pouvoir** et **devoir** d'accomplir au nom du **mandant** les **actes de la procédure**.* »

Il résulte des **dispositions législatives** et **réglementaires** susvisées que, sauf **raison impérieuse d'intérêt général** dont le **pouvoir normatif** devra dûment justifier, il ne sera pas **légalement** possible de reprocher à un avocat d'avoir **conclu** un **contrat de mandat** aux fins de **représentation et d'assistance en justice** dont aucune des stipulations **n'est contraire à l'ordre public**.

En outre l'article **8, alinéa 2** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat prévoit expressément la **faculté** de **renouvellement** du **mandat,** l'**extension des pouvoirs** de l'avocat étant, même, **obligatoire** « *si les circonstances l'exigent.* ».

Ce texte dispose, à cet égard :

« *L'avocat doit justifier d'un* ***mandat écrit*** *sauf dans les cas où la* ***loi*** *ou le* ***règlement en présume l'existence****.*

L'avocat s'assure au préalable de la ***licéité de l'opération*** *pour laquelle il lui est donné mandat. Il respecte strictement l'****objet*** *du mandat et veille à obtenir du mandant une* ***extension*** *de ses* ***pouvoirs*** *si les circonstances l'exigent.*

L'avocat ne peut, sans y avoir été autorisé spécialement et par écrit par le mandant, transiger en son nom et pour son compte ou l'engager irrévocablement par une proposition ou une offre de contracter.

L'avocat ne peut disposer de fonds, effets ou valeurs ou aliéner les biens du mandant que si le mandat le stipule expressément ou, à défaut, après y avoir été autorisé spécialement et par écrit par le mandant. »

Il résulte des dispositions précitées qu'un avocat ne saurait légalement se voir reprocher d'avoir sollicité et obtenu de son client, à plusieurs reprises, **l'extension de ses pouvoirs**.

*

Il est remarquable, à cet égard, que l'article **5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat **réserve** les **droits de la défense** :

« *L'avocat respecte le* ***secret de l'enquête et de l'instruction*** *en* ***matière pénale****, en s'abstenant de communiquer,* ***sauf pour l'exercice des droits de la défense****, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours.*
(…) ».

« (…)
En ce qui concerne l'article ***5*** *:*

Considérant que l'article ***5*** *du décret* ***se borne*** *à* ***faire*** *du* ***respect du secret de l'instruction****, tel qu'il est institué par l'article* ***11*** *du code de procédure pénale, une* ***obligation déontologique*** *pour* ***l'avocat*** *;*

qu'il ***réserve l'exercice des droits de la défense*** *et ne méconnaît pas l'article* ***6, § 1****, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

*Considérant que si, en vertu du **troisième alinéa** de l'article **11** du code de procédure pénale, le **procureur de la République** peut, au cours de l'enquête et de l'instruction, rendre publics certains éléments objectifs tirés de la procédure « ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause », pour éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, la **mission d'intérêt général** ainsi assignée au **Parquet** ne prive pas de justification l'**obligation** faite à l'avocat de **respecter le secret de l'enquête et de l'instruction** et ne met pas en cause le principe du **procès équitable** ;*

(…) »

(**CE, sixième et première sous-sections réunies, 15 Novembre 2006, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre**, n°283475, n°284964 et autres).

*

A titre de comparaison, le **contentieux disciplinaire** des magistrats de l'ordre judiciaire n'offre aucun exemple de condamnation d'un magistrat pour le seul fait d'avoir rendu un **jugement** ou signé un **réquisitoire**.

On en tire aisément l'**inapplication** à ces hypothèses de l'article **43, alinéa 1er** de **l'ordonnance** n°58-1270 du 22 Décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, selon lequel :

« ***Tout manquement** par un magistrat aux **devoirs de son état**, à **l'honneur**, à la **délicatesse** ou à la **dignité**, constitue une **faute disciplinaire**.* (…) »

L e **recueil** des **obligations déontologiques** des magistrats publié par le **CSM** confirme la solution :

« (…)

***13.** Les magistrats ne peuvent être poursuivis ou sanctionnés disciplinairement en raison de leurs **décisions juridictionnelles**.* ■

(…) »

Seuls, des **faits** susceptibles de **preuve** et d'un **débat contradictoire**, commis **dans l'exercice** ou **à l'occasion de l'exercice** de ce **mandat** et **manifestement contraires à son objet** devraient, le cas échéant, être **blâmables** comme caractérisant une violation des **obligations** qu'imposent le **serment** de l'avocat ou les **textes réglementaires**.

Est, de même, problématique, sous l'angle de l'**atteinte substantielle** à la **liberté contractuelle**, le renvoi opéré par l'article **183** du **décret** précité à la **délicatesse** (**Cass. 1° Civ., 10 Juillet 2014**, n°13-19.284), diminutif de la **dignité**, **sans préciser** que ce **principe déontologique**, pas plus que les autres **règles professionnelles**, telles la **loyauté** et la **prudence**, ne saurait être **interprété** comme faisant obstacle à la **conclusion** et/ou **l'exécution** d'un **mandat de représentation et d'assistance en justice**, vecteur nécessaire des **droits de la défense**, de **rang constitutionnel**.

La **jurisprudence judiciaire** confirme que cette **réserve d'interprétation** que l'on tire **logiquement** de la **hiérarchie des normes** n'a pas été, dans la **volonté** du **pouvoir réglementaire**, incluse dans le texte critiqué (**CA Aix-en-Provence, 1re Chambre A, 29 Septembre 2016, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Bâtonnier du Barreau de Marseille**, arrêt n°2016/13D ; n° RG 15/15836 - *pièce n°3* ; **Cass. 1° Civ., 06 Décembre 2017**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Bâtonnier du Barreau de Marseille** et **Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, arrêt n°1268 F-D, pourvoi n°D 16-26.080 – *pièce n°4*).

Ainsi, pour prétendre imputer à **Maître KRIKORIAN** un **manquement** à « *ses **obligations** de **prudence**, **délicatesse**, **loyauté** à l'égard de ses clients* (…) » (**arrêt** précité du 29 Septembre 2016, page **14/15** – *pièce n°3*), la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** énonce :

« (…)
Sur le fond

*Selon l'article **3** du **décret** n° 91-1197 du 27 novembre 1991 l'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité, et humanité, **dans le respect des termes de son serment**. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie.*
Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence.

*Aux termes de l'article **183** du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 toute contravention aux **lois et règlements**, toute infraction aux **règles professionnelles,** tout manquement à la **probité**, à **l'honneur** ou à la **délicatesse**, même se rapportant à des faits extra professionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article **184**.*

Le litige des époux Valenchon confié par eux à Maître Krikorian, concerne un problème de voisinage à la suite de la détérioration partielle de la clôture grillagée avec la propriété voisine située à Bouc Bel Air.

Le litige s'est déroulé sur ***huit années de procédures*** *de* ***2006*** *à* ***2014*** *devant de* ***nombreuses juridictions*** *: tribunal d'instance d'Aix-en-Provence, tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence, Cour d'appel d'Aix-en- Provence (appels des ordonnances de référés des 12 septembre 2006, 7 mai 2007, 7 juin 2007, de l'ordonnance de mise en état du 18 février 2011, de l'ordonnance de taxe du 7 septembre 2007, contre le certificat de vérification des dépens du 8 juillet 2009, action en récusation du Premier Vice-Président du tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence, action aux fins de renvoi pour cause de suspicion légitime à l'encontre de l'ensemble des magistrats de la 4ème chambre A de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence), Cour de Cassation (pourvoi contre l'ordonnance du 7 mai 2007, de l'arrêt du 13 mars 2008, de celui du 9 janvier 2014 de la Cour d'appel d'Aix-en- Provence, contre l'ordonnance du 9 décembre 2008 et le certificat de vérification des dépenses du 24 janvier 2014) , Conseil d'Etat (contre une décision d'incompétence).*

Initialement une expertise judiciaire a été instaurée par le tribunal d'instance d'Aix-en-Provence à laquelle les époux Valenchon ont refusé de participer, sur les recommandations de Maître Krikorian et une dizaine d'instances ont donc été engagées pour ce litige faisant l'objet de plusieurs incidents de procédures et de plusieurs recours devant la Cour de Cassation, le dernier ayant été abandonné en l'état du désaccord entre Maître Krikorian et l'avocat à la Cour de Cassation qu'il avait choisi pour représenter les époux Valenchon.

Ces différentes procédures ont généré un coût d'environ ***200.000 euros*** *se répartissant entre les frais, article 700, amendes et dépens à hauteur de 40.000 euros et les débours et honoraires de Maître Krikorian de plus de 160.000 euros, 119.000 euros HT selon Maître Krikorian, pour un intérêt financier du litige, selon l'expert judiciaire initialement désigné, de* ***10.000 euro****s.*

Maître Krikorian, pour assurer la représentation de ses clients au cours de ces procédures, leur a fait signer ***15 mandats d'extension de mission****, à partir d'une* ***convention d'honoraires*** *initiale en date du 15 septembre 2006 définissant la rémunération de ses diligences et prestations. La dernière facture d'honoraires du mois de septembre 2014 a été rejetée par les époux Valenchon qui ont saisi le Bâtonnier.*

La ***disproportion*** *entre la* ***multiplication des procédures*** *et le* ***coût*** *généré par celles-ci,* ***20 fois supérieur au coût prévisionnel du litige****, manifeste* ***l'absence de conseil et de mise en garde de l'avocat à ses clients profanes*** *alors qu'existent entre l'avocat et son client des* ***relations de confiance*** *et plus particulièrement en l'espèce, car les époux Valenchon étaient des* ***amis*** *de la famille Krikorian et ils ont indiqué dans leur plainte avoir une* ***confiance absolue en leur avocat****.*

*Il lui appartenait en effet d'****attirer leur attention sur les conséquences négatives de cet acharnement procédural inadapté à son objet****. Or,* ***il ne justifie pas*** *avoir respecté ses* ***obligations d'éclairer de façon réelle et circonstanciée ses clients*** *sur les procédures qu'il a initiées auxquelles les clients auraient passé outre.*

Au contraire, ces derniers ont indiqué qu'ils ont subi une "déferlante procédurale qui a commencé lorsque ***Maître Krikorian a décidé de refuser l'expertise judiciaire ordonnée****" mis en avant le "scandale financier" dont ils ont été victimes" et "l'obligation qui leur était faite de régler, sans discussion préalable, des* ***honoraires de prestations après services rendus****, sans avoir été prévenus par avance du coût de chacune des nouvelles actions""et ont estimé qu'ils n'ont pas reçu les conseils appropriés, que leurs intérêts ont été négligés et leur confiance abusée.*

Les termes des ***mandats signés par ses clients*** *combinés à ceux relatifs à sa très grande autonomie dans le déroulement des procédures, posent la question de son* ***désintéressement financier*** *et la* ***multiplication de ces procédures inefficaces*** *pour ses clients, détachées de leurs intérêts en les associant à son* ***combat personnel sur la contestation du statut de l'avocat****, revêt à leur égard un* ***caractère manifestement déloyal****.*

Il en résulte que Maître Krikorian a manqué à ses obligations de ***prudence, délicatesse, loyauté*** *à l'égard de ses clients,* ***faits étrangers et sans incidence*** *sur la* ***procédure en contestation des honoraires****.*

Il convient en conséquence de prononcer à l'encontre de Maître Krikorian un ***blâme*** *à titre de* ***sanction disciplinaire*** *et d'ordonner en application de l'article 184 alinéa 3 du décret du 27 novembre 1991 la* ***publicité du dispositif*** *de la présente décision dans le quotidien La Provence, aux frais de Maître Krikorian, sans que le coût total de cette publication puisse dépasser la somme de 3.000 euros HT, à la diligence du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille.*
(…) »

Il est constant, à cet égard, qu'**aucun des griefs** développés par la **Cour d'appel** n'est étranger à la mise en œuvre par **Maître KRIKORIAN** des **droits de la défense** de ses anciens clients (***Volenti non fit injuria***, **à celui qui consent on ne fait pas tort** ; **Cass. 1° Civ., 10 Avril 2019**, n°18-14.987 : **cassation** au visa de l'article **1240** du Code civil : « (…) *les* ***conséquences*** *d'un* ***engagement librement souscrit*** *et* ***judiciairement déclaré valable*** *ne constituent pas un* ***préjudice réparable*** ; (…) »).

On sait, dans cet ordre d'idées, que l'**immunité** de l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, que justifie « *le* ***libre exercice*** *du* ***droit d'agir*** *et de* ***se défendre en justice*** », « *fait obstacle à ce qu'un justiciable puisse faire l'objet, au titre de propos tenus ou d'écrits produits par lui dans le cadre d'une* ***instance juridictionnelle****,* ***en plus des mesures*** *prévues par cet article, de* ***poursuites disciplinaires*** *fondées sur le* ***caractère diffamatoire*** *de ces propos ou écrits ;* (…) » (**CE, 4e et 5e sous-sections réunies, 22 Mai 2015**, n°370429).

Il est clairement énoncé par le **Conseil d'Etat** que les **droits de la défense** – de **rang constitutionnel** (article **16 DDH**) - et l'**immunité** qui en procède, en termes de **diffamation**, s'opposent à toutes **poursuites disciplinaires** qui tendraient à réprimer un **abus** dans l'exercice de la défense.

On conçoit aisément, dès lors, que si le **contentieux disciplinaire** des **avocats** relevait du **Conseil d'Etat** et non pas de la **Cour de cassation**, qui adopte, sur ce point précis, une **position jurisprudentielle radicalement opposée** (**Cass. 1° Civ., 16 Décembre 2003**, n°03-13.353, n°03-14.649 jugeant que les dispositions de l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse « ***ne sont pas applicables en matière disciplinaire*** »), il ne serait pas possible de reprocher déontologiquement à un **avocat** d'avoir exercé les **droits de la défense** d'un client, **avec zèle**, comme l'exige la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH, Grand Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, **§ 137**) :

« (…)
*7. En deuxième lieu, il appartient au **juge de l'excès de pouvoir**, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les **faits reprochés** à un **agent public** ayant fait l'objet d'une **sanction disciplinaire** constituent des **fautes de nature à justifier une sanction** et si la **sanction** retenue est **proportionnée** à la **gravité** de ces fautes.*
(…) »
(**CE, 2ème et 7ème chambres réunies, 16 Octobre 2019**, n°422339).

Quant à la **Cour de cassation**, d'ordinaire soucieuse de contrôler l'existence d'une **faute** de nature à engager la **responsabilité civile** d'une **personne** (**Cass. Civ., 28 Février**, **15 Mars** et **07 Juillet 1910**, Dalloz 1913, p. 43), elle ne permet pas, par l'absence de motivation de sa décision susvisée (**Cass. 1° Civ., 06 Décembre 2017**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Bâtonnier du Barreau de Marseille** et **Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, arrêt n°1268 F-D, pourvoi n°D 16-26.080 – *pièce n°4*), d'évacuer le grief fait au décret litigieux.

Cette seule espèce suffit à démontrer que l'article **183** du **décret** susvisé ne peut pas, en tout état de cause, dans l'application qu'en font les **juridictions judiciaires statuant en matière disciplinaire**, être **interprété** comme **exonérant** du **grief déontologique** d'**indélicatesse** le **seul fait** de **conclure** ou d'**exécuter** un **mandat de représentation et d'assistance en justice**, dont l'article **411** du Code de procédure civile dit, pourtant, qu'il « *emporte **pouvoir** et **devoir** d'**accomplir** au nom du **mandant** les **actes de la procédure**.* »

Si cette **interprétation neutralisante** du texte litigieux avait été rendue possible par **l'appréciation judiciaire** de son **contenu normatif**, ce troisième grief aurait été sans fondement. Il vient d'être démontré, **jurisprudence pertinente** à l'appui, à l'inverse, que ce grief, comme ceux qui le précèdent, conserve son **entière actualité**.

*

Dans ces conditions, l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat devra être :

1°) abrogé en tant qu'il n'exclut pas de son champ d'application la **conclusion** et l'**exécution**, le cas échéant, **renouvelées**, d'un **contrat de mandat aux fins de représentation et d'assistance en justice** dont aucune des stipulations **n'est contraire à l'ordre public** ;

ou

2°) à tout le moins, **modifié** dans le même sens.

*

2.-/ LA VIOLATION DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME GARANTISSANT LA LIBERTE D'EXPRESSION, LAQUELLE DOIT SE CONCILIER AVEC LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Il est constant, à cet égard, ainsi que l'a énoncé la **Cour d'appel de Paris**, l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat a joué un **rôle prépondérant** dans la **condamnation** de **Maître Sébastien BONO** à « *la **sanction disciplinaire** du **blâme** et la **peine complémentaire** d'**inéligibilité** aux **instances professionnelles** pendant une durée de **cinq ans** ;* » pour des faits qualifiés de « *manquement aux **principes essentiels** de la profession d'avocat, en l'espèce à la **dignité**, à **l'honneur**, à la **délicatesse** et à la **modération** ;* » :

« (…)
CELA ÉTANT EXPOSÉ, LA COUR:

*Considérant, tout d'abord, qu en raison de l'**autonomie du droit disciplinaire**, la formation de la cour d'appel appelée à statuer sur un recours formé à l'encontre d'un arrêté du conseil de discipline de l'ordre des avocats, conformément aux dispositions de l'article 16 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, n'est en aucun cas liée par l'appréciation portée par une juridiction pénale sur le comportement d'un avocat;*

*Que l'article **183** du **décret** précité précise que toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extra-professionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l' article 184 (du même code)';*

*Que c'est au **seul regard** des dispositions de l'article **183** du **décret** du 27 novembre 1991 que **cette formation** de la **cour d'appel** est appelée à **examiner** les **faits** reprochés à l'avocat objet d'une **poursuite disciplinaire;***
(…) »
(**CA Paris, Pôle 02, Chambre 01, 25 Juin 2009**, RG n°08/18574).

La **Cour de cassation** a **rejeté** le **pourvoi** de **Maître BONO**, présenté sous forme d'un **moyen unique**, divisé en **six branches** :

« (…)
Mais attendu, d'abord, que ***l'arrêt énonce exactement*** *que les dispositions des articles* ***41*** *et* ***65*** *de la* ***loi*** *du 29 juillet 1881* ***ne sont pas applicables en matière disciplinaire*** *; qu'ensuite, ayant* ***à bon droit*** *rappelé que si* ***l'avocat a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice*** *ou le* ***comportement*** *de tel ou tel* ***magistrat****, sa* ***liberté d'expression n'est pas absolue*** *car sujette à des* ***restrictions*** *qu'impliquent, notamment, la* ***protection de la réputation*** *ou des* ***droits d'autrui*** *et la* ***garantie*** *de l'****autorité*** *et de* ***l'impartialité du pouvoir judiciaire****, la cour d'appel a constaté que les* ***propos incriminés*** *n'avaient pas simplement pour objet de critiquer la conduite de la procédure d'instruction et de contester la valeur des déclarations faites par le suspect au cours des interrogatoires menés en exécution de la commission rogatoire internationale délivrée par les juges d'instruction français, mais* ***mettaient personnellement en cause ces magistrats*** *dans leur* ***intégrité morale****, leur reprochant d'avoir* ***délibérément favorisé l'usage de la torture*** *et de s'être ainsi* ***rendus activement complices*** *des mauvais traitements infligés par les enquêteurs syriens ; qu'ayant relevé que ces* ***graves accusations*** *étaient aussi* ***inutiles*** *au regard des* ***intérêts du client*** *que* ***gratuites****, puisque les magistrats, dans le compte-rendu de leur mission à Damas, avaient décrit les difficultés rencontrées auprès des autorités syriennes, opposées à ce qu'ils assistent aux interrogatoires, elle en a* ***justement déduit*** *que les* ***propos litigieux*** *ne relevaient pas de la* ***protection de la liberté d'expression,*** *mais constituaient un* ***manquement à l'honneur*** *et à la* ***délicatesse*** *; que par ces motifs qui ne manifestent aucune partialité et en l'absence de toute violation du principe de la présomption d'innocence, elle a* ***légalement justifié sa décision*** *infligeant à l'avocat un* ***simple blâme*** *assorti d'une* ***inéligibilité temporaire*** *aux fonctions de membre des organismes et conseils professionnels ;*
(…) »
(**Cass. 1° Civ., 14 Octobre 2010**, n°09-16.495, n°09-69.266).

Or, dans cette affaire, la **France** a été condamnée par la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE**, requête n°29024/11, **§§ 42** à **56**), **à l'unanimité**, pour **violation** de l'article **10** de la **Convention européenne des droits de l'homme**, garantissant la **liberté d'expression**, « (…) *en raison du caractère* ***disproportionné*** *de la* ***peine*** *infligée au requérant*. » (**§ 56**), la **Cour de Strasbourg** considérant « (…) *qu'****en allant au-delà*** *de la* ***position ferme et mesurée*** *de la* ***cour d'appel*** *pour infliger une* ***sanction disciplinaire*** *au requérant, les autorités ont porté une* ***atteinte excessive*** *à l'exercice de la* ***mission de défense de l'avocat***. » (**§ 55**).

Autrement dit, la **mesure de police de l'audience** que **toute juridiction** peut prendre, « ***même d'office*** » (**CE, 15 Mars 2019**, n°413584), sur le fondement de l'article **41, alinéa 5** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, se traduisant notamment par « *la* ***suppression*** *des* ***discours injurieux****,* ***outrageants*** *ou* ***diffamatoires*** », qu'ils soient ou non « ***étrangers à la cause*** », doit être envisagée par la **juridiction** saisie de la cause, **avant toute autre mesure**.

La **sanction disciplinaire** ne peut, dans cet ordre d'idées, être recherchée que si les propos tenus ou les écrits produits devant la juridiction excèdent **manifestement** les limites des **droits de la défense**.

Or, la **Cour d'appel de Paris** (arrêt du 25 Juin 2009), comme la **Cour de cassation** (arrêt du 14 Octobre 2010) se sont expressément référées à l'article **183** du **décret** précité pour, respectivement, prononcer la **sanction** du **blâme** et **rejeter le pourvoi** formé à son encontre :

« (…)
*Que c'est au **seul regard** des dispositions de l'article **183** du **décret** du 27 novembre 1991 que **cette formation** de la **cour d'appel** est appelée à **examiner** les **faits** reprochés à l'avocat objet d'une **poursuite disciplinaire;***
(…) »
(**CA Paris, Pôle 02, Chambre 01, 25 Juin 2009**, RG n°08/18574) ;

« (…) *qu'ayant relevé que ces **graves accusations** étaient aussi **inutiles** au regard des **intérêts du client** que **gratuites**, puisque les magistrats, dans le compte-rendu de leur mission à Damas, avaient décrit les difficultés rencontrées auprès des autorités syriennes, opposées à ce qu'ils assistent aux interrogatoires, elle en a **justement déduit** que les **propos litigieux** ne relevaient pas de la **protection de la liberté d'expression**, mais constituaient un **manquement à l'honneur** et à la **délicatesse** ; que par ces motifs qui ne manifestent aucune partialité et en l'absence de toute violation du principe de la présomption d'innocence, elle a **légalement justifié sa décision** infligeant à l'avocat un **simple blâme** assorti d'une **inéligibilité temporaire** aux fonctions de membre des organismes et conseils professionnels ;*
(…) »
(**Cass. 1° Civ., 14 Octobre 2010**, n°09-16.495, n°09-69.266).

Le **manquement** à l'**honneur** et à la **délicatesse** est, en effet, incriminé par l'article **183** du décret susvisé, sous réserve de l'**incompétence**, comme susdit (v. *infra* **§ II-G-3**), du **pouvoir réglementaire** pour **incriminer** et **réprimer** le **manquement** à une **obligation légale**, la **dignité** dont l'**honneur** procède étant l'un des cinq termes du **serment légal** de l'**avocat**.

Ce qui est reproché en substance aux **juridictions françaises** par la **Cour européenne des droits de l'homme** est d'avoir écarté du **débat** relatif à l'**étendue** du **droit de critique** exercé par l'**avocat** quant au **fonctionnement de la justice**, sous l'angle de sa **liberté d'expression**, vecteur nécessaire des **droits de la défense**, une **disposition législative**, en l'occurrence, l'article **41, alinéa 5** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui a vocation à s'appliquer de **façon générale**.

Autrement dit, le **comportement** de l'**avocat** doit s'apprécier à l'aune des **normes** régissant la **matière siège** dudit comportement. Ce **principe** est **général**. Il doit être appliqué quel que soit le **grief** considéré.

S'agissant des **abus** de la **liberté d'expression**, ils ne peuvent, en vertu de l'article **11** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789, à **pleine valeur constitutionnelle**, qu'être réprimés par la **loi** et non par le **règlement** :

« *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**.* »

Un **décret**, fût-il pris **en Conseil d'Etat**, ne peut pas **légalement** restreindre une **liberté** au-delà des **limitations** que la **loi** lui a apportées.

C'est en ce sens que se prononce le **Conseil d'Etat** à propos de **poursuites disciplinaires** visant un **médecin** pour des **propos diffamatoires** tenus lors d'une **instance juridictionnelle**, jugeant que l'**immunité** de l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, que justifie « *le **libre exercice** du **droit d'agir** et de **se défendre en justice** », « fait obstacle à ce qu'un justiciable puisse faire l'objet, au titre de propos tenus ou d'écrits produits par lui dans le cadre d'une **instance juridictionnelle**, **en plus des mesures** prévues par cet article, de **poursuites disciplinaires** fondées sur le **caractère diffamatoire** de ces propos ou écrits ;* (…) » (**CE, 4e et 5e sous-sections réunies, 22 Mai 2015**, n°370429).

Aux yeux de la **Haute assemblée** les dispositions de l'article **41, alinéas 4** à **6** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse suffisent à assurer une **bonne administration de la justice**, sans qu'il soit besoin d'y ajouter des **mesures d'ordre disciplinaire**.

L'**immunité** que procure aux plaideurs l'article **41, alinéa 4** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse est une **immunité juridictionnelle** en ce sens qu'elle **empêche toutes poursuites** devant une **juridiction** pour **diffamation**, **injure** ou **outrage**. La **loi** supprime le **droit d'agir en justice**, ce qui signifie que l'**action n'existe pas** de ces chefs :

« *Ne donneront lieu à **aucune action en diffamation**, **injure** ou **outrage**, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.* »

Cela étant, la juridiction saisie de la cause n'est pas, pour autant, privée de tout **pouvoir de police de l'audience**, comme le prévoit expressément l'**alinéa 5** du même article :

« *Pourront **néanmoins** les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la **suppression** des **discours injurieux**, **outrageants** ou **diffamatoires**, et condamner qui il appartiendra à des **dommages-intérêts**.* »

Ce principe est repris par l'article **24** du Code de procédure civile, au titre de l'**obligation de réserve** qui s'impose aux **parties** (**Livre Ier : Dispositions communes à toutes les juridictions – Titre Ier : Dispositions liminaires – Chapitre Ier : Les principes directeurs du procès – Section X : L'obligation de réserve**) :

« *Les **parties** sont tenues de garder en tout le **respect dû à la justice**.*

*Le juge peut, suivant la **gravité** des **manquements**, prononcer, **même d'office**, des **injonctions**, **supprimer les écrits**, les **déclarer calomnieux**, ordonner l'**impression** et l'**affichage** de ses jugements.* »

Comme cela est logique, l'**immunité de la défense cesse** là où disparaissent les **droits de la défense**, selon la formulation de l'**alinéa 6** :

« *Pourront toutefois les **faits diffamatoires étrangers à la cause** donner ouverture, soit à l'**action publique**, soit à l'**action civile** des **parties**, lorsque ces **actions** leur auront été **réservées** par les **tribunaux**, et, dans tous les cas, à l'**action civile** des **tiers**.* »

C'est ce que juge la **Chambre criminelle** de la **Cour de cassation** :

« (…) *sont* ***exclus de l'immunité*** *de l'article* ***41*** *de la* ***loi*** *du 29 juillet 1881 les* ***seuls discours ou écrits outrageants, étrangers à la cause*** *et* ***excédant les limites des droits de la défense*** *;*
(…) »
(**Cass. Crim., 03 Septembre 2019, Maître Philippe KRIKORIAN**, n°B 18-86.208 F-D).

*

On comprend, à la lumière des textes et différentes jurisprudences susvisés que des **discours** ou **écrits** pourront être **supprimés** (**mesure de police de l'audience**) par la juridiction saisie de la cause dès lors qu'ils sont **injurieux**, **outrageants** ou **diffamatoires**, sans qu'ils soient, pour autant, **étrangers à la cause**, ce qui signifie qu'un **lien**, aussi ténu soit-il, les rattache à l'**objet** du **litige**.

L'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat a été, à tort, **interprété** et **appliqué** par les juridictions judiciaires françaises comme **excluant l'application** notamment de l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse.

A contrario, si la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation** avait adopté la même position, - beaucoup plus juridique -, que le **Conseil d'Etat** (**CE, 4e et 5e sous-sections réunies, 22 Mai 2015**, n°370429), le comportement de **Maître BONO**, à l'audience, aurait été apprécié différemment, puisqu'il aurait, dans le principe, bénéficié de l'**immunité des débats** qu'offre aux **parties** et à leurs **défenseurs** l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse. Seuls en auraient été exclus les « ***discours*** *ou* ***écrits outrageants, étrangers à la cause*** *et* ***excédant les limites des droits de la défense*** *;* (…) », selon la formulation retenue par la **Chambre criminelle** (**Cass. Crim., 03 Septembre 2019, Maître Philippe KRIKORIAN**, n°B 18-86.208 F-D).

Aux fins que les **exigences** de la **Convention européenne des droits de l'homme** en termes de **liberté d'expression** soient respectées par les **autorités françaises**, dans un cas de figure semblable à celui jugé par la **Cour de Strasbourg** le 15 Décembre 2015, plaçant au centre de la problématique la **mission de défense d'un avocat**, l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse devra, dans un premier temps, être mobilisé pour savoir si les **propos** tenus à l'audience ou les **écrits** produits devant la juridiction peuvent bénéficier de l'**immunité** prévue par son **alinéa 4**, sous réserve du **pouvoir** de « ***suppression*** *des* ***discours injurieux, outrageants*** *ou* ***diffamatoires*** (…) », comme **mesure de police de l'audience** dont l'**alinéa 5** dote la juridiction saisie de la cause.

Ce n'est que si les « ***discours*** *ou* ***écrits outrageants*** (sont) ***étrangers à la cause*** *et* ***exc(è)d(e)nt les limites des droits de la défense*** (…) » (**Cass. Crim., 03 Septembre 2019, Maître Philippe KRIKORIAN**, n°B 18-86.208 F-D), que la **juridiction**, qui devra les **déclarer** tels, pourra recouvrer son **pouvoir de dénonciation** au **procureur général** qu'elle tient de l'article **25** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Cette hypothèse correspond à la situation régie par l'**alinéa 6** de l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, rouvrant l'**action publique** et l'**action civile** au profit des **parties** qui auront demandé qu'elles leur soient **réservées** « *et, dans tous les cas* (…) ***l'action civile*** *des* ***tiers***. »

…/...

Autrement dit, le seul exercice du **pouvoir de police** consistant en la « ***suppression** des **discours injurieux, outrageants** ou **diffamatoires*** (…) » en vertu de l'**alinéa 5** de l'article précité, pouvant être justifié par leur caractère **excessif** troublant la **sérénité des débats**, ne suffit pas, pour autant, à caractériser, de la part de l'**avocat** « *un **manquement** aux **obligations** que lui impose son **serment*** », au sens de l'article **25, alinéa 1er** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

En effet, comme l'observe la **Cour européenne des droits de l'homme**, la **menace** de **poursuites disciplinaires *ex post facto***, pour des **propos** tenus par un avocat dans le **prétoire**, sans qu'ils soient déclarés **étrangers à la cause** ni appréciés comme **excédant les limites des droits de la défense**, heurte de front l'**obligation** de l'**avocat** de défendre les intérêts de ses clients avec **zèle**, propre à sa **mission constitutionnelle de défense** :

« (…)
*47. Enfin, la Cour rappelle qu'elle a déjà considéré qu'un **contrôle ex post facto** de propos formulés par un avocat dans le prétoire **se concilie difficilement** avec le **devoir** de l'avocat de **défendre ses clients** et peut avoir un **effet « inhibant »** sur l'exercice par celui-ci de ses **obligations professionnelles** (**Nikula**, précité, § 54, **Steur c. Pays-Bas**, no 39657/98, §44, CEDH 2003-XI ; mutatis mutandis, **Roland Dumas c. France**, no 34875/07, § 48, 15 juillet 2010).*
(…) »
(**CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE**, requête n°29024/11, **§ 47**).

En tout état de cause, l'**action disciplinaire**, appréciée comme étant « ***l'action civile des tiers*** », dans **l'intérêt d'une bonne administration de la justice**, au sens et pour l'application de l'article **41, alinéa 6** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, résultant du **délit de presse** qui, par l'initiative procédurale de la **juridiction**, recouvre sa **qualification pénale** (articles **30**, **31**, **32** ou **33**), devra, le cas échéant, conformément à l'article **65, alinéa 1er** de ladite **loi**, être exercée par le **procureur général**, **seul titulaire** de l'action, dans ce cas précis où un **avocat** aurait, en **abusant** de sa **liberté d'expression**, « *commis **à l'audience** un **manquement** aux **obligations** que lui impose son **serment*** » (article **25, alinéa 1er** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), dans les **trois mois** « *à compter du jour* » où les propos auront été tenus ou les écrits produits « *ou du dernier **acte d'instruction** ou de **poursuite** s'il en a été fait.* ». L'**alinéa 2** de l'article **65** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse étant lui-même applicable :

« *Toutefois, avant l'engagement des poursuites, seules les **réquisitions aux fins d'enquête** seront interruptives de prescription. Ces réquisitions devront, à peine de nullité, **articuler** et **qualifier** les provocations, outrages, diffamations et injures à raison desquels l'enquête est ordonnée. »*

De la même façon, la **citation** du **procureur général** devant le **Conseil régional de discipline** devra, à peine de **nullité**, respecter les dispositions de l'article **53** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, ci-après reproduites :

« *La citation **précisera** et **qualifiera** le **fait incriminé**, elle indiquera le **texte de loi applicable** à la poursuite.*

Si la citation est à la requête du plaignant, elle contiendra élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie et sera notifiée tant au prévenu qu'au ministère public.

*Toutes ces formalités seront observées à peine de **nullité de la poursuite**.* »

Il est, en effet, jugé par la **Cour de cassation**, au visa de l'article **53** précité que « *l'**assignation** doit, à peine de **nullité**, **préciser** et **qualifier** le **fait incriminé** et **énoncer le texte de loi applicable** ;* (…) » :

« (…)
*Vu l'article **53** de la loi du 29 juillet 1881 ;*

*Attendu que, selon ce texte, l'**assignation** doit, à peine de **nullité**, **préciser** et **qualifier** le **fait incriminé** et **énoncer le texte de loi applicable** ; qu'est **nulle** une **assignation** qui retient pour les mêmes faits une **double qualification** fondée sur la **loi** du 29 juillet 1881 et sur l'article **9-1** du code civil ;*
(…) »
(**Cass. 1° Civ., 04 Février 2015**, n°13-19.455).

Seront, de même, applicables les dispositions de l'article **55** de la loi susvisée :

« *Quand le prévenu voudra être admis à **prouver la vérité des faits diffamatoires**, conformément aux dispositions de l'article 35 de la présente loi, il devra, dans le délai de dix jours après la signification de la citation, faire signifier au ministère public ou au plaignant au domicile par lui élu, suivant qu'il est assigné à la requête de l'un ou de l'autre :*

1° Les faits articulés et qualifiés dans la citation, desquels il entend prouver la vérité ;

2° La copie des pièces ;

3° Les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire la preuve.

Cette signification contiendra élection de domicile près le tribunal correctionnel, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve.

En cas de poursuites engagées sous la qualification prévues aux septième ou huitième alinéas de l'article 24 ou aux troisième ou quatrième alinéas de l'article 33, le présent article est également applicable devant la juridiction de jugement si celle-ci requalifie l'infraction sous la qualification prévue aux deuxième et troisième alinéas de l'article 32. »

*

Dans ces conditions, la thèse de **l'autonomie du droit disciplinaire** ne peut plus être soutenue. Devra lui être préférée une **conciliation** entre, d'une part, les **règles de droit** applicables, notamment en matière de **presse**, à **l'ensemble des personnes** relevant de la juridiction de la **France** et, d'autre part, les **normes déontologiques** propres à la **profession d'avocat**, telles qu'**interprétées conformément** à la **Constitution** et au **droit supranational**, sauf à en **écarter l'application** et/ou en provoquer l'**abrogation** :

« (…)
47. Enfin, la Cour rappelle qu'elle a déjà considéré qu'un **contrôle *ex post facto*** de propos formulés par un **avocat** dans le **prétoire** se concilie difficilement avec le **devoir** de l'avocat de **défendre ses clients** et peut avoir un **effet** « **inhibant** » sur l'exercice par celui-ci de ses **obligations professionnelles** (*Nikula*, précité, § 54, *Steur c. Pays-Bas*, no 39657/98, §44, CEDH 2003-XI ; *mutatis mutandis*, *Roland Dumas c. France*, no 34875/07, § 48, 15 juillet 2010).
(…) »

« (…)
55. Compte tenu de ces éléments, la Cour est d'avis que la **sanction disciplinaire** infligée au requérant **n'était pas proportionnée**. Outre les répercussions négatives d'une telle sanction sur la **carrière professionnelle** d'un avocat, la Cour estime que le **contrôle ex post facto** des paroles ou des écrits litigieux d'un **avocat** doit être mis en œuvre avec une **prudence** et une **mesure particulières**. En effet, s'il appartient aux autorités judiciaires et disciplinaires, dans **l'intérêt du bon fonctionnement de la justice**, de **relever** et parfois même de **sanctionner** certains comportements des avocats, elles doivent veiller à ce que ce contrôle ne constitue pas pour ceux-ci une **menace** ayant un effet « **inhibant** », qui porterait atteinte à la **défense des intérêts de leurs clients**. Ainsi, en l'espèce, le président de la chambre de la cour d'appel devant laquelle était jugé le client du requérant avait déjà invité ce dernier au cours de l'audience à **mesurer ses propos** puis, considérant qu'ils étaient **excessifs**, cette chambre a fait alors figurer dans le **dispositif** de l'arrêt le **rejet des conclusions** sur **ce point** au motif qu'elles étaient **infamantes** (paragraphe 16 ci-dessus). Estimant **suffisant** ce **rappel à l'ordre**, ces juges n'avaient pas estimé **opportun** de demander au **procureur général** de **saisir** les **instances disciplinaires**. Ce n'est que **plusieurs mois après** le dépôt des conclusions litigieuses devant la cour d'appel, et l'arrêt rendu par celle-ci, que le **procureur général initia** une **procédure disciplinaire**. Au regard de **l'ensemble des circonstances de l'espèce,** la Cour considère qu'en allant **au-delà** de la **position ferme et mesurée** de la **cour d'appel** pour infliger une **sanction disciplinaire** au requérant, les autorités ont porté une **atteinte excessive** à l'exercice de la **mission de défense de l'avocat**.

56. En conclusion, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article **10** de la Convention en raison du **caractère disproportionné** de la **peine** infligée au requérant.
(…) »

*

Dans cet ordre d'idées, l'article **25** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques doit être **interprété** comme :

1°) s'opposant à ce qu'une **juridiction** saisisse le **procureur général** aux fins de **poursuites disciplinaires** visant un **avocat** soupçonné d'avoir « *commis à l'audience un* ***manquement*** *aux* ***obligations*** *que lui impose son* ***serment*** » en **abusant** de sa **liberté d'expression**, sans qu'elle ait **qualifié** dans son **acte de saisine** ledit manquement de **faits diffamatoires étrangers à la cause** et « ***excédant les limites des droits de la défense*** (…) », selon la formulation retenue par la **Chambre criminelle** (**Cass. Crim., 03 Septembre 2019, Maître Philippe KRIKORIAN**, n°B 18-86.208 F-D).

2°) privant le **procureur général** du **pouvoir** de « *saisir l'instance disciplinaire* » s'il ne constate pas, dans son **acte de saisine**, l'existence de **faits diffamatoires étrangers à la cause** et « ***excédant les limites des droits de la défense*** (…) ».

*

Ainsi, aux fins d'éviter de nouvelles condamnations de la **France** par la **Cour européenne des droits de l'homme**, l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat devra être :

1°) abrogé en tant qu'**il n'exclut pas** de son **champ d'application** les **propos** tenus ou les **écrits** produits par un **avocat** dans le **prétoire**, qui n'auraient été ni **déclarés** par la **juridiction saisie** de la cause **étrangers à la cause** ni appréciés par elle comme **excédant les limites des droits de la défense**, par une **décision irrévocable** ;

ou

2°) à tout le moins, **modifié** dans le même sens.

Il est à observer, que ce faisant, l'**incrimination réglementaire nouvelle**, gagnant en **sécurité juridique**, rejoindrait celle qui s'adresse aux magistrats de l'ordre judiciaire.

Ainsi, l'article **43, alinéa 2** de l'**ordonnance** n°58-1270 du 22 Décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature range, concernant un **magistrat**, parmi les « ***manquements*** *aux* ***devoirs de son état*** *l a* ***violation grave et délibérée*** (…) *d'une* ***règle de procédure*** *constituant une* ***garantie essentielle*** *des* ***droits des parties*** » à condition qu'elle soit « ***constatée*** *par une* ***décision de justice devenue définitive***. »

*

3.-/ LA MECONNAISSANCE DES PRINCIPES ESSENTIELS D'INDEPENDANCE DE L'AVOCAT, DE L'AUTONOMIE DES CONSEILS DE L'ORDRE ET DU CARACTÈRE LIBERAL DE LA PROFESSION

L'**effet inhibiteur** qui, comme l'a relevé la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE**, requête n°29024/11, **§ 55**), s'attache à la **critique *ex post facto*** des actions d'un avocat, est une **atteinte substantielle** à son **indépendance**, que garantit la **loi** (articles **1er, I** ; **3, alinéa 2** ; **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) (**3-1**).

S'y ajoutent les **atteintes substantielles** :

- au **principe de l'autonomie des conseils de l'ordre** (**3-2**),

- au **caractère libéral de la profession d'avocat** (**3-3**).

*

3-1/ PREMIERE CONTRAINTE FONDAMENTALE IMPOSEE AU REGLEMENT D'APPLICATION DE LA LOI : L'INDEPENDANCE DE L'AVOCAT

L'**indépendance** désigne couramment l'état d'une personne dont l'**action** ne dépend que de sa **propre volonté** (**libre arbitre**), en tant que telle seulement tributaire du **principe constitutionnel de réparation – responsabilité**, qui est le **corollaire de la liberté**.

La langue juridique précise :

« (…)
1 (pour une personne ou une collectivité publique).

a/ Situation d'une **collectivité non subordonnée** à une collectivité étrangère ; ne pas confondre avec la **simple autonomie**. V. *liberté*.

b/ S'agissant d'un Etat, souvent employé comme synonyme de **souveraineté** ; droit pour un Etat d'exercer par lui-même l'ensemble de ses compétences internes et externes sans subordination à un autre Etat ou à une autorité internationale, mais en restant tenu d'observer le **Droit international** et de respecter ses **engagements conventionnels**. V. *dépendance*.

c/ Situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions **en toute liberté** e t **à l'abri de toutes instructions** et **pressions**. Ex. **indépendance de l'autorité judiciaire** (Const. 1958, a. 64).
(…)
3 (plus généralement, pour une personne privée).

a/ Situation d'un **individu qui exerce seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés**. Ex. indépendance de chaque époux dans l'exercice de sa profession ou dans la gestion de ses biens personnels. Comp. *Interdépendance, cogestion, autorisation.* V. *individuel*.

b/ Parfois syn. de pleine capacité. Ex. situation du majeur qui a échappé à l'autorité parentale et n'est soumis à aucun régime de protection.
(…) »

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU,** PUF 10° édition Janvier 2014, v° INDEPENDANCE, page **536**).

*

L e s **principes** d e l a **philosophie transcendantale** d'**Emmanuel KANT** aident à la compréhension du sujet :

« (…)

Troisième section

PASSAGE DE LA METAPHYSIQUE DES MOEURS A LA CRITIQUE DE LA RAISON PURE PRATIQUE

LE CONCEPT DE LA LIBERTE EST LA CLEF DE L'EXPLICATION DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE

L a *volonté* est une sorte de causalité qui appartient aux être vivants, en tant qu'ils sont raisonnables, et la *liberté* serait la propriété qu'aurait cette causalité de pouvoir agir indépendamment de causes étrangères qui la *détermineraient* ; de même que la *nécessité naturelle* est la propriété qu'a la causalité de tous les êtres dépourvus de raison d'être déterminée à agir par l'influence de causes étrangères.

La définition qui vient d'être donnée de la liberté est *négative*, et par conséquent, si l'on veut saisir l'essence de son objet, inféconde ; mais il en découle un concept *positif* de la liberté, qui est d'autant plus riche et plus fécond. Comme le concept d'une causalité implique en lui celui de *lois*, d'après lesquelles quelque chose que nous nommons effet doit être posé par quelque autre chose qui est la cause, la liberté, bien qu'elle ne soit pas une propriété de la volonté se conformant à des lois de la nature, n'échappe pas cependant à toute loi ; au contraire, elle doit être une causalité agissant selon des lois immuables, mais des lois d'une espèce particulière, car autrement une volonté libre serait un pur rien. La nécessité naturelle est, elle, pour les causes efficientes, une hétéronomie ; car tout effet n'est alors possible que suivant la loi qui veut que quelque chose d'étranger détermine la cause efficiente à l'action. En quoi donc peut bien consister la liberté de la volonté, sinon dans une autonomie, c'est-à-dire dans la propriété qu'elle a d'être à elle-même sa loi ? Or cette proposition : la volonté, dans toutes les actions, est à elle-même sa loi, n'est qu'une autre formule de ce principe : il ne faut agir que d'après une maxime qui puisse aussi se prendre elle-même pour objet à titre de loi universelle. Mais c'est précisément la formule de l'impératif catégorique et le principe de la moralité ; une volonté libre et une volonté soumise à des lois morales sont par conséquent une seule et même chose.

Si donc la liberté de la volonté est supposée, il suffit d'en analyser le concept pour en déduire la moralité avec son principe. Ce principe cependant est toujours une proposition synthétique, qui peut s'énoncer ainsi : une volonté absolument bonne est celle dont la maxime peut toujours enfermer en elle-même la loi universelle qu'elle est capable d'être ; car, par l'analyse du concept d'une volonté absolument bonne, on ne peut découvrir cette propriété de la maxime. Mais des propositions synthétiques de ce genre ne sont possibles qu'à la condition que deux notions soient liées l'une à l'autre grâce à leur union avec une troisième où elles doivent de part et d'autre se rencontrer. Le concept *positif* de la liberté fournit ce troisième terme, qui ne peut être, comme pour les causes physiques, la nature du monde sensible (dont le concept comprend le concept de quelque chose, considéré comme cause, et le concept de *quelque autre chose* à quoi la cause se rapporte, et qui est considéré comme effet).

Mais quel est ce troisième terme auquel nous renvoie la liberté et dont nous avons *a priori* une idée, il est encore trop tôt pour pouvoir l'indiquer ici (1), ainsi que pour faire comprendre comment le concept de la liberté se déduit de la raison pure pratique, et comment par là également est possible un impératif catégorique : tout cela exige encore quelque préparation.

(…)

(**Emmanuel KANT**, ***Métaphysique des mœurs***, 1785, Troisième section, IV, 446 et 447 Gallimard, Bibliothèque La Pléiade, 1985, Oeuvres philosophiques, II, Des prolégomènes aux écrits de 1791, pp. 315 et 316).

*

Comme on le voit, chez **KANT**, les **êtres** se définissent par leur **causalité** (catégorie de la **RELATION**), celle des **êtres raisonnables** s'appelant la **volonté**, par laquelle ceux-ci agissent **indépendamment** de **causes étrangères déterminantes**.

L a **liberté** n'est pas opposée à l'absence de liberté, mais à la **nécessité naturelle**, celle qui détermine les « ***êtres dépourvus de raison*** (…) *à agir par* ***l'influence*** *de* ***causes étrangères***. »

*

L**'indépendance de l'Avocat** est affirmée **à plusieurs reprises** dans la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971, notamment aux articles **1er, I, 3** et **53** :

Article **1er, I** :

« (…) *La profession d'avocat est une* ***profession libérale et indépendante***. (…). »

Article **3** :

« Les avocats sont des auxiliaires de justice.

Ils prêtent serment en ces termes : "Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, ***indépendance****, probité et humanité".*

Ils revêtent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession. »

Article **53** :

« *Dans le respect de* ***l'indépendance de l'avocat****, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du* ***caractère libéral de la profession****, des décrets en Conseil d'Etat fixent les conditions d'application du présent titre.* (…) »

Le caractère d'**indépendance** est, de même, fortement marqué dans la définition des **professions libérales** par l'article **29, I** de la **loi** n°2012-387 du 22 Mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives comme celles groupant « *les personnes exerçant* ***à titre habituel***, ***de manière indépendante et sous leur responsabilité***, *une* ***activité*** *de nature généralement* ***civile*** *ayant pour objet d'assurer,* ***dans l'intérêt du client ou du public***, *des* ***prestations*** *principalement* ***intellectuelles***, ***techniques*** *ou* ***de soins*** *mises en œuvre au moyen de* ***qualifications professionnelles appropriées*** *et* ***dans le respect de principes éthiques*** *ou d'une* ***déontologie professionnelle,*** *sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant.* »

Il s'agit de professions où prédomine le **principe de liberté d'accès et d'exercice**, qu'équilibre le **principe de réparation – responsabilité**.

Le **règlement** a précisé que l'indépendance de l'Avocat est « ***absolue*** ».

Le **Code de déontologie des Avocats européens** annexé au **Règlement Intérieur National (R.I.N.) des Barreaux de France (Mai 2014)**, pleinement opposable aux juridictions et pouvoirs publics et invocable par les tiers, prévoit, de la même façon:

"***21.1.1 La mission de l'avocat***

Dans une société fondée sur le ***respect de la justice***, ***l'avocat remplit un rôle éminent***. *Sa mission ne se limite pas à l'exécution fidèle d'un mandat dans le cadre de la loi.* ***L'avocat doit veiller au respect de l'Etat de droit*** *et aux intérêts de ceux dont il défend les droits et libertés. Il est du devoir de l'avocat non seulement de plaider la cause de son client mais aussi d'être son conseil.* ***Le respect de la mission de l'avocat est une condition essentielle à l'Etat de droit et à une société démocratique***. (...)"

*« **21.2.1 Indépendance***

21.2.1. 1 La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une ***indépendance absolue, exempte de toute pression***, *notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou* ***d'influences extérieures.*** *Cette* ***indépendance*** *est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que* ***l'impartialité du juge***. *L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son* ***indépendance*** *et* ***veiller à ne pas négliger l'éthique professionnelle*** *pour plaire à son client,* ***au juge*** *ou à des tiers.*

21.2.1.2 Cette ***indépendance est nécessaire*** *pour l'activité juridique comme judiciaire. Le conseil donné au client par l'avocat n'a aucune valeur, s'il n'a été donné que par complaisance, par intérêt personnel ou sous l'effet d'une pression extérieure.*

(...)

21.4.3 ***Respect du juge***

Tout en faisant preuve de respect et de loyauté envers l'office du juge, ***l'avocat défend son client avec conscience et sans crainte***, ***sans tenir compte de ses propres intérêts ni de quelque conséquence que ce soit pour lui-même ou toute autre personne.*** **»**

*

La **Cour européenne des droits de l'homme** confirme que « l**'indépendance de la profession d'avocat** (est) **cruciale** pour un **fonctionnement effectif de l'administration équitable de la justice** » :

« (…)
132. Le **statut spécifique** des **avocats**, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une **position centrale** dans l'**administration de la justice**. C'est à ce titre qu'ils jouent un **rôle clé** pour assurer la **confiance du public** dans l**'action des tribunaux**, dont la **mission** est **fondamentale** dans une **démocratie** et un **État de droit** (*Schöpfer c. Suisse*, 20 mai 1998, §§ 29-30, *Recueil* 1998-III, *Nikula c. Finlande*, no 31611/96, § 45, CEDH 2002-II, *Amihalachioaie c. Moldova*, no 60115/00, § 27, CEDH 2004-III, *Kyprianou*, précité, § 173, *André et autre c. France*, no 18603/03, § 42, 28 juillet 2008, et *Mor*, précité, § 42). Toutefois, pour croire en l'administration de la justice, le public doit également avoir confiance en la **capacité des avocats** à **représenter effectivement les justiciables** (*Kyprianou*, précité, § 175).
(…)
135. La question de la **liberté d'expression** est liée à l**'indépendance de la profession d'avocat**, **cruciale** pour un **fonctionnement effectif de l'administration équitable de la justice** (*Sialkowska c. Pologne*, no 8932/05, § 111, 22 mars 2007). Ce n'est qu'**exceptionnellement** qu'une limite touchant la **liberté d'expression** de l'avocat de la défense – même au moyen d'une **sanction pénale légère** – peut passer pour nécessaire dans une société démocratique (*Nikula* et *Kyprianou*, précités, respectivement §§ 55 et 174, et *Mor*, précité, § 44).

136. Il convient toutefois de distinguer selon que l'avocat s'exprime dans le prétoire ou en dehors de celui-ci.

137. S'agissant tout d'abord des « faits d'audience », dès lors que la liberté d'expression de l'avocat peut soulever une question sous l'angle du droit de son client à un procès équitable, l'**équité** milite également en faveur d'un **échange de vues libre**, voire **énergique**, entre les parties (*Nikula*, précité, § 49, et *Steur*, précité, § 37) et **l'avocat a le devoir** de « **défendre avec zèle les intérêts de ses clients** » (***Nikula***, précité, § 54), ce qui le conduit parfois à s'interroger sur la nécessité de **s'opposer ou non à l'attitude du tribunal** ou de **s'en plaindre** (*Kyprianou*, précité, § 175). De plus, la Cour tient compte du fait que les propos litigieux ne sortent pas de la salle d'audience. Par ailleurs, elle opère une distinction selon la personne visée, un procureur, qui est une « partie » au procès, devant « tolérer des critiques très larges de la part de [l'avocat de la défense] », même si certains termes sont déplacés, dès lors qu'elles ne portent pas sur ses qualités professionnelles ou autres en général (*Nikula*, précité, §§ 51-52, *Foglia, précité,* § 95, et *Roland Dumas*, précité, § 48).
(…) »
(**CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, **§§ 132** et **135** à **137**).

*

L'exécution d'un **mandat de représentation et d'assistance en justice** librement souscrit et judiciairement déclaré valable (**ordonnance** du 28 Juin 2016 – *pièce n°1*) ne peut, en aucune façon, être appréciée comme s'écartant **manifestement** de la **mission constitutionnelle** de l'**avocat défenseur**.

La mise en oeuvre d'un tel **mandat** est à l'**avocat** ce qu'est au **juge** le prononcé de **décisions juridictionnelles** dont le **recueil** des **obligations déontologiques** des magistrats publié par le **CSM** dit qu'il ne peut jamais être reprochable :

« (…)
13. *Les magistrats ne peuvent être poursuivis ou sanctionnés disciplinairement en raison de leurs* ***décisions juridictionnelles***. ■
(…) »

*

L'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat contrevient au **principe essentiel** d'**indépendance de l'avocat** en tant, qu'ainsi l'a relevé la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE**, requête n°29024/11, **§ 55**), à la **critique** ***ex post facto*** des actions d'un **avocat** s'attache inéluctablement un **effet inhibiteur** pouvant **très fortement le dissuader** de **défendre** les intérêts de son client avec **zèle**, comme l'exige de lui son statut de **défenseur universel** (**CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, **§ 137**).

Il en résulte une **atteinte substantielle** à l'**indépendance de l'avocat**, que garantit la **loi** (articles **1er, I** ; **3, alinéa 2** ; **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

*

3-2/ DEUXIEME CONTRAINTE FONDAMENTALE IMPOSEE AU REGLEMENT D'APPLICATION DE LA LOI : L'AUTONOMIE DES CONSEILS DE L'ORDRE

Le **conseil de l'ordre** est le **conseil d'administration** d'un **barreau**.

Sa **mission** est définie à l'article **17** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Le **conseil de l'ordre** a pour **attribution** de traiter **toutes questions** intéressant **l'exercice de la profession** et de veiller à l'observation des **devoirs** des avocats **ainsi** qu'à la protection de leurs **droits**. Sans préjudice des dispositions de l'article 21-1, il a pour tâches, **notamment** :*

1° D'arrêter et, s'il y a lieu, de modifier les dispositions du règlement intérieur, de statuer sur l'inscription au tableau des avocats, sur l'omission de ce tableau décidée d'office ou à la demande du procureur général, sur l'inscription et sur le rang des avocats qui, ayant déjà été inscrits au tableau et ayant abandonné l'exercice de la profession, se présentent de nouveau pour la reprendre ainsi que sur l'autorisation d'ouverture de bureaux secondaires ou le retrait de cette autorisation.

Lorsqu'un barreau comprend au moins cinq cents avocats disposant du droit de vote mentionné au deuxième alinéa de l'article 15, le conseil de l'ordre peut siéger, en vue de statuer, soit sur l'inscription au tableau du barreau ou sur l'omission du tableau, soit sur l'autorisation d'ouverture de bureaux secondaires ou le retrait de cette autorisation, en une ou plusieurs formations de cinq membres, présidées par le bâtonnier ou un ancien bâtonnier. Les membres qui composent ces formations peuvent être des membres du conseil de l'ordre ou des anciens membres du conseil de l'ordre ayant quitté leurs fonctions depuis moins de huit ans. Ces membres sont choisis sur une liste arrêtée chaque année par le conseil de l'ordre.

La formation restreinte peut renvoyer l'examen de l'affaire à la formation plénière ;

1° bis De communiquer au Conseil national des barreaux la liste des avocats inscrits au tableau, ainsi que les mises à jour périodiques, selon les modalités fixées par le Conseil national des barreaux ;

2° De concourir à la discipline dans les conditions prévues par les articles 22 à 25 de la présente loi et par les décrets visés à l'article 53 ;

3° De maintenir les principes de probité, de désintéressement, de modération et de confraternité sur lesquels repose la profession et d'exercer la surveillance que l'honneur et l'intérêt de ses membres rendent nécessaire ;

4° De veiller à ce que les avocats soient exacts aux audiences et se comportent en loyaux auxiliaires de la justice ;

5° De traiter toute question intéressant l'exercice de la profession, la défense des droits des avocats et la stricte observation de leurs devoirs ;

6° De gérer les biens de l'ordre, de préparer le budget, de fixer le montant des cotisations des avocats relevant de ce conseil de l'ordre ainsi que de celles des avocats qui, appartenant à un autre barreau, ont été autorisés à ouvrir un ou plusieurs bureaux secondaires dans son ressort, d'administrer et d'utiliser ses ressources pour assurer les secours, allocations ou avantages quelconques attribués à ses membres ou anciens membres, à leurs conjoints survivants ou à leurs enfants dans le cadre de la législation existante, de répartir les charges entre ses membres et d'en poursuivre le recouvrement ;

7° D'autoriser le bâtonnier à ester en justice, à accepter tous dons et legs faits à l'ordre, à transiger ou à compromettre, à consentir toutes aliénations ou hypothèques et à contracter tous emprunts ;

8° D'organiser les services généraux de recherche et de documentation nécessaires à l'exercice de la profession ;

9° De vérifier la tenue de la comptabilité des avocats, personnes physiques ou morales, et la constitution des garanties imposées par l'article 27 et par les décrets visés à l'article 53 ;

10° D'assurer dans son ressort l'exécution des décisions prises par le Conseil national des barreaux ;

11° De veiller à ce que les avocats aient satisfait à l'obligation de formation continue prévue par l'article 14-2 ;

12° De collaborer avec les autorités compétentes des Etats membres de l'Union européenne ou des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen pour faciliter l'application de la directive 2005 / 36 / CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 modifiée relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles ;

13° De vérifier le respect par les avocats de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de se faire communiquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations.

Les contrats de collaboration ou de travail conclus par les avocats sont communiqués au conseil de l'ordre qui peut, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, mettre en demeure les avocats de modifier les contrats dont les stipulations seraient contraires aux dispositions de l'article 7. »

Tant l'**esprit** que la **lettre** du texte tendent à laisser aux **cent soixante-cinq barreaux français** une **certaine marge de manœuvre** dans la **gestion** de leurs affaires, **sans immixtion de l'Etat** quant à l'**opportunité politique** de leurs décisions. D'où le **principe d'autonomie** des conseils ayant pour tâche de les administrer, qu'équilibre le **contrôle juridictionnel** de la **légalité** de leurs actes (**décisions** et **délibérations**) à l'initiative du **Procureur général** ou de l'**Avocat** s'estimant **lésé** dans ses **intérêts professionnels**.

L'article **19** de la loi précitée dispose :

« *Toute **délibération** ou **décision** du **conseil de l'ordre étrangère** aux **attributions** de ce conseil ou **contraire** aux **dispositions législatives** ou **réglementaires** est **annulée** par la **cour d'appel**, sur les réquisitions du **procureur général.***

*Peuvent également être déférées à la cour d'appel, à la requête de **l'intéressé**, les **délibérations** ou **décisions** du **conseil de l'ordre** de nature à **léser les intérêts professionnels** d'un **avocat**.* »

Si le **barreau** doit être libre de ses décisions, c'est sous la réserve expresse de ne pas sortir du cadre de ses **attributions légales**, de se conformer aux **lois** et **règlements en vigueur** et de ne pas léser les **intérêts professionnels** de ses membres.

Etymologiquement, **l'autonomie** est, en effet, le droit de se régir par ses **propres lois**.

Au sens général du terme, l'**autonomie** est le « *Pouvoir de se déterminer soi-même* », la « *faculté de se donner sa **propre loi**.* »
(…)
(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU,** PUF 10° édition Janvier 2014, v° AUTONOMIE, page **106**).

On parle volontiers en droit public d'**autonomie** pour caractériser une **entité liée** à une **puissance souveraine**, mais s'administrant elle-même :

« *Situation de **collectivités** ou d'**établissements** n'ayant pas acquis une **pleine indépendance** vis-à-vis de **l'Etat** dont ils font partie ou auquel ils sont rattachés, mais dotés d'une **certaine liberté interne** de **se gouverner** ou de **s'administrer eux-mêmes**.* » (ibid. page **107**).

Ainsi, à la différence de l'**Avocat** qui peut, le cas échéant, en être membre, le **barreau** conserve u n **lien** avec l'**Etat**, notamment en ce qui concerne l'**aide juridictionnelle** et la **commission d'office**, institutions dont l'objet est de **faciliter l'accès des justiciables à la justice** (v. **requête d'appel** déposée le 24 Septembre 2020 par le **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** devant l a **Cour administrative d'appel de Paris, Première chambre**, n°2002787 - **action en reconnaissance de droits** – v. *pièces n°9* et *n°11*).

*

L'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat contrevient au **principe essentiel d'autonomie des conseils de l'ordre** en tant que par le renvoi qu'il fait directement à l'article **184** du même décret et, indirectement, par le truchement de cet article, aux articles **185** et **186** dudit décret (**Titre IV : La discipline** – articles **180** à **199** ; **Chapitre II** : **Les sanctions disciplinaires** – articles **183** à **186**), il permet que soit empêché d'exercer **au sein d'un barreau**, à titre **provisoire** ou **perpétuel**, un avocat, alors que le **principe d'autonomie des conseils de l'ordre** pourrait autoriser le **conseil de l'ordre** d'un **barreau** autre que le **barreau d'origine** de l'intéressé à **faire droit** à la **demande d'inscription** d'un avocat frappé de la peine de l'**interdiction temporaire** (article **186**) ou de la **radiation du tableau** (article **185**).

Il résulte, en effet, du **renvoi** au **décret en Conseil d'Etat** par l'article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques le soin d'établir les **sanctions disciplinaires** applicables aux avocats, que celles-ci ont rang seulement **réglementaire** et ne sauraient, en aucune façon, avoir pour **objet** ou pour **effet** d'**empêcher, par leur seul prononcé, l'exercice professionnel** (v. **CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304, précité).

Il s'ensuit que ni la **radiation du tableau** (article **185** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat) ni l'**interdiction temporaire** (article **186** du même **décret**) ne sont susceptibles de légalement figurer au **casier judiciaire national automatisé**, au titre notamment de l'article **768, 4°** du Code de procédure pénale, dès lors que ces **peines disciplinaires** ont une **portée limitée** au **barreau** du chef duquel ont été diligentées les poursuites et n'entraînent ni n'édictent, partant, **aucune incapacité d'exercice professionnel**.

Il y a lieu d'observer, à cet égard, que la peine de l'**interdiction temporaire** ou la **radiation du tableau** peut très bien être prononcée sans que l'avocat qui la subit n'ait jamais commis une **quelconque infraction pénale**. Il s'agit d'une **conséquence apparente** du **prétendu principe d'autonomie** du **régime disciplinaire**.

L'exemple en est donné par la **jurisprudence judiciaire**.

On rappelle qu'érigée au rang de **principe**, « ***l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*** *s'attache à ce qui a été* ***définitivement, nécessairement*** *et* ***certainement*** *décidé par le* ***juge pénal*** *sur* ***l'existence*** *du* ***fait*** *qui forme la* ***base commune de l'action civile et de l'action pénale****, sur sa* ***qualification*** *ainsi que sur la* ***culpabilité*** *de celui à qui le* ***fait*** *est imputé ;* (…) (**Cass. 1° Civ., 24 Octobre 2012**, n°11-20.442).

Ainsi, a été **irrévocablement radiée du tableau** du **barreau de Périgueux**, à l'issue d'une longue procédure judiciaire (02 Janvier 2006 – 06 Septembre 2017), après **deux cassations** prononcées par **arrêts** de la **Première Chambre civile** en date respectivement des 02 Avril 2009 (pourvoi n°08-12.246) et 27 Février 2013 (pourvoi n°12-15.338) et **reprise de la poursuite disciplinaire** le 25 Janvier 2011, l'**ancienne bâtonnière** dudit barreau, pour avoir **volontairement altéré la sincérité** du **premier tour** des **élections des membres du conseil de l'ordre**, qu'elle **organisait** *ès qualités*, et auxquelles elle était **candidate**, en lisant à haute voix, lors du dépouillement des bulletins de vote, son nom à **cinquante-six reprises**, alors qu'elle n'avait recueilli que **douze suffrages** :

« (…)

Considérant sur le fond de l'affaire que Mme D. conteste les faits qui lui sont reprochés dont elle soutient qu'il n'existe aucune présomption permettant d'en démontrer la réalité, laissant entendre qu'elle aurait été la victime des agissements d'autrui ;

qu'elle fait valoir que le tribunal correctionnel de Poitiers a prononcé sa relaxe et que ne peuvent dès lors être retenus les motifs du jugement, étant observé que l'instance pénale est distincte de l'instance disciplinaire ;

qu'elle dénonce une violation du secret de l'instruction dans le cadre de l'enquête déontologique;

Considérant qu'il résulte du procès verbal du 16 décembre 2005 que le dépouillement des bulletins a donné comme résultats : 79 inscrits, 72 votants, 71 suffrages exprimés, Mme D. recueillant 56 voix ;

que le recomptage des voix auquel il a été procédé malgré l'opposition de l'intéressée a donné: 79 inscrits, 72 votants, 71 suffrages exprimés dont notamment 12 voix en faveur de Mme D., ce résultat ayant été entièrement confirmé par une troisième lecture des bulletins ;

*Considérant qu'analysant la **matérialité des faits** reprochés à Mme D. le **tribunal correctionnel de Poitiers** a retenu qu'il existait ' un **faisceau d'indices** permettant de se convaincre que Madame Claire D.L. **a faussement lu les bulletins de vote qu'elle dépouillait**' ;*

que ce tribunal s'est notamment déterminé en retenant les témoignages qu'il avait recueillis au cours de l'audience de jugement, rappelant que ' les différentes séquences décrites ont eu lieu dans un même lieu, la salle d'audience où avaient lieu les élections et en présence de quarante huit avocats du Barreau de Périgueux' estimant que ' L'hypothèse d'un complot supposant la fabrication puis la substitution des 72 bulletins de vote à l'insu ou avec la complicité des 47 avocats confrères de la prévenue n'apparaît dès lors absolument pas crédible' ;

*Considérant que le **juge pénal** s'est ainsi prononcé définitivement sur **l'existence des faits** constituant la **base commune** de **l'action pénale** et de la **présente procédure disciplinaire**, sa **décision de relaxe** étant fondée non pas sur **l'inexistence des dits faits** ou **l'absence de preuve** de ceux ci mais sur **l'impossibilité de leur conférer les qualifications pénales retenues**, à savoir le **délit de fraude électorale** ou le **faux intellectuel** et **l'usage de faux** ;*

*Considérant dès lors et sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur **l'intention de Mme D**. ou les **mobiles** ayant pu la déterminer, que la cour ne peut que **constater** qu'en énonçant lors du dépouillement des votes un résultat qui ne correspondait pas à la réalité du scrutin, **Mme D. a sciemment menti en altérant la vérité telle qu'elle résultait du vote de ses pairs**, comportement qui est **contraire aux principes d'honneur**, de **probité** et de **loyauté** prévus par les dispositions de l'article **183** du **décret** du 27 novembre 1991, modifié qui **fondent la profession d'avocat** et que le **bâtonnier**, qualité de l'intéressée, **doit en tout premier respecter et faire respecter** ;*

Considérant qu'un tel manquement est ***particulièrement grave*** *en ce qu'il* ***porte directement atteinte à la crédibilité du barreau de Périgueux*** *et à la* ***confiance dont il doit normalement jouir auprès du public*** *;*

qu'il justifie en conséquence que soit prononcée la sanction de la ***radiation*** *;*

Considérant qu'en l'état de cette décision il est équitable de rejeter la demande présentée par Mme D. au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

Déclare le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Périgueux recevable en son appel du 7 octobre 2011 à l'encontre de la décision implicite de rejet des poursuites disciplinaires engagées à l'encontre de Mme Claire D..

Infirme ladite décision,

Statuant à nouveau,

Déclare Mme Claire D. ***coupable*** *d'avoir le 16 décembre 2005* ***altéré les résultats du premier tour de l'élection des membres du conseil de l'ordre.***

Dit que ces faits sont ***contraires aux principes essentiels de la profession*** *:* ***probité***, ***honneur***, *prévus par les dispositions de l'article* ***183*** *du* ***décret*** *du 27 novembre 1991, modifié.*

Prononce à l'encontre de Mme Claire D. la sanction de la ***radiation***.

Rejette la demande présentée par Mme Claire D. sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Laisse les dépens à la charge de Mme Claire D.. LE GREFFIER LE PRESIDENT
(…) »
(**CA Paris, Pôle 02 – Chambre 01, 14 Janvier 2016**, n°14/22616).

Le **pourvoi** contre l'arrêt de la **Cour d'appel de Paris** a été rejeté le 06 Septembre 2017 par la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation** :

« (…) *Mais attendu que l'arrêt énonce que, selon le procès-verbal du 16 décembre 2005, le dépouillement des bulletins mentionnait que sur soixante-dix-neuf inscrits, soixante-douze votants, soixante-et- onze suffrages exprimés, l'avocate avait recueilli* ***cinquante-six voix*** *et qu'un nouveau décompte, puis une troisième lecture, effectués malgré l'opposition de cette dernière, révélaient qu'elle n'avait obtenu que* ***douze voix*** *; qu'il relève que le* ***tribunal correctionnel***, *malgré un* ***faisceau d'indices*** *permettant de se convaincre que* ***l'avocate avait faussement lu les bulletins de vote qu'elle avait dépouillés***, *a prononcé une décision de* ***relaxe***, *les* ***délits de fraude électorale***, *de* ***faux intellectuel*** *et* ***usage de faux n'étant pas constitués*** *; qu'il retient qu'****en proclamant un résultat qui ne correspondait pas à la réalité du scrutin***, *celle-ci a* ***sciemment menti*** *et qu'un tel comportement est* ***contraire aux principes d'honneur***, *de* ***probité*** *et de* ***loyauté*** *;*

que, par ces énonciations et appréciations, la cour d'appel, qui a caractérisé un ***manquement de l'intéressée à ses obligations déontologiques****, malgré la déclaration par le* ***juge répressif*** *de* ***l'absence de faute pénale****, n'a pas méconnu* ***l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil****, laquelle ne s'attache qu'aux affirmations relatives à la* ***nature de l'infraction*** *et à sa* ***qualification*** *; que le moyen n'est pas fondé ;*

(…)

Mais attendu qu'après avoir rappelé les multiples décisions rendues depuis la saisine du conseil de discipline le 2 janvier 2006 tant sur les requêtes en récusation et suspicion légitime que sur le fond du litige, ce qui, hors tout défaut de diligence de quiconque, explique la durée de la procédure, l'arrêt relève la ***gravité particulière*** *des* ***manquements déontologiques*** *dont l'avocate s'est rendue coupable, tandis qu'en sa* ***qualité de bâtonnier****,* ***élue par ses pairs****, elle était* ***garante du respect des règles déontologiques de la profession*** *;*

que, pour prononcer la sanction de la ***radiation****, la cour d'appel a procédé au* ***contrôle de proportionnalité de la peine*** *en prenant en considération non seulement la* ***gravité des faits reprochés*** *mais aussi la* ***persistance****, en dépit du temps écoulé, de* ***l'atteinte à la crédibilité du barreau de Périgueux*** *et à la* ***confiance qu'il doit inspirer au public*** *; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;*

(…) »

(**Cass. 1° Civ., 06 Septembre 2017,** n°16-13.624).

*

L'**autonomie des conseils de l'ordre**, garantie par la **loi**, fait obstacle à ce que l'**autorité relative de chose jugée** qui s'attache à une **décision judiciaire** prononçant la **radiation** d'un avocat du **tableau** d'un **barreau** puisse lui être opposée aux fins d'empêcher son inscription au **tableau** d'un **autre barreau**.

Seules les conditions fixées par la **loi** devront être prises en considération, savoir :

1°) D'une part, avoir prêté le **serment d'avocat** (article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), ce dont rend compte l'**arrêt d'*admittatur*** rendu par la **Cour d'appel** compétente.

2°) D'autre part, ne pas s'être rendu, postérieurement à la prestation de serment, l'auteur de **faits** ayant donné lieu à **condamnation** à la **peine principale** ou **complémentaire** d'**interdiction d'exercice de la profession d'avocat** prononcée par une **juridiction correctionnelle** ou une **cour d'assises** et inscrite au **bulletin n°2** du **casier judiciaire** de l'intéressé, sous réserve des **effets** de la **réhabilitation** prévus à l'article **133-16** du Code pénal :

« *La **réhabilitation** produit les **mêmes effets** que ceux qui sont prévus par les articles **133-10** et **133-11**. Elle **efface toutes les incapacités** et **déchéances** qui résultent de la condamnation.*

*Toutefois, lorsque la personne a été condamnée au suivi socio-judiciaire prévu à l'article 131-36-1 ou à la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs, la réhabilitation ne produit ses effets qu'à la fin de la mesure. Par ailleurs, la **réhabilitation** ne produit ses **effets** qu'à l'issue d'un **délai de quarante ans** lorsqu'a été prononcée, comme **peine complémentaire**, une **interdiction**, **incapacité** ou **déchéance** à **titre définitif**.*

La réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation, par les seules autorités judiciaires, en cas de nouvelles poursuites, pour l'application des règles sur la récidive légale. »

*

La question à poser est, en effet, de savoir quelle a été la **volonté** du **législateur** concernant les **sanctions** dont les **Avocats** pouvaient être tributaires. Dans quelles hypothèses celles-ci **empêchent-elles** l'exercice professionnel ?

Le recours au **droit pénal** paraît suffisant :

Article **131-6** du Code pénal :

« *Lorsqu'un **délit** est puni d'une **peine d'emprisonnement**, la juridiction peut prononcer, à la place de l'emprisonnement, une ou plusieurs des **peines privatives** ou **restrictives** de **liberté** suivantes :*
(…)
***11° L'interdiction** pour une durée de **cinq ans au plus** d'exercer une **activité professionnelle** ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction. Cette interdiction n'est toutefois pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales. Elle n'est pas non plus applicable en matière de délit de presse ;*
(…) »

Article **131-10** du Code pénal :

« *Lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs **peines complémentaires** qui, frappant les personnes physiques, emportent **interdiction**, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, confiscation d'un animal, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.* »

Article **131-26** du Code pénal :

« *L'**interdiction** des **droits civiques**, **civils** et de **famille** porte sur :*

1° Le droit de vote ;

2° L'éligibilité ;

*3° Le **droit d'exercer une fonction juridictionnelle** ou d'être expert devant une juridiction, de **représenter ou d'assister une partie devant la justice** ;*

4° Le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ;

5° Le droit d'être tuteur ou curateur ; cette interdiction n'exclut pas le droit, après avis conforme du juge des tutelles, le conseil de famille entendu, d'être tuteur ou curateur de ses propres enfants.

*L'**interdiction des droits civiques, civils et de famille** ne peut excéder une durée de **dix ans** en cas de condamnation pour **crime** et une durée de **cinq ans** en cas de condamnation pour **délit**.*

*La juridiction peut prononcer l'interdiction de **tout** ou **partie** de ces droits.*

L'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique. »

Article **131-27** du Code pénal :

« *Lorsqu'elle est encourue à titre de **peine complémentaire** pour un **crime** ou un **délit**, **l'interdiction** d'exercer une fonction publique ou **d'exercer une activité professionnelle** ou sociale est soit **définitive**, soit **temporaire** ; dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de **cinq ans**.*

*L'interdiction d'exercer une **profession commerciale** ou **industrielle**, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une **entreprise commerciale** ou **industrielle** ou une **société commerciale** est soit **définitive**, soit **temporaire** ; dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de **quinze ans**.*

*Cette interdiction n'est pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales. Elle n'est pas non plus applicable en matière de **délit de presse**.* »

Article **131-28** du Code pénal :

« *L**'interdiction d'exercer une activité professionnelle** ou sociale peut porter soit sur l'activité professionnelle ou sociale **dans l'exercice** de laquelle ou **à l'occasion** de laquelle l'infraction a été commise, soit sur **toute autre activité professionnelle** ou sociale définie par la **loi** qui **réprime** l'infraction.* »

Article **131-29** du Code pénal :

« *Lorsque **l'interdiction d'exercer** tout ou partie des **droits** énumérés à l'article **131-26**, ou **l'interdiction d'exercer** une fonction publique ou **une activité professionnelle** ou sociale, accompagne une **peine privative de liberté sans sursis**, elle s'applique **dès le commencement de cette peine** et son **exécution** se poursuit, pour la **durée** fixée par la **décision de condamnation**, à compter du **jour où la privation de liberté a pris fin**.* »

*

Article **3** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Les **avocats** sont des auxiliaires de justice.*

*Ils **prêtent serment** en ces termes : "Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité".*

Ils revêtent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession. »,

dont on déduit directement qu'est **Avocat** celui ou celle qui **prête le serment de l'Avocat** défini par **l'alinéa 2** de l'article **3**.

Article **3 bis** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *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.* »

Article **4** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Nul ne peut, s'il n'est **avocat**, **assister** ou **représenter** les parties, **postuler** et **plaider** devant les **juridictions** et les **organismes juridictionnels** ou **disciplinaires** de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les **avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**.*

Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à l'application des dispositions législatives ou réglementaires spéciales en vigueur à la date de publication de la présente loi et, notamment, au libre exercice des activités des ***organisations syndicales*** *régies par le code du travail ou de leurs représentants, en matière de représentation et d'assistance devant les juridictions sociales et paritaires et les organismes juridictionnels ou disciplinaires auxquels ils ont accès.*

Nul ne peut, s'il n'est ***avocat****,* ***assister*** *une partie dans une* ***procédure participative*** *prévue par le code civil.* »

Nulle mention aux textes qui précèdent à une quelconque inscription à un **barreau**.

Article **72** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Sera puni des* ***peines*** *prévues à l'article* ***433-17*** *du code pénal* ***quiconque*** *aura, n'étant pas* ***régulièrement inscrit au barreau****, exercé une ou plusieurs des* ***activités*** *réservées au* ***ministère*** *des* ***avocats*** *dans les conditions prévues à l'article* ***4****, sous réserve des* ***conventions internationales****.* »

Le **renvoi exprès** à l'article **4** de la **loi** ne laisse aucun doute quant à l'interprétation à donner de l'expression « *n'étant pas* ***régulièrement inscrit au barreau*** » : il échet de lire : « ***n'ayant jamais prêté le serment de l'Avocat prévu à l'article 3, alinéa 2*** ».

Cette solution est confirmée par l'article **323** du Code de procédure pénale, lequel prévoit expressément le cas d'un **Avocat non inscrit** au **tableau** d'un **barreau** :

« *Lorsque* ***l'avocat*** *de l'accusé* ***n'est pas inscrit à un barreau****, le président l'informe qu'il ne peut rien dire contre sa conscience ou le respect dû aux lois et qu'il doit s'exprimer avec décence et modération.* »

Article **433-17** du Code pénal (**Livre IV : des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique - Titre III : Des atteintes à l'autorité de l'Etat - Chapitre III : Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers - Section 9** : **De l'usurpation de titres**) :

« *L****'usage****,* ***sans droit****, d'un* ***titre*** *attaché à une* ***profession réglementée*** *par l****'autorité publique*** *ou d'un* ***diplôme officiel*** *ou d'une* ***qualité*** *dont les conditions d'attribution sont fixées par* ***l'autorité publique*** *est puni d'****un an*** *d'emprisonnement et de* ***15 000 euros*** *d'amende.*

Les personnes physiques ou morales coupables du délit prévu à la présente section encourent également la peine complémentaire suivante : interdiction de l'activité de prestataire de formation professionnelle continue au sens de l'article L. 6313-1 du code du travail pour une durée de cinq ans. »

L'incrimination de l'article **72** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et les peines prévues à l'article **433-17** du Code pénal ne s'appliquent, donc, pas à l'**Avocat** ayant fait le libre choix d'**exercer hors barreau** ou qui serait tributaire d'une **sanction** d'**interdiction temporaire** ou de la **radiation du tableau**, telles que fulminées à l'article **184** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat.

Seule, en effet, la **loi**, en vertu de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, peut **interdire** à un **professionnel** d'exercer son activité.

Le **législateur** désigne, à cet effet, principalement :

1°) Pour **toutes les personnes**, le **Tribunal correctionnel** et la **Cour d'assises** (articles **131-6**, **131-10**, **131-26**, **131-27**, **131-28** et **131-29** du Code pénal).

2°) Pour **certains professionnels**, **à l'exclusion des Avocats**, les **instances disciplinaires** dont ils relèvent.

S'agissant des **Avocats**, il est exclu qu'ils puissent par l'exercice légal de leur **mandat de représentation et d'assistance en justice**, attenter d'une quelconque manière, aux **intérêts de la Nation**, de l'**Etat** ou de la **paix publique**, au sens de l'article **410-1** du Code pénal, ci-après reproduit :

Article **410-1** du Code pénal (**Livre IV : des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique - Titre Ier : Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation**) :

« *Les **intérêts fondamentaux de la nation** s'entendent au sens du présent titre de son **indépendance**, de l'**intégrité de son territoire**, de sa **sécurité**, de la **forme républicaine** de ses **institutions**, des **moyens de sa défense** et de sa **diplomatie**, de la **sauvegarde de sa population** en **France** et à l'**étranger**, de **l'équilibre de son milieu naturel** et de **son environnement** et des **éléments essentiels** de son **potentiel scientifique** et **économique** et de son **patrimoine culturel**.* »

*

3-3/ TROISIEME CONTRAINTE FONDAMENTALE IMPOSEE AU REGLEMENT D'APPLICATION DE LA LOI : LE CARACTÈRE LIBERAL DE LA PROFESSION D'AVOCAT

L e **libéralisme politique** est la doctrine « *qui proclame et consacre, comme un principe fondamental, les **libertés publiques** ou la **liberté du marché**;* (…) ». (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU,** PUF 10° édition Janvier 2014, v° LIBERAL, ALE, page **610**, **sens 1**).

Libéral s'oppose communément à « ***autoritaire, dirigiste, interventionniste***. » (ibid.).

Rapporté aux professions, le vocable « *Sert à caractériser, bien qu'elles soient de plus en plus réglementées, certaines professions **d'ordre intellectuel**, en raison de **l'indépendance** qu'exige leur exercice. Ex. la **profession d'avocat** est une **profession libérale**.*
(…) » (ibid., **sens 5**).

Dire, dès lors, de la **profession d'Avocat**, comme le fait la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qu'elle est « *une **profession libérale et indépendante*** » (article **1er, I**) signifie que le **législateur** s'engage à n'entraver d'aucune sorte la **mission constitutionnelle de défense** des **Avocats**, lesquels évoluent dans l'**espace public** du **marché concurrentiel**.

« (…)
*La future profession d'avocat restera – la loi le dit – une **profession libérale**. Par conséquent, elle ne s'exercera pas sur un **mode contraignant**. A cet égard, l'amendement me paraît donc inutile.*
(…) »
(**Monsieur Michel de GRAILLY**, Député, Assemblée Nationale, séance publique du 13 Octobre 1971, JORF page 4501).

L e **pouvoir réglementaire** ne saurait, dès lors, **légalement** contrarier « (…) *les **principes fondamentaux*** (…) *des **obligations civiles*** (…) » que le **Constituant** a confié au seul **législateur** le soin de déterminer (article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958), érigeant, de la sorte, le **primat du droit civil** comme **référence universelle** de la **profession d'avocat**.

*

L'analyse de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qui, dès lors qu'elle reconnaît des **droits fondamentaux**, doit être lue en ses **termes propres** et non pas dans ceux de ses **règlements d'application** (v. les développements de la **requête d'appel** en **reconnaissance de droits** du **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** – déposée le 24 Septembre 2020 devant la **Cour administrative d'appel de Paris** et enregistrée sous le **n°2002787**, **§ II-C-2-b**, pages **105-205/221**, requête communiquée le 23 Octobre 2020 au Garde des sceaux, ministre de la justice – v. *pièce n°9*), conduit à retenir que la **prestation de serment** donne à l'**Avocat** qu'elle concerne le **droit *ipso facto*** :

1°) En toutes hypothèses et **en tous lieux**, à la **plaidoirie** « ***sans limitation territoriale*** *devant* ***toutes les juridictions*** *et* ***organismes juridictionnels*** *ou* ***disciplinaires****, sous les réserves prévues à l'article 4.*
(…) » (article **5, alinéa 1er**).

2°) Sous réserve de **fixer sa résidence professionnelle** dans le ressort d'une **Cour d'appel** autre que celles de **Paris** ou de **Versailles**, à la **postulation** « *devant* ***l'ensemble des tribunaux judiciaires*** *d*(e son) *ressort* (…) *et devant* ***ladite cour d'appel****.* » (article **5, alinéa 2**).

3°) Sous réserve d'être **inscrit** au **barreau** de l'un des **tribunaux judiciaires** de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** et **Nanterre**, à la **postulation**, en première instance, devant chacune de ces juridictions et, en appel, devant la **Cour d'appel de Paris** lorsqu'il a postulé devant l'un des trois premiers tribunaux et devant la **Cour d'appel de Versailles** quand il a postulé devant le quatrième (article **5-1, alinéas 1er et 2**).

4°) à la **postulation** seulement devant le **tribunal judiciaire** auprès duquel est établie sa **résidence professionnelle** dans **trois occurrences limitativement énumérées** par la **loi** :

4-a°) « ***procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation*** » ;

4-b°) « ***aide juridictionnelle*** », le **paiement** au moyen de la **dotation** visée à l'article **25, alinéa 2** de la **loi** n°91-647 du 10 Juillet 1991 relative à l'aide juridique nécessitant, toutefois, que l'Avocat prestataire soit inscrit à un **barreau** ;

4-c°) « *instances dans lesquelles il*() *ne serai*()*t pas* ***maître***() ***de l'affaire*** *chargé*() *également d'assurer la* ***plaidoirie****.* » (articles **5, alinéa 3** et **5-1, alinéa 3**).

*

Il résulte de ce qui précède que l'**inscription au tableau** d'un **barreau français** n'est, aux termes de la **loi**, **jamais obligatoire** pour :

1°) la **plaidoirie** sur **tout le territoire national** ;

2°) la **postulation** devant les **tribunaux judiciaires autres** que ceux de **Paris**, **Bobigny**, **Créteil** et **Nanterre** ;

3°) la **représentation des parties** devant les **juridictions administratives** et le **Conseil constitutionnel** statuant en application de l'article **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 (**question prioritaire de constitutionnalité – QPC**).

*

C'est en ce sens que la **profession d'avocat** est une **profession libérale** (articles **1er, I** et **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

Dans ces conditions, l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat contrevient au **principe essentiel** du **caractère libéral de la profession d'avocat** en tant qu'il conduit à sanctionner le comportement d'avocats **parfaitement respectueux** du **primat du droit civil**.

*

4/ LA DISCRIMINATION ET LA PARTIALITE DANS LA MISE EN OEUVRE DU REGIME DISCIPLINAIRE

A la **discrimination** dans l'application du régime disciplinaire (**4-1**) s'ajoute, en l'espèce, une **méconnaissance du principe d'impartialité des poursuites** (**4-2**). La **nécessité** du **renvoi préjudiciel** à la **Cour de justice de l'Union européenne** ne fait, dès lors, **aucun doute** (**4-3**).

4-1/ L'OPPORTUNITE DES POURSUITES CONDUIT A UNE DISCRIMINATION DANS LA MISE EN OEUVRE DU REGIME DISCIPLINAIRE

Le **principe d'égalité devant la loi** est consacré par l'article **6** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (ci-après « DDH ») selon lequel 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 **principe d'égalité devant la justice** procède de la combinaison de ces textes constitutionnels avec l'article **16 DDH** :

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

Selon une jurisprudence constante, le **Conseil constitutionnel** précise la portée du principe d'égalité devant la loi :

« (…) *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).

C'est la **suspicion légitime de partialité** qui a justifié que par **arrêt n°4632** du 06 Octobre 2015, la **Chambre criminelle** de la **Cour de cassation**, dans le cadre du **pourvoi n°15-84.335** dont celle-ci a été saisie, renvoie au **Conseil constitutionne**l la **question prioritaire de constitutionnalité** de l'article **24 bis** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, issu de la **loi** du 13 Juillet 1990 dite **Loi Gayssot**, comme « ***susceptible de créer une inégalité devant la loi et la justice*** » en ce qu'il « *incrimine* ***la seule contestation des crimes contre l'humanité définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945*** *et qui ont été commis, soit par des* ***membres d'une organisation criminelle*** *en application de l'article 9 dudit statut, soit par une* ***personne reconnue coupable*** *de tels crimes par une juridiction française ou internationale* ».

Une loi entachée de **discrimination** doit, en effet, être **abrogée** (**CC, décision n°2015-492 QPC du 16 Octobre 2015, Association Communauté rwandaise de France**: **abrogation** à compter du 1er Octobre 2016 des mots « *des* ***crimes de guerre****, des* ***crimes contre l'humanité*** *ou* » figurant à l'article **48-2** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, dans sa rédaction issue de l'article **13** de la **loi** n°90-615 du 13 Juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (loi dite Gayssot – JORF 14/07/1990, p. 08333).

…/...

L a **Cour de justice de l'Union européenn**e a une conception sensiblement différente de la **discrimination** entendue comme **traitement différencié** de ***« situations comparables entraînant un désavantage pour certaines personnes par rapport à d'autres »*** :

« (…) *47 Une **différence de traitement** est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un **critère objectif et raisonnable,** c'est-à-dire lorsqu'elle est **en rapport** avec un **but légalement admissible** poursuivi par la **législation** en cause, et que cette différence est **proportionnée au but poursuivi** par le traitement concerné (voir, en ce sens, arrêts du 5 juillet 1977, Bela-Mülle Bergmann, 114/76, Rec. p. 1211, point 7; du 15 juillet 1982, Edeka Zentrale, 245/81, Rec. p. 2745, point 11 et 13; du 10 mars 1998, Allemagne/Conseil, C-122/95, Rec. p. I-973, point 68 et 71, ainsi que du 23 mars 2006, Unitymark et North Sea Fishermen's Organisation, C-535/03, Rec. p. I-2689, points 53, 63, 68 et 71).*

(**CJUE, Grande Chambre, 16 Décembre 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. C/ Premier ministre, Ministre de l'Ecologie et du Développement durable, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie**, n°C-127/07).

Or, il est constant que le droit positif offre au procureur général et au bâtonnier la **faculté** de **poursuivre** ou de **ne pas poursuivre** tel avocat devant le Conseil Régional de discipline, **sans avoir à s'en expliquer**. Il s'agit, donc, d'un **pouvoir totalement discrétionnaire**.

Cette latitude se retrouve, certes, en procédure pénale.

Les articles **40, alinéa 1er** et **40-1** du Code de procédure pénale (CPP) posent expressément le **principe d'opportunité des poursuites** au profit du **Procureur de la République** :

Article **40, alinéa 1er** CPP :

« *Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et **apprécie** la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. »*

Article **40-1** CPP :

*« Lorsqu'il **estime** que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est **opportun** :*

1° Soit d'engager des poursuites ;

2° Soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 ;

*3° Soit de **classer sans suite** la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient. »*

Cependant, la victime d'une infraction pénale peut, en vertu de l'article **1er, alinéa 2** du Code de procédure pénale, déclencher un procès pénal en **mettant en mouvement l'action publique** et briser l'éventuelle inertie du ministère public :

*« L'**action publique** pour l'application des peines est **mise en mouvement** et **exercée** par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi.*

*Cette **action** peut aussi être **mise en mouvement par la partie lésée**, dans les conditions déterminées par le présent code. »*

A l'inverse, la **victime d'un manquement déontologique** est dans l'impossibilité de saisir l'instance disciplinaire.

Elle est seulement, aux termes de l'article **196, alinéa 2** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat, informée « *du dispositif de la décision lorsque celle-ci est passée en force de chose jugée. »*, à l'issue du procès disciplinaire **auquel elle n'a pas accès**.

*

4-2/ L'ILLUSTRATION DE LA DISCRIMINATION : L'AFFAIRE GEORGES BANTOS

Georges BANTOS, Avocat au Barreau de Marseille, contre lequel **Maître KRIKORIAN** avait dû déposer plainte le 18 Mars 1996, pour des actes de **violences volontaires sur sa personne** commis le 06 Mars 1996, dans son **Cabinet** et qui avait été **mis en examen** de ce chef, avant de bénéficier d'un **non-lieu** pour cause de **prescription de l'action publique**, a été **condamné, pour ces mêmes faits**, par **jugement** du **Tribunal de Grande Instance d'Aix-en-Provence** rendu le 24 Novembre 2008 (*pièce n°15*), assorti de l'**exécution provisoire** et, aujourd'hui, **irrévocable**, à payer au requérant la somme de **5 000,00 €** à titre de **dommages-intérêts** :

« (…)
REJETTE l'exception d'irrecevabilité,

CONSTATE que M BANTOS *a commis le* ***6 mars 1996*** *sur la personne de* ***M KRIKORIAN*** *des faits constitutifs d'un****e faute*** *l'obligeant à réparation;*

CONDAMNE M Georges BANTOS *à verser à* ***M Philippe KRIKORIAN*** *une somme de* ***5000 euros*** *(cinq mille euros) en* ***réparation du préjudice*** *consécutif aux faits du* ***6 mars 1996****, avec intérêts au taux légal à compter de la présente décision;*

CONDAMNE M Georges BANTOS à verser à M Philippe KRIKORIAN une indemnité de 1500 euros (mille cinq cents) au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile;

REJETTE toute demande plus ample ou contraire;

CONDAMNE M Georges BANTOS aux dépens, distraits au profit de Me SAMOURCACHIAN Avocat.

ORDONNE l'exécution provisoire,
(…) »

Or, curieusement, bien qu'étant convaincu d'être l'auteur de **violences volontaires sur la personne de Maître KRIKORIAN**, **infraction pénale**, **délit civil** et **infraction déontologique évidente**, **Maître BANTOS** n'a jamais fait l'objet de **poursuites disciplinaires**, ni avant ni après le **jugement** du 24 Novembre 2008, aujourd'hui **irrévocable**.

La **discrimination** dans l'exercice du **pouvoir disciplinaire** est, ainsi, **manifeste**. Rien, en effet, ne justifie que **Maître BANTOS** soit **dispensé** de **répondre** de ses **fautes déontologiques** devant le **Conseil régional de discipline**, que seuls, en l'état du **droit positif**, le **procureur général** près la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** et le **bâtonnier de Marseille** ont le **pouvoir** de **saisir**, en application de l'article **23, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

*

4-3/ LA NECESSITE DU RENVOI DE LA QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE : L'APPLICATION DE L'ARTICLE 267 § 3 TFUE

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

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, tout au moins, en partie, la **solution** qui doit être donnée au **présent litige**.

Il y aura lieu, dans ces conditions, de faire droit **intégralement** aux **légitimes prétentions** du requérant, la **demande de décision préjudicielle**, mettant en lumière l'**incompatibilité avec le droit de l'Union européenne** des **poursuites injustes** initiées contre lui par ses **concurrents économiques** et **rivaux politiques**, **Maîtres GAVAUDAN, CAMPANA** et **GILETTA**.

Comme susdit, la **Cour de justice de l'Union européenne** n'a pas, à ce jour, eu l'occasion de statuer sur la conformité au **droit de l'Union** des dispositions législatives et réglementaires prétendant rendre tributaires les Avocats d'un **régime disciplinaire**.

Les **demandes de décisions préjudicielles** se justifient, dès lors, pleinement au regard de l'article **267 § 3** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).**

Elles pourraient être libellées de la façon suivante :

1°) « *Le **principe d'égalité de traitement**, **principe général du droit de l'Union européenne**, consacré par l'article **2** du **Traité sur l'Union européenne** (**TUE**), 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, notamment son article **5**, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils **s'opposent** à une **législation** et une **réglementation** nationales, telles qu'elles résultent des articles **15**, **16**, **17**, **22** à **25-1** et **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que des articles **180** à **199** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat, en tant que le **régime disciplinaire** qu'elles instaurent et dont elles prétendent rendre tributaires les Avocats inscrits à un Barreau français est un facteur de **discrimination entre Avocats**, sous l'angle de **l'opportunité des poursuites**, principe qui préside à la mise en œuvre de ce régime ?*

2°) « *Les articles **101** à **106** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** – **TFUE** - doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils **s'opposent** à une **législation** et une **réglementation** nationales, telles qu'elles résultent des articles **15**, **16**, **17**, **22** à **25-1** et **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que des articles **180** à **199** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat, en tant que le **régime disciplinaire** qu'elles instaurent et dont elles prétendent rendre tributaires les Avocats inscrits à un Barreau français conduit le **Bâtonnier**, les **membres du Conseil de l'Ordre** et les **membres du Conseil Régional de discipline** à **abuser d'une position dominante** créée ou renforcée par le simple exercice de **droits spéciaux** ou **exclusifs** (**l'action disciplinaire**) que leur confèrent les textes nationaux litigieux ? »*

*

5/ SYNTHESE DES OCCURRENCES D'ILLEGALITE INTERNE DE L'ARTICLE 183 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Dans ces conditions, l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat est entaché d'**illégalité interne** en tant qu'il contrevient :

1°) au **principe de nécessité des peines** (article **8** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 – **DDH**) en ce qu'il incrimine la violation de **tous les règlements** y compris ceux qui n'entretiennent **aucun lien** ou qu'un **lien ténu** avec la **profession d'avocat** ;

2°) à la **liberté contractuelle** (articles **4** et **5 DDH** ; article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958), en ce qu'**il n'exclut pas de son champ d'application** la **conclusion** et l'**exécution**, le cas échéant, **renouvelées**, d'un **contrat de mandat aux fins de représentation et d'assistance en justice** dont aucune des stipulations **n'est contraire à l'ordre public** ;

3°) à la **liberté d'expression** (article **11 DDH** ; article **10 CEDH**), en ce qu'il **n'exclut pas** de son **champ d'application** les **propos** tenus ou les **écrits** produits par un **avocat** dans le **prétoire**, qui n'auraient été ni **déclarés** par la **juridiction saisie** de la cause **étrangers à la cause** ni appréciés par elle comme **excédant les limites des droits de la défense**, par une **décision irrévocable** ;

4°) au **principe essentiel** d'**indépendance de l'avocat** (articles **1er, I** ; **3, alinéa 2** et **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), en ce qu'ainsi l'a relevé la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE**, requête n°29024/11, **§ 55**), à la **critique** ***ex post facto*** des actions d'un **avocat** s'attache inéluctablement un **effet inhibiteur** pouvant **très fortement le dissuader** de **défendre** les intérêts de son client avec **zèle**, comme l'exige de lui son statut de **défenseur universel** (**CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, **§ 137**) ;

5°) au **principe essentiel d'autonomie des conseils de l'ordre** (article **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), en ce que par le renvoi qu'il fait directement à l'article **184** du même décret et, indirectement, par le truchement de cet article, aux articles **185** et **186** dudit décret (**Titre IV : La discipline** – articles **180** à **199** ; **Chapitre II** : **Les sanctions disciplinaires** – articles **183** à **186**), il permet que soit empêché d'exercer **au sein d'un barreau**, à titre **provisoire** ou **perpétuel**, un avocat, alors que le **principe d'autonomie des conseils de l'ordre** pourrait autoriser le **conseil de l'ordre** d'un **barreau** autre que le **barreau d'origine** de l'intéressé à **faire droit** à la **demande d'inscription** d'un avocat frappé de la peine de l'**interdiction temporaire** (article **186**) ou de la **radiation du tableau** (article **185**).

6°) au **principe essentiel** du **caractère libéral de la profession d'avocat** (articles **1er, I** et **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), en ce qu'il conduit à sanctionner le comportement d'avocats **parfaitement respectueux** du **primat du droit civil**.

7°) au **principe d'impartialité des poursuites** (article **16 DDH**).

*

…/...

II-C-H/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 184 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Comme susmentionné, les articles **183** et **184** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat sont **indivisibles** en tant que l'un ne saurait avoir d'**effet utile** sans l'édiction de l'autre.

Dès lors, les **mêmes griefs** précédemment développés à l'encontre de l'article **183** sont applicables à l'article **184** dudit décret. Il est renvoyé *supra* au **§ II-C-G**.

*

En outre, comme susdit, le prononcé d'une **peine disciplinaire**, quelle qu'elle soit, ne saurait **légalement** avoir pour effet de priver l'**avocat** qui en est tributaire, de la **jouissance** ni de l'**exercice** de ses **prérogatives statutaires**, au-delà du **cercle du barreau** du chef duquel la sanction est prononcée.

Dans ces conditions, en s'abstenant de préciser qu'en cas d'**avertissement**, de **blâme** ou d'**interdiction temporaire**, « (…) *la **privation*** (pouvant s'attacher à) *la **décision** qui prononce la **peine disciplinaire**, du **droit** de **faire partie** du **conseil de l'ordre**, du **Conseil national des barreaux**, des **autres organismes** ou **conseils professionnels** ainsi que des fonctions de **bâtonnier** pendant une durée n'excédant pas dix ans.* », a, comme la **radiation du tableau**, une **portée limitée** au **cercle du barreau** concerné et n'empêche pas l'intéressé d'exercer, en dehors de ce cercle, l'ensemble des droits afférents aux mandats concernés, le **Premier ministre** a entaché d'**excès de pouvoir** l'article **184** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

De surcroît, en vertu de l'article **34** de la **Constitution**, seule la **loi** est **compétente** pour autoriser, à titre de **peine complémentaire** ou **accessoire**, la **publication** d'une **décision de justice**, dont les **frais** sont à la charge du condamné, dès lors que ses effets se font sentir au-delà du **cercle du barreau** au profit duquel elle est prononcée.

La **mesure de publicité** relève, en effet, des « (…) ***principes fondamentaux*** (…) *des **obligations civiles*** (…) » dont la détermination a été confié au **législateur**.

L'article **L. 131-10** du Code pénal dispose, à cet égard :

« *Lorsque la **loi** le prévoit, un **crime** ou un **délit** peut être sanctionné d'une ou de plusieurs **peines complémentaires** qui, frappant les personnes physiques, emportent **interdiction**, **déchéance**, **incapacité** ou **retrait d'un droit**, **injonction de soins** ou **obligation de faire**, **immobilisation** ou **confiscation d'un objet**, **confiscation d'un animal**, **fermeture d'un établissement** ou **affichage** de la **décision** prononcée ou **diffusion** de celle-ci soit par la **presse écrite**, soit par **tout moyen** de communication au public par **voie électronique**.* »

Article **L. 131-35** du Code pénal :

« *La **peine d'affichage** de la **décision prononcée** ou de **diffusion** de celle-ci est **à la charge du condamné**. Les frais d'affichage ou de diffusion recouvrés contre ce dernier ne peuvent toutefois excéder le **maximum de l'amende encourue**.*

La juridiction peut ordonner l'affichage ou la diffusion de l'intégralité ou d'une partie de la décision, ou d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci. Elle détermine, le cas échéant, les extraits de la décision et les termes du communiqué qui devront être affichés ou diffusés.

L'affichage ou la diffusion de la décision ou du communiqué ne peut comporter l'identité de la victime qu'avec son accord ou celui de son représentant légal ou de ses ayants droit.

*La peine d'affichage s'exécute dans les lieux et pour la durée indiqués par la juridiction ; sauf disposition contraire de la loi qui réprime l'infraction, l'affichage ne peut excéder **deux mois**. En cas de suppression, dissimulation ou lacération des affiches apposées, il est de nouveau procédé à l'affichage aux frais de la personne reconnue coupable de ces faits.*

La diffusion de la décision est faite par le Journal officiel de la République française, par une ou plusieurs autres publications de presse, ou par un ou plusieurs services de communication au public par voie électronique. Les publications ou les services de communication au public par voie électronique chargés de cette diffusion sont désignés par la juridiction. Ils ne peuvent s'opposer à cette diffusion. L'affichage et la diffusion peuvent être ordonnés cumulativement. »

*

Est, dès lors, **vicié d'incompétence** l'article **184, alinéa 3** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, aux termes duquel :

« *L'instance disciplinaire peut en outre, à titre de **sanction accessoire**, ordonner la **publicité** de **toute peine disciplinaire**.* »

*

II-C-I/ L'ILLEGALITE DES ARTICLES 185, 186 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Les articles **185** et **186** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat disposent respectivement :

Article **185** :

« *L'avocat **radié** ne peut être inscrit au tableau d'**aucun autre barreau**.* »

Article **186** :

« *L'avocat **interdit temporairement** doit, dès le moment où la décision est passée en force de chose jugée, **s'abstenir de tout acte professionnel**. Il ne peut en aucune circonstance faire état de sa **qualité d'avocat**. Il ne peut participer à **l'activité des organismes professionnels** auxquels il appartient.* »

*

Compte tenu des développements qui précèdent :

1°) Les articles **185** et **186** du **décret** susvisé sont viciés d'**incompétence** en tant qu'ils ne peuvent être regardés comme pris sur le fondement de l'article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ni sur celui d'une autre disposition législative, ces textes n'ayant eu ni pour **objet** ni pour **effet** d'habiliter le **pouvoir réglementaire** à édicter des dispositions conférant à la **radiation du tableau** et à l'**interdiction temporaire** des effets excédant le **cercle** du **barreau** dont est membre l'avocat sanctionné ;

2°) L'article **185** dudit **décret** méconnaît le **principe d'autonomie** des **conseils de l'ordre** garanti par l'article **53** de la même **loi**, en tant qu'il a pour effet d'empêcher le **conseil de l'ordre** différent de celui du **barreau d'origine** d'**intégrer** un **avocat radié**, qu'aucune disposition de la **loi pénale** n'aurait, cependant, frappé d'**incapacité d'exercice professionnel** ;

3°) L'article **186** dudit **décret** méconnaît la **liberté d'entreprendre**, à **pleine valeur constitutionnelle** et le **principe d'indépendance de l'avocat** garanti par les articles **1er, I**, **3, alinéa 2** et **53** de la **loi** susvisée, en tant qu'il ne précise pas que sa **portée** est limitée au **cercle** du **barreau** dont est membre l'avocat tributaire de l'**interdiction temporaire**, celui-ci pouvant faire le choix pendant cette période de demander son **inscription** à un **autre barreau** ou d'**exercer hors barreau**.

*

II-C-J/ L'ILLEGALITE DES ARTICLES 197, ALINEA 4 ET 199 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

L'article **197, alinéa 4** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat dispose :

« (…)
*Le procureur général assure et surveille l'**exécution** des **peines disciplinaires**.* »

*

Aux termes de l'article **199** du **décret** précité :

« *La décision **suspendant provisoirement** d e **ses fonctions** l'avocat qui fait l'objet d'une **poursuite pénale** ou **disciplinaire** est **exécutoire nonobstant appel**.*

*Le **procureur général** assure et surveille **l'exécution** de la **mesure** de **suspension provisoire**.* »

*

1°) Les articles **514 et suivants** du Code de procédure civile (CPC) - dont l'invocation est rendue pertinente par l'article **277** du **décret** susvisé (« *Il est procédé **comme en matière civile** pour tout ce qui n'est pas réglé par le présent décret.* ») - disposent respectivement :

Article **514** CPC :

« *Les décisions de première instance sont **de droit exécutoires** à **titre provisoire** à moins que la **loi** ou la **décision** rendue n'en dispose autrement.* »

Article **514-1** CPC :

« *Le juge peut **écarter** l'**exécution provisoire de droit**, en tout ou partie, s'il estime qu'elle est **incompatible avec la nature de l'affaire**.*

Il statue, d'office ou à la demande d'une partie, par décision spécialement motivée.

Par exception, le juge ne peut écarter l'exécution provisoire de droit lorsqu'il statue en référé, qu'il prescrit des mesures provisoires pour le cours de l'instance, qu'il ordonne des mesures conservatoires ainsi que lorsqu'il accorde une provision au créancier en qualité de juge de la mise en état. »

Article **514-2** CPC :

« *Sans préjudice des dispositions de l'article **514-3**, l'**exécution provisoire de droit** ne peut être écartée que par la **décision en cause**.* »

Article **514-3** CPC :

*En cas d'appel, le **premier président** peut être saisi afin d'**arrêter l'exécution provisoire** de la décision lorsqu'il existe un **moyen sérieux d'annulation** ou de **réformation** et que l'exécution risque d'entraîner des **conséquences manifestement excessives**.*

La demande de la partie qui a comparu en première instance sans faire valoir d'observations sur l'exécution provisoire n'est recevable que si, outre l'existence d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation, l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives qui se sont révélées postérieurement à la décision de première instance.

En cas d'opposition, le juge qui a rendu la décision peut, d'office ou à la demande d'une partie, arrêter l'exécution provisoire de droit lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives »

Article **514-6** CPC :

« *Lorsqu'il est saisi en application des articles 514-3 et 514-4, le **premier président** statue en **référé**, par une décision non susceptible de pourvoi.* »

*

En s'abstenant de préciser que l'**exécution provisoire de droit** s'attachant à la décision de **suspension provisoire** pouvait être **arrêtée** par le **premier président**, en cas d'**appel**, **voie de recours** expressément ouverte par l'article **24, dernier et cinquième alinéa** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, comme le prévoit l'article **514-3, alinéa 1er** CPC, l'article **199, alinéa 1er** du **décret** précité méconnaît le **droit** à une **protection juridictionnelle effective** garanti par l'article **1 6** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), à **pleine valeur constitutionnelle**.

*

2°) Comme indiqué précédemment, l'avocat n'appartient pas, au sens et pour l'application des **principes prétoriens** dégagés par le **Conseil d'Etat**, à une **profession réglementée**, comme peut l'être la profession de **taxi**, pour laquelle la **loi** a organisé un **régime d'autorisation**, conduisant à placer ses membres « *sous la **surveillance** de l'**autorité qui administre*** », selon la judicieuse formule de **PORTALIS**.

L'exercice de la profession d'avocat ne saurait, partant, être tributaire des **décisions individuelles** du **ministère public** ni **d'aucune autre autorité de l'Etat**, ne trouvant leur fondement dans **aucune disposition législative**.

Dans ces conditions, en s'abstenant de préciser que la **suspension provisoire** des fonctions de l'avocat ne fait pas légalement obstacle à ce que celui-ci déclare, pendant le temps de la suspension, **exercer hors barreau** ou demande son **inscription** au **tableau** d'un **autre barreau**, l'article **199** du **décret** susvisé a méconnu les **principes** d'**indépendance de l'avocat**, de l'**autonomie des conseils de l'ordre**, ainsi que le **caractère libéral** de la profession, tous trois garantis par l'article **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

3°) L'**exécution** de la **mesure** de **suspension provisoire**, laquelle n'emporte aucune **incapacité d'exercice professionnel**, ne saurait légalement, en raison de ses **effets limités** au **cercle** du **barreau d'origine**, conduire à une inscription sur le **casier judiciaire**.

L'article **768** du Code de procédure pénale dispose, à cet égard :

« *Le **casier judiciaire national automatisé**, qui peut comporter un ou plusieurs centres de traitement, est tenu sous l'autorité du ministre de la justice. Il reçoit, en ce qui concerne les personnes nées en France et après contrôle de leur identité au moyen du répertoire national d'identification des personnes physiques, le numéro d'identification ne pouvant en aucun cas servir de base à la vérification de l'identité :*

(…)

***4°** Les **décisions disciplinaires** prononcées par l'**autorité judiciaire** ou par une autorité administrative lorsqu'elles entraînent ou édictent des **incapacités** ;*

(…) »

Dans ces conditions, l'**exécution** de la **mesure** de **suspension provisoire** est **dépourvue d'objet**, ce, depuis l'édiction de l'article **199** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, circonstance devant conduire à l'**abrogation expresse** de cet **acte réglementaire** en application de l'article **L. 243-2, alinéa 1er** du Code des relations entre le public et l'administration, ci-après reproduit :

« *L'administration est **tenue d'abroger expressément** un **acte réglementaire illégal** ou **dépourvu d'objet**, que cette situation existe depuis son **édiction** ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé.*

(…) ».

*

4°) Comme développé précédemment, **aucune sanction disciplinaire** susceptible d'être prononcée à l'encontre d'un avocat, en application des articles **183** et **184** du **décret** n°91-1191 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, par le **conseil régional de discipline** ou la **cour d'appel**, n'est de nature à **légalement empêcher** l'avocat qui en ferait le choix, de demander son **inscription** à un **autre barreau** ou d'**exercer hors barreau**.

Dans ces conditions, l'**exécution** de la **sanction disciplinaire**, quelle qu'elle soit, est **dépourvue d'objet**, ce, depuis l'édiction de l'article **197**, **alinéa 4**, circonstance devant conduire à l'**abrogation expresse** de cet **acte réglementaire** en application de l'article **L. 243-2, alinéa 1er** du Code des relations entre le public et l'administration précité.

*

II-C-K/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 1014 DU CODE DE PROCEDURE CIVILE

A l'**incompétence** (**II-C-K-1**), s'ajoute, en l'occurrence, la **violation** de l'article **16 DDH** (**II-C-K-2**).

II-C-K-1/ L'ARTICLE 1014 CPC EST VICIE D'INCOMPETENCE

Ainsi que le rappelle judicieusement la **doctrine**,

« *Depuis la Révolution, les* ***juges*** *sont, en France, tenus de faire connaître les* ***motifs*** *des décisions qu'ils rendent. L'article* ***15*** *de la* ***loi*** *des 16-24 août 1790 a imposé,* ***pour la première fois****, aux* ***juges*** *de faire figurer dans leurs jugements les* ***motifs*** *qui les ont déterminés. Cette obligation, qui nous apparaît* ***consubstantielle à la fonction de juger****, sera toujours observée par la suite par* ***toutes les juridictions administratives françaises****. Le* ***Conseil d'État motive ses décisions contentieuses*** *depuis* ***l'an VIII*** *et a imposé immédiatement cette obligation aux* ***conseils de préfecture*** *(* ***CE 12 déc. 1818, Fouquet****: Lebon 434).*

(…) » (Observations sous article **L. 9** du Code de justice administrative, éditions Dalloz).

La **motivation** des **décisions de justice** est une **exigence** du **procès équitable** (**CE 14 déc. 1992, Lanson**: Lebon T. 1217), quel que soit le degré de juridiction. Elle procède, à ce titre, des « (…) ***garanties fondamentales*** *accordées aux citoyens pour* ***l'exercice des libertés publiques*** (…) » dont les **règles**, en vertu de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, ne peuvent être fixées que par la **loi**.

L'exigence de **motivation** des jugements constitue, selon le **Conseil d'Etat**, un **principe général du droit** de **valeur législative** qui ne peut être écarté que par une **disposition législative expresse** (**CE 5 Décembre 1924, Sieurs Légillon**: Lebon 985; **CE 8 Juillet 1970, Doré**: Lebon 471) :

« (…)
Considérant que la ***commission départementale de reconstitution foncière****, à qui il appartient, aux termes de la loi du 4 mars 1919, de modifier le lotissement et d'en provoquer la modification, a la mission d'assurer l'exacte application de ladite loi et de reconnaître, le cas échéant, les droits qui découlent pour les propriétaires des dispositions de son art. 3; qu'elle a ainsi le caractère d'une* ***véritable juridiction****; qu'elle est tenue, dès lors, d'observer* ***toutes les règles générales de procédure*** *dont l'application n'a pas été écartée par une* ***disposition législative formelle*** *ou n'est pas inconciliable avec son organisation; qu'au nombre de ces règles se trouve celle d'après laquelle les* ***décisions*** *rendues par une* ***juridiction*** *doivent être* ***motivées*** *;*
(…) »
(**CE, 05 Décembre 1924, Sieurs Légillon**, Rec. p. 1985) ;

« (…)
CONSIDERANT *QU'IL RESULTE DES DISPOSITIONS DE LA LOI DU 23 NOVEMBRE 1957, SUR LE RECLASSEMENT DES TRAVAILLEURS HANDICAPES, ET DES DECRETS DU 26 JUILLET 1962 ET 16 DECEMBRE 1965, PORTANT REGLEMENT D'ADMINISTRATION PUBLIQUE POUR L'APPLICATION DE LADITE LOI, QUE LES* ***COMMISSIONS DEPARTEMENTALES DU CONTENTIEUX*** *SONT DES* ***JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES*** *LORSQU'ELLES STATUENT SUR LES CONSTATATIONS NEES DE L'APPLICATION DES ARTICLES 11, 13 ET 15, ALINEAS 4 ET 5, DE LA LOI SUSMENTIONNEE, C'EST-A-DIRE NOTAMMENT SUR LES* ***LITIGES*** *RELATIFS A LA* ***CANDIDATURE DE TRAVAILLEURS HANDICAPES AUX EMPLOIS RESERVES*** *;*

QU'IL SUIT DE LA QUE CES COMMISSIONS DOIVENT OBSERVER LES ***REGLES GENERALES DE PROCEDURE*** *QUI N'ONT PAS ETE ECARTEES PAR UNE* ***DISPOSITION LEGISLATIVE EXPRESSE*** *OU QUI NE SONT PAS* ***INCOMPATIBLES*** *AVEC LEUR* ***ORGANISATION*** *; QU'AU NOMBRE DE CES REGLES, FIGURENT CELLES SUIVANT LESQUELLES LES* ***DECISIONS JURIDICTIONNELLES*** *DOIVENT, D'UNE PART,* ***ETRE MOTIVEES****, D'AUTRE PART, COMPORTER LE NOM DES JUGES AYANT DELIBERE ;*

(…) »

(**CE, 08 Juillet 1970, M. DORE**, n°75362)

Seule la **loi**, en conséquence, peut **moduler** l'**obligation de motivation** des **décisions de justice** et des **décisions non juridictionnelles** (**loi** du 11 Juillet 1979 ; articles **L. 211-1** et s. du Code des relations entre le public et l'administration – CRPA), soit pour **l'abolir** en considération de **raisons impérieuses d'intérêt général**, soit pour **l'alléger** pour la rendre **conciliable** avec l'**organisation** de la **juridiction** concernée.

Ainsi, l'article **L. 9** du Code de justice administrative (CJA) consacre le **principe prétorien** :

« *Les jugements sont* ***motivés***. »

L'**obligation de motivation** n'a pas été supprimée par la **loi**, même si elle s'exprime de façon plus sommaire, dans le cadre de la **procédure préalable d'admission** des **recours en cassation** devant le **Conseil d'Etat**, procédure que prévoit expressément l'article **L. 822-1** CJA :

« *L e* ***pourvoi en cassation*** *devant le* ***Conseil d'Etat*** *fait l'objet d'une* ***procédure préalable d'admission.***

*L'****admission*** *est* ***refusée*** *par* ***décision juridictionnelle*** *si le* ***pourvoi*** *est* ***irrecevable*** *ou n'est fondé sur* ***aucun moyen sérieux***. »

L'édiction de l'article **L. 822-1** CJA confirme que la **procédure préalable d'admission du pourvoi** ne pouvait être instaurée que par la **loi**, en tant qu'elle soumet l'instruction du pourvoi à des **règles dérogatoires au principe du contradictoire** (l'admission est examinée au seul vu du pourvoi et sans qu'il soit communiqué à la partie défenderesse) et à une **motivation plus succincte** que celle qui prévaut dans les conditions ordinaires :

« (…)

13. *L e s* ***décisions*** *de* ***refus d'admission*** *sont des* ***décisions juridictionnelles*** *rendues par la* ***chambre en formation de jugement****, c'est-à-dire une* ***formation collégiale*** *de* ***trois membres*** *du* ***Conseil d'État****, présidée par le président de la chambre ou par un assesseur, après une* ***audience publique*** *au cours de laquelle le* ***rapporteur public*** *prononce ses* ***conclusions****. L'admission est refusée lorsque les pourvois sont* ***irrecevables*** *ou lorsqu'ils reposent sur une* ***argumentatio****n qui n'est pas jugée susceptible de conduire à la* ***cassation*** *de la décision déférée. La décision de* ***refus d'admission*** *est* ***motivée de façon succincte****, se bornant à énumérer les* ***moyens*** *invoqués pour dire « qu'****aucun de ces moyens n'est de nature à permettre l'admission du pourvoi*** *». Les chambres n'explicitent pas davantage les motifs qui les ont conduites à regarder les moyens soulevés comme insusceptibles d'emporter la cassation.*

(…) »

(**Jacques-Henri STAHL**, **Conseiller d'Etat**, Recours en cassation, Répertoire de contentieux administratif Dalloz, Avril 2019, **§ 13**, page **8/78**).

Le **règlement** (**décret en Conseil d'Etat**) était donc **compétent** en vertu de l'article **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 pour fixer les **règles** de la **procédure d'admission du pourvoi**, aux articles **R. 822-1** à **R. 822-6** CJA :

Article **R. 822-2** CJA :

« *S'il apparaît que* ***l'admission du pourvoi peut être refusée****, le* ***président de la chambre*** *transmet le dossier au* ***rapporteur public*** *en vue de son* ***inscription au rôle*** *; le requérant ou son mandataire est averti du jour de la séance.*

Dans le cas contraire, le ***président de la chambre*** *décide qu'il sera procédé à* ***l'instruction du pourvoi dans les conditions ordinaires*** *; le requérant ou son mandataire est avisé de cette décision.* »

Article **R. 822-3** CJA:

« *L a* ***décision juridictionnelle*** *de* ***refus d'admission*** *est notifiée au requérant ou à son mandataire. Elle n'est susceptible que du recours en rectification d'erreur matérielle et du recours en révision.*

Lorsque la ***formation de jugement*** *ne refuse pas l'admission du pourvoi, il est procédé à* ***l'instruction de l'affaire dans les conditions ordinaires****. Le requérant ou son mandataire en est avisé.* »

*

En ce qui concerne les **juridictions judiciaires**, l'article **455** du Code de procédure civile (CPC) n'est pas moins clair quant à l'**obligation de motivation** qui s'impose à elles :

« *L e **jugement** doit exposer succinctement les **prétentions** respectives des parties et leurs **moyens**. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le **jugement doit être motivé**.*

Il énonce la décision sous forme de dispositif. »

On ne peut, dès lors, qu'être très réservé quant à la **légalité** de l'article **1014** du Code de procédure civile (CPC), dont la **Cour de cassation** a fait application dans son **arrêt** du 06 Décembre 2017 (*pièce n°4*), aux termes duquel, dans sa rédaction issue de l'article **19** du **décret** n°2014-1338 du 06 Novembre 2014 relatif à la procédure civile applicable devant la Cour de cassation :

« *Après le dépôt des mémoires, cette formation décide qu'**il n'y a pas lieu de statuer** par une **décision spécialement motivée** lorsque le **pourvoi** est **irrecevable** ou lorsqu'il **n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation**.*

***Toute formation** peut aussi décider de **ne pas répondre de façon spécialement motivée** à un ou plusieurs **moyens irrecevables** ou qui **ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation**.* »

En effet, ce **texte réglementaire** investit expressément la **Cour de cassation** du **pouvoir** de **rejeter le pourvoi** ou de **ne pas répondre** à **un** ou **plusieurs moyens**, **sans motiver spécialement** sa décision, notamment s'ils « *ne sont **manifestement** pas **de nature à entraîner la cassation**.* »

Le **pouvoir réglementaire** a entendu, ce faisant, par l'emploi de l'adverbe « ***manifestement*** », se prévaloir du **titre de l'évidence**, comme si, en théorie, tout au moins, **n'importe quelle personne raisonnable**, était capable de **constater** le **manque de sérieux** du **pourvoi** ou de l'un des **moyens** présentés à son appui.

Cependant, d'une part, l'**évidence** ne suffit pas à se substituer au **Constituant** et ne saurait faire d'un **règlement** qui s'y réfère, une **loi** du **Parlement**.

De deuxième part, aux termes de l'article **L. 243-2** du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) :

« *L'administration est **tenue d'abroger expressément** un **acte réglementaire illégal** ou dépourvu d'objet, que cette situation existe **depuis son édiction** ou qu'elle résulte de **circonstances de droit ou de fait postérieures**, sauf à ce que l'illégalité ait cessé.*

L'administration est tenue d'abroger expressément un acte non réglementaire non créateur de droits devenu illégal ou sans objet en raison de circonstances de droit ou de fait postérieures à son édiction, sauf à ce que l'illégalité ait cessé. »

Il doit être observé, dans cet ordre d'idées, qu'à l'occasion de la **refonte** du **Code de l'organisation judiciaire** (COJ) opérée par l'**ordonnance** n°2006-673 du 08 Juin 2006 (JORF 09 Juin 2006, Texte 13 sur 135), **ratifiée** par l'article **138, I, 20°** de la **loi** n°2009-526 du 12 Mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JORF 13 Mai 2009, texte 1 sur 121), a été **abrogé** l'ancien article **L. 131-6** COJ, avec **effet** au 05 Juin 2008, ci-après énoncé :

« *Après le dépôt des mémoires, les affaires soumises à une chambre civile sont examinées par une **formation de trois magistrats** appartenant à la chambre à laquelle elles ont été distribuées.*

*Cette formation **déclare non admis** les **pourvois irrecevables** ou **non fondés sur un moyen sérieux de cassation**. Elle statue lorsque **la solution du pourvoi s'impose**. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'**audience de la chambre**.*

Toutefois, le premier président ou le président de la chambre concernée, ou leurs délégués, d'office ou à la demande du procureur général ou de l'une des parties, peuvent renvoyer directement une affaire à l'audience de la chambre par décision non motivée.

Lorsque la solution d'une affaire soumise à la chambre criminelle lui paraît s'imposer, le premier président ou le président de la chambre criminelle peut décider de faire juger l'affaire par une formation de trois magistrats. Cette formation peut renvoyer l'examen de l'affaire à l'audience de la chambre à la demande de l'une des parties ; le renvoi est de droit si l'un des magistrats composant la formation restreinte le demande. La formation déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation. »

L'actuel article **L. 431-1** COJ, dans la rédaction que lui a donnée l'**ordonnance** précitée n°2006-673 du 08 Juin 2006, **Annexe I**, entrée en vigueur le 05 Juin 2008, dispose désormais :

« *Les affaires soumises à une **chambre civile** sont examinées par une **formation de trois magistrats** appartenant à la **chambre** à laquelle elles ont été distribuées.*

***Cette formation** statue lorsque **la solution du pourvoi s'impose**. Dans le **cas contraire**, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'**audience de la chambre**.*

*Toutefois, le **premier président** ou le **président de la chambre** concernée, ou leurs **délégués**, **d'office** ou à la **demande** du **procureur général** ou de **l'une des parties**, peuvent **renvoyer directement** une affaire à **l'audience de la chambre** par décision non motivée.* »

La **refonte** du Code de l'organisation judiciaire ne s'est pas faite à **droit constant**. En effet, comme on le constate rapidement à leur lecture, l'ancien article **L. 131-6** COJ et l'actuel **L. 431-1** COJ diffèrent dans leur **contenu normatif** en ce que la **première phrase** de l'**alinéa 2** de l'ancien article **L. 131-6** COJ « *Cette formation **déclare non admis** les **pourvois irrecevables** ou **non fondés sur un moyen sérieux de cassation***. » a été **retranchée** du corpus législatif pour être **transposée**, en **termes identiques**, par l'article **9, 4°** du **décret** n°2008-522 du 02 Juin 2008 portant refonte de la partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire (JORF 04 Juin 2008, texte 11 sur 129), dans le corps de l'article **1014**, qu'il crée, à alinéa unique, consacré à la **formation restreinte** de **trois magistrats** chargée par l'ancien article **L. 131-6, alinéa 2, deuxième phrase** COJ et l'actuel article **L. 431-1, alinéa 2** COJ de statuer « (…) *lorsque **la solution du pourvoi s'impose***. » :

« *Après le dépôt des mémoires, cette formation **déclare non admis** les **pourvois irrecevables** ou **non fondés** sur un **moyen sérieux de cassation***. »

L'**alinéa 2** de l'article **1014** CPC a été **créé** par l'article **1 9** du **décret** n°2014-1338 du 06 Novembre 2014 relatif à la procédure civile applicable devant la Cour de cassation, en même temps qu'il a **réécrit** l'**alinéa 1er** de l'article **1014** CPC :

« *Après le dépôt des mémoires, **cette formation** décide qu'**il n'y a pas lieu de statuer** par une **décision spécialement motivée** lorsque le **pourvoi** est **irrecevable** ou lorsqu'il **n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation***.

Toute formation** peut aussi décider de **ne pas répondre de façon spécialement motivée** à un ou plusieurs **moyens irrecevables** ou qui **ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation. »

Sans doute, les **termes actuels** de la **loi** « ***Cette formation** statue **lorsque la solution du pourvoi s'impose**. Dans le **cas contraire**, elle renvoie **l'examen du pourvoi** à l'**audience de la chambre***. » (actuel article **L. 431-1, alinéa 2** COJ), similaires à ceux de l'ancien article **L. 131-6, alinéa 2**, deuxième et troisième phrases (« (…) *Elle statue **lorsque la solution du pourvoi s'impose**. Dans le **cas contraire**, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'**audience de la chambre***. (…) » permettent-ils de comprendre qu'un **traitement adapté** sera réservé aux **pourvois** pour lesquels la **solution apparaît d'évidence**, comme ceux qui sont **irrecevables** ou qui ne sont **manifestement** pas fondés sur un **moyen sérieux de cassation**. Les **caractéristiques objectives** de ces **pourvois** (l'**irrecevabilité** du **pourvoi** peut résulter notamment de l'**écoulement du temps** ; le **défaut manifeste de moyen sérieux** doit pouvoir sauter aux yeux de **toute personne raisonnable**) justifient, sous réserve de la **dénaturation** qu'aucune juridiction supérieure nationale ne pourra, cependant, apprécier, qu'une **formation restreinte** de **trois magistrats** y statue selon une **procédure allégée**.

Cependant, d'une part, la **loi** n'a nullement prévu de **dérogation expresse** à l'**obligation de motivation** qui s'impose à **toute juridiction judiciaire** ou **administrative**, y compris la **Cour de cassation** et le **Conseil d'Etat**. Le **pouvoir réglementaire** n'était donc pas **habilité** par l'actuel article **L. 431-1, alinéa 2, première phrase** COJ à dispenser de **toute motivation** la **décision** de **non-admission** du **pourvoi en cassation** y compris « (…) ***lorsque la solution du pourvoi s'impose***. (…) » (article **L. 431-1, alinéa 2, première phrase** COJ). Seul le **législateur** aurait pu en décider ainsi, au vu d'un **motif impérieux d'intérêt général**, ce qu'il n'a pas fait.

D'autre part, lorsqu'en application du **deuxième alinéa**, **deuxième phrase** ou du **troisième alinéa** de l'actuel article **L. 431-1** COJ, il a été décidé, par la **formation restreinte**, le **premier président**, le **président de la chambre concernée** ou leurs **délégués**, de **renvoyer** « (…) *l'examen du pourvoi à l'**audience de la chambre***. (…) », rien, dans les termes de la **loi**, n'autorise la **formation de jugement** à ne pas **dûment motiver** le **rejet** d'un **moyen** dont l'**irrecevabilité** n'est pas apparue **évidente** à la **formation restreinte** et que celle-ci n'a pas apprécié comme n'étant « (…) ***manifestement pas de nature à entraîner la cassation***. », circonstances indiquant que la **solution du pourvoi ne s'impose pas**, au sens de l'article **L. 431-1, alinéa 2, première phrase** COJ.

Dans ces conditions et dès lors que **la solution du pourvoi ne s'impose pas**, l'**obligation de motivation** des **décisions juridictionnelles** induit nécessairement que la **chambre concernée** de la **Cour de cassation** procède à un **examen attentif** de **chacun** des **moyens** du pourvoi.

Seul le **législateur** aurait pu, en considération de **raisons impérieuses d'intérêt général**, décider de **déroger à la règle de la motivation** et autoriser la **chambre** à laquelle a été distribué le pourvoi, bien qu'aucune des autorités juridictionnelles précitées n'ait estimé que la **solution du pourvoi s'imposait**, à ne pas **spécialement motiver** le rejet du ou des **moyens** qui ne seraient **manifestement** pas de nature à entraîner la **cassation**.

La **loi**, comme susdit, a réservé l'**examen sommaire** du **pourvoi** à la **formation restreinte** de **trois magistrats** uniquement « (…) ***lorsque la solution*** (…) ***s'impose***. (…) ».

Eu égard à l'**économie du pourvoi**, que composent un ou plusieurs **moyens**, constater que **la solution du pourvoi ne s'impose pas** en l'état de l'instruction, signifie qu'il n'est pas exclu qu'**un des moyens** présentés à son soutien suffise à justifier la **cassation** de la décision attaquée. Il est, donc, nécessaire de **dûment examiner chacun des moyens**, sans pouvoir **présumer** que l'un ou plusieurs d'entre eux ne seraient pas de nature à entraîner la **cassation**.

La **garantie des droits** que consacre l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), à **pleine valeur constitutionnelle**, dont procède **l'obligation de motivation**, commande, **en l'absence de dérogation expressément prévue par la loi** (v. **CE, 05 Décembre 1924, Sieurs Légillon**, Rec. p. 1985 ; **CE, 08 Juillet 1970, M. DORE**, n°75362, précités), qu'une fois le pourvoi soumis à l'examen de la **chambre concernée** (cas du renvoi de l'examen du pourvoi « *à l'**audience de la chambre*** »), celle-ci indique avec **précision** les **raisons de droit** justifiant, le cas échéant, le **rejet** de **chacun des moyens** présentés à son appui, par le demandeur.

L'article **1014** du Code de procédure civile est, partant, entaché d'**incompétence** et devra, en conséquence, être **abrogé**.

*

II-C-K-2/ LA VIOLATION PAR L'ARTICLE 1014 CPC DE L'OBLIGATION DE MOTIVATION DES DECISIONS DE JUSTICE, GARANTIE PAR L'ARTICLE 16 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOUT 1789

Comme susdit, **l'obligation de motivation des décisions de justice**, à laquelle seul le **législateur** peut apporter des **dérogations** justifiées par un **motif suffisant, voire impérieux d'intérêt général** (v. **CE, 05 Décembre 1924, Sieurs Légillon**, Rec. p. 1985 ; **CE, 08 Juillet 1970, M. DORE**, n°75362, précités), procède de la **garantie des droits** que consacre l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), à **pleine valeur constitutionnelle**. Il en résulte qu'une fois le **pourvoi** soumis à l'examen de la **chambre concernée** (cas du renvoi de l'examen du pourvoi « *à l'**audience de la chambre*** »), celle-ci indique avec **précision** les **raisons de droit** justifiant, le cas échéant, le **rejet** de **chacun des moyens** présentés à son appui, par le demandeur.

En dispensant la **Cour de cassation** de **motiver** le **rejet du pourvoi** au motif qu'il serait **irrecevable** ou qu'il ne serait manifestement pas de nature à entraîner la **cassation**, griefs que toute formation peut, en outre, adresser au(x) **moyen(s)** présentés à son appui, l'article **1014** CPC a violé l'article **16 DDH**.

C e **texte réglementaire** doit, partant, être **exclu de l'ordonnancement juridique**. Son **abrogation expresse** s'impose d'évidence.

*

II-C-L/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 6, ALINEA 2 DU DECRET N°2005-790 DU 12 JUILLET 2005 RELATIF AUX REGLES DE DEONTOLOGIE DE LA PROFESSION D'AVOCAT

L'article **6, alinéa 2** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat dispose :

« (…)
*L'avocat est tenu de déférer aux **désignations** et **commissions d'office**, sauf **motif légitime** d'**excuse** ou d'**empêchement** admis par l'autorité qui a procédé à la désignation ou à la commission.*
(…) »

Il n'est que la **redite** de l'article **9** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines profession judiciaires et juridiques, aux termes duquel :

« *L'avocat **régulièrement commis d'office** par le bâtonnier ou par le président de la cour d'assises ne peut refuser son ministère sans faire **approuver** ses **motifs d'excuse** ou d'**empêchement** par le bâtonnier ou par le président.* »

Le **règlement**, ici, ne crée **aucune règle**. Il se borne à **reproduire** l'énoncé législatif, sans y **ajouter aucun prédicat** (**jugement synthétique**). En outre, il **n'explicite** pas davantage la **loi** – **auto-exécutoire** - dont l'**exécution** ne nécessitait pas que des **mesures d'application** fussent édictées (**jugement analytique**).

Dans ces conditions, le **décret** se trouve **privé d'objet** et devra être **abrogé** en application de l'article **L. 243-2, alinéa 1er** du Code des relations entre le public et l'administration, aux termes duquel :

« *L'administration est **tenue** d'**abroger expressément** un **acte réglementaire illégal** ou **dépourvu d'objet**, que cette situation existe depuis son édiction ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé.*

L'administration est tenue d'abroger expressément un acte non réglementaire non créateur de droits devenu illégal ou sans objet en raison de circonstances de droit ou de fait postérieures à son édiction, sauf à ce que l'illégalité ait cessé. »

*

II-C-M/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 5 DU DECRET N°2005-790 DU 12 JUILLET 2005 RELATIF AUX REGLES DE DEONTOLOGIE DE LA PROFESSION D'AVOCAT

L'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, dispose :

« (…)
*La **rémunération d'apports d'affaires** est **interdite**.* »

*

Doivent, ici, être envisagées :

D'une part, l'**illégalité externe** : **incompétence** et **défaut de consultation de l'Autorité de la concurrence** (**II-C-M-1**).

D'autre part, l'**illégalité interne** : **violation du droit de la concurrence** et de l'article **24 § 1 de la directive 2006-123** du **Parlement européen et du Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après « **la directive 2006/123/CE** ») (**II-C-M-2**).

II-C-M-1/ L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 5 DU DECRET N°2005-790 DU 12 JUILLET 2005 RELATIF AUX REGLES DE DEONTOLOGIE DE LA PROFESSION D'AVOCAT

Seront, tour à tour, envisagés les **deux vices** de la **légalité externe** suivants :

1°) L'**incompétence** du **Premier ministre** pour **limiter la liberté contractuelle** (**II-C-M-1-a**).

2°) Le **défaut de consultation obligatoire** de l'**Autorité de la concurrence** (article **L. 462-2** du Code de commerce) (**II-C-M-1-b**).

*

II-C-M-1-a/ L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 5 DU DECRET N°2005-790 DU 12 JUILLET 2005 RELATIF AUX REGLES DE DEONTOLOGIE DE LA PROFESSION D'AVOCAT : SEULE LA LOI EST HABILITEE A LIMITER LA LIBERTE CONTRACTUELLE POUR DES MOTIFS IMPERIEUX D'INTERET GENERAL

La **liberté contractuelle – déclinaison** de la **liberté en général** - prend sa **source constitutionnelle** dans les articles **4** et **5** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) qui disposent respectivement :

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**.* ».

Par ailleurs, le **Constituant** (article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) réserve au **législateur** la détermination des « (…) ***principes fondamentaux*** (…) *du **régime*** (…) *des **obligations civiles** et **commerciales** ;*(…) » :

« (…)
*La **loi** détermine les **principes fondamentaux** :*
(…)
*- du **régime de la propriété**, des **droits réels** et des **obligations civiles** et **commerciales** ;*
(…) »

A titre d'exemple complémentaire, la fixation d'un **délai de prescription** pour exercer l'action en recouvrement d'une **créance civile** relève du domaine de la **loi** (v. **CE, 27 Novembre 2006**, **CRAMPON**, n°296018), tandis que la définition du **délai de péremption de l'instance** est de **nature réglementaire** (article **386** CPC : « *L'instance est **périmée** lorsque **aucune des parties** n'accomplit de **diligences** pendant **deux ans**.* »).

La **liberté contractuelle** fait partie intégrante des « (…) ***principes fondamentaux*** (…) *du **régime*** (…) *des **obligations civiles et commerciales** ;*(…) », ainsi que le juge le **Conseil constitutionnel** :

« (…)
***1.** Considérant que l'article **34** de la **Constitution** réserve à la **loi** la détermination des **principes fondamentaux** du régime des **obligations civiles et commerciales**, au rang desquels il convient de ranger la **liberté contractuelle** ;*
(…) »

(**CC, décision n°84-137 L du 04 Juin 1984** - Nature juridique des dispositions de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel contenues à son article 3 sexies, tel qu'il résulte de la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970, **§ 1**).

On tire de ce qui précède que seule la **loi** a **compétence constitutionnelle** aux fins de **limiter** la **liberté contractuelle** :

« (…)
Sur le moyen tiré de l'illégalité des dispositions relatives au délai de réflexion :

Considérant *qu'aux termes de l'article* ***34*** *de la* ***Constitution*** *: "La* ***loi*** *détermine les* ***principes fondamentaux*** *: () des* ***obligations civiles et commerciales"*** *;*

Considérant *que l'****arrêté attaqué*** *prévoit, au paragraphe 9 de son article 2, que tout devis doit comporter les phrases suivantes : "Il est convenu que doit être respecté un délai minimum de quinze jours entre la remise de ce document et l'intervention éventuelle. C'est un délai de réflexion avant toute décision, pour le praticien comme pour la personne examinée. Pendant cette période, il ne peut être exigé ou obtenu de la personne examinée, directement ou indirectement, à quelque titre que ce soit ni sous quelque forme que ce soit, une contrepartie quelconque ni aucun engagement, à l'exception du prix de la présente consultation. / Ce délai peut toutefois être réduit à sept jours, à la demande expresse de la personne examinée qui devra mentionner elle- même, de manière manuscrite et signée, cette demande sur le présent devis" ;*

Considérant *que l'****obligation*** *faite par ces dispositions au* ***praticien*** *et à la* ***personne examinée*** *de respecter un* ***délai minimum de réflexion*** *avant la décision éventuelle d'intervention,* ***porte atteinte au principe de la liberté contractuelle*** *et* ***excède l'habilitation*** *donnée par l'article* ***L 113-3*** *du code de la consommation au* ***ministre chargé de l'économie*** *; qu'****aucune autre disposition législative*** *n'autorisait ce ministre à prendre de telles dispositions, qui sont, par suite,* ***entachées d'illégalité*** *;*

Considérant *qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler les dispositions du paragraphe 9 de l'article 2 de l'arrêté attaqué relatives au délai de réflexion, lesquelles ne forment pas avec les autres dispositions de cet arrêté un ensemble indivisible et de rejeter le surplus des conclusions des requêtes ;*
(…) »
(**CE, 1ère et 4ème sous-sections réunies, 27 Avril 1998**, n°184473, 184557)

*

« (…)

*d - Il est enfin soutenu, toujours à l'encontre des dispositions prescrivant l'établissement d'un devis, que l'arrêté est entaché d'illégalité en ce qu'il impose le respect d'un **délai de réflexion** entre la remise du devis et l'intervention chirurgicale proprement dite. L'article 2 de l'arrêté indique en effet qu'un délai minimal de quinze jours doit être respecté entre la remise du devis et l'intervention éventuelle du praticien. L'arrêté précise qu'il s'agit d'un délai de réflexion avant toute décision, pour le praticien comme pour la personne examinée. Mais il indique que ce délai peut être réduit à sept jours, à la demande expresse de la personne examinée, qui devra mentionner elle-même de manière manuscrite et signée cette demande sur le devis.*

*Ce dernier moyen s'avère délicat. En effet, l'article **L. 113-3** du Code de la consommation n'habilite le pouvoir réglementaire qu'à définir les **modalités** selon lesquelles le consommateur est informé sur les **prix**, les **limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle** et les **conditions particulières de la vente**. Mais l'obligation de respecter un délai minimal de réflexion avant la conclusion d'un contrat ne peut être regardée comme une modalité d'information du consommateur sur le prix : l'objet des dispositions contestées n'est pas de garantir une meilleure information sur le **prix** de la prestation envisagée, car cette information est déjà assurée de manière complète par le devis établi par le praticien. L'institution d'un délai de réflexion ne vise pas davantage à assurer une meilleure information de l'acheteur sur les conditions particulières de la vente, conditions dont l'arrêté ne fait pas état (il s'agit en pratique des **modalités de paiement** [arrhes, acomptes...], des délais de livraison, éventuellement des conditions de reprise d'un bien ancien appartenant à l'acquéreur contre l'acquisition d'une marchandise neuve...).*

*L'objet des dispositions litigieuses est différent : il s'agit de permettre au patient de **mûrir son engagement** avant d'exprimer sa volonté de subir une intervention médicale ou chirurgicale.*

*Il est vrai que l'essor depuis **1970** du **droit de la consommation** a conduit le législateur à recourir à un certain nombre de reprises à la technique dite du **délai de réflexion** pour **protéger le consentement du consommateur**. Le **délai de réflexion** vise à **favoriser la réflexion** de **celui qui s'oblige**. Le **mûrissement** du **consentement** du **consommateur** est en pratique aménagé de deux manières : ou bien le cocontractant dispose, après la signature de la convention, d'un **délai** pendant lequel il pourra **revenir sur son engagement** (tel est le cas, depuis l'intervention de la **loi** du 22 décembre 1972, pour la vente par démarchage à domicile) ; ou bien un **délai de réflexion impératif** est aménagé **avant la conclusion du contrat**, le contrat ne pouvant être formé qu'à l'issue de cette **période de décantation** (**loi** du 3 janvier 1967 relative aux ventes de logement, **loi** du 12 juillet 1971 relative au contrat d'enseignement par correspondance, **lois** du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 relatives à certaines opérations de crédit...). Mais ces hypothèses sont **limitativement définies** par la **loi** et ne concernent pas les prestations de services des **professions libérales**.*

*Il est vrai également que, s'agissant d'une **intervention de chirurgie esthétique**, qui n'est pas imposée par un **caractère d'urgence** ou de **danger immédiat** pour le patient, le patient doit avoir une **information totale** et être en mesure de donner un **consentement éclairé**. La **jurisprudence** tant **administrative** que **judiciaire** donne une très grande portée à l'**obligation d'information** en matière de **chirurgie esthétique**. L'**obligation d'information** est **renforcée** dans la mesure où elle est étendue à **tous les risques**, risques **normalement prévisibles**, mais également risques **exceptionnels** (v. **Cass. 1re civ. 22 septembre 1981**, Bull. cass. I, n° 268 ; **Cass. 1re civ. 14 janvier 1992**, Bull. cass. I n° 16 ; V. également **CE 15 mars 1996, Mlle Durand c/ CHU de Nîmes**, Lebon p. 85). Il n'est dès lors pas **illogique** de laisser au patient un **délai de réflexion** pour s'assurer que son **consentement** est **réellement éclairé**.*

*Mais pour autant, le fait d'imposer un **délai** de quinze jours **avant la formation d'un contrat porte atteinte à la liberté contractuelle** puisqu'il fait obstacle à la **formation instantanée** du contrat. Or **seul le législateur est compétent** pour apporter des **limitations** à la **liberté contractuelle**. Ainsi que l'a jugé le **Conseil d'Etat**, la **liberté contractuelle** est un **principe général du droit** (**CE 20 janvier 1989, Sté Berry-Loire**, Lebon p. 26) et, en toute hypothèse, un des **principes fondamentaux** du régime des **obligations civiles et commerciales** au sens de l'article **34** de la **Constitution**, dont la **mise en oeuvre** appartient donc au **seul législateur** (**CE Sect. 3 octobre 1980, Fédération française des professionnels immobiliers et commerciaux,** Lebon p. 348). Si le **Conseil constitutionnel** considère que la liberté contractuelle n'est pas de niveau constitutionnel (déc. n° 94-348 DC du **3 août 1994**, Rec. p. 117 ; déc. n° 97-388 DC du **20 mars 1997**, Rec. p. 31), il estime comme le **Conseil d'Etat** qu'elle fait partie des **principes fondamentaux** du régime des **obligations civiles et commerciales** dont la détermination est réservée au **législateur** (déc. n° 84-137 L du **4 juin 1984**, Rec. p. 113). Aussi, lorsqu'il est **dérogé** à la **liberté contractuelle** par une **disposition législative**, le juge interprète-t-il **strictement** cette disposition afin d'en **limiter la portée** à ce qui est très exactement prévu. La section du contentieux s'est ainsi tout récemment refusée à considérer qu'une disposition législative interdisant les **clauses d'irresponsabilité** pouvait être interprétée comme interdisant les **clauses aménageant** ou **limitant** la responsabilité du cocontractant (**CE Sect. 28 janvier 1998, Sté Borg-Warner**, à paraître au Lebon).*

*Dans ces conditions, l'institution d'un **délai de réflexion** de quinze jours supposait que le **législateur** ait **préalablement autorisé** qu'il soit porté **atteinte** à la **liberté contractuelle**. A défaut d'une telle **habilitation**, qui ne peut trouver son fondement ni dans l'article **L. 113-3** du Code de la consommation ni dans **aucune autre disposition** du même code, l'arrêté est **entaché d'incompétence** en tant qu'il a imposé le respect d'un tel délai.*

2-3 - Le dernier moyen est tiré de ce que l'arrêté aurait pour effet d'assujettir les prestations effectuées par les praticiens qui effectuent des actes médico-chirurgicaux à visée esthétique à la taxe sur la valeur ajoutée, en violation de l'article 261 du Code général des impôts.

De fait, l'article 2 de l'arrêté indique que le devis doit préciser le décompte détaillé, en quantité et en prix, de chaque prestation et produit nécessaires à l'acte prévu, la somme globale à payer TTC et la durée de validité de l'offre. La mention de « la somme globale à payer TTC » paraît ne pas être conforme avec l'article 261 du Code général des impôts, qui indique que sont exonérés de la TVA les soins dispensés aux personnes par les membres de professions médicales et paramédicales réglementées, ainsi que les frais d'hospitalisation et de traitement, y compris les frais de mise à disposition d'une chambre individuelle, dans les établissements de santé privés titulaires de l'autorisation mentionnée à l'article L. 712-8 du Code de la santé publique. Mais l'arrêté nous paraît pouvoir être interprété dans le sens que l'obligation de mentionner la TVA concerne les produits et dispositifs nécessaires à l'acte prévu et non l'acte médical lui-même. L'arrêté n'a dès lors pas pour effet de soumettre illégalement à la TVA les soins dispensés par les médecins spécialisés en chirurgie esthétique.

*Et par ces motifs nous concluons : - à l'**annulation** de l'arrêté du 17 octobre 1996 en tant qu'il impose un **délai de réflexion** de quinze jours ; - et au rejet du surplus des conclusions des requêtes.*

(**Conclusions** de **Madame Christine MAUGÜE**, Commissaire du gouvernement sous **CE, 1ère et 4ème sous-sections réunies, 27 Avril 1998**, n°184473, 184557).

*

L e **Code civil** consacre (article **1102**) et encadre (articles **1162** et **1163**) la **liberté contractuelle**. Elle est **tout** ce que les **parties contractantes** peuvent **stipuler** qui ne contrevienne à **l'ordre public** ni par le **contenu obligationnel** ni par le **but** du **contrat**.

Article **1102** :

« *Chacun est **libre de contracter** ou de **ne pas contracter**, de **choisir son cocontractant** et de **déterminer le contenu** et la **forme** du **contrat** dans les **limites** fixées par la **loi**.*

*La **liberté contractuelle** ne permet pas de déroger aux **règles** qui intéressent l'**ordre public**.* »

Article **1162** :

« *Le **contrat** ne peut déroger à **l'ordre public** ni par ses **stipulations**, ni par son **but**, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* »

Article **1163** :

« *L'**obligation** a pour **objet** une **prestation présente** ou **future**.*

*Celle-ci doit être **possible et déterminée** ou **déterminable**.*

*La **prestation** est **déterminable** lorsqu'elle peut être **déduite du contrat** ou par **référence** aux **usages** ou aux **relations antérieures** des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.* »

Les textes susvisés font écho à la **prohibition générale** formulée par l'article **6** du Code civil :

« *On ne peut **déroger**, par des **conventions particulières**, aux **lois** qui intéressent l'**ordre public** et les bonnes moeurs.* »

*

La référence doctrinale à la **théorie générale de l'obligation** est, dès lors, **pertinente** :

« ***Deux principes fondamentaux** sont à la base d'une **théorie générale de l'obligation** ; c'est d'eux qu'il faut partir pour aboutir à la classification étudiée : d'une part, le **principe de la force obligatoire de la loi et du contrat** ; d'autre part, le **principe que l'on n'est pas tenu au-delà de ce à quoi on est obligé par la loi ou par le contrat**.* (…) »

(…)

(**Professeur Henri MAZEAUD**, Essai de classification des obligations, RTD civ. 1936, § 37, pp. 33).

*

Le **contrat de courtage** se définit « *L'opération par laquelle un **intermédiaire** met en relation deux personnes en vue de la **conclusion d'un contrat**.* » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, Quadrige, 13° édition Janvier 2020, v°COURTAGE, p. 279).

S'agissant, sauf **exceptions** (v. notamment les **courtiers de fret fluvial** prévus par l'article **4** de la **loi** n°94-576 du 12 Juillet 1994 relative à l'exploitation commerciale des voies navigables et le **décret** n°96-488 du 31 Mai 1996 relatif à l'exercice de la profession de courtier de fret fluvial ; les **courtiers de marchandises assermentés** réglementés par les articles **L. 131-12 et s.** et **R. 131-1 et s.** du Code de commerce), d'une **activité libre** (à laquelle la **loi** n'a pas apporté de **limitations substantielles particulières**), seul le **législateur** avait la **compétence** pour restreindre la **liberté contractuelle** de l'**avocat** en lui interdisant, pour des **raisons impérieuses d'intérêt général**, de conclure avec un **courtier** un contrat ayant pour objet l'**apport d'affaires**. La **déontologie** de l'avocat, de nature **réglementaire**, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de limiter une **liberté** laissée **intacte** par le **législateur**.

S'il devait être **explicité** (comme se projetant dans une **situation concrète**) au vu de l'interprétation et de l'application que peuvent en faire les décisions de justice, l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat se lirait de la façon suivante :

« ***Toute clause** d'un contrat conclu par un **avocat** et ayant pour objet ou pour effet de **rémunérer un apporteur d'affaires** est **réputée illicite**, comme **contraire à l'ordre public** et aux **principes essentiels de la profession***. »

En d'autres termes, ce texte réglementaire interdit le **courtage d'affaires juridiques**, contrat qui a pour objet d'établir un **lien** entre un **avocat** et des **clients potentiels** (**prospects**), la **rémunération** du **courtier** n'étant due qu'en cas de demande de **consultation juridique** ou de conclusion d'un **mandat** de **représentation** et d'**assistance en justice**.

Or, la prestation du **courtier** se borne à **mettre en relation** deux **acteurs économiques**, en l'occurrence un **avocat** et une personne ayant un besoin de **conseil juridique** ou **d'assistance/représentation en justice**, **sans participer**, d'aucune manière, à la **consultation juridique** ni à la **défense** de l'intéressé. Le **courtier** est un **facilitateur** de la **relation contractuelle** qu'**aucune règle de droit n'interdit**. Sans son intervention, l'**avocat** pourrait **contracter** de la même manière avec la personne qui le sollicite. Son **intermédiation** a pour objet d'**accélérer** le **processus contractuel**, pour, d'une part, un **accès plus rapide et pertinent** aux **prestations de l'avocat** et, d'autre part, une **rentabilité augmentée** de celles-ci. Il est rappelé, à cet égard, qu'aux termes de l'article **6, alinéa 1er** du **décret** précité, « *La **profession d'avocat** concourt à **l'accès à la justice** et **au droit**.* ».

Ainsi, rémunérer un **courtier** ne rend compte, dans le principe, d'**aucune atteinte à l'ordre public**, au sens des articles **1102** et **1162** du Code civil précités, dès lors que le **contrat de courtage** respecte les **principes essentiels** de la profession, notamment la **dignité**, l'**indépendance** et la **probité**, qui sont au cœur du **serment de l'avocat** (article **3, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines profession judiciaires et juridiques), ainsi que le **secret professionnel**, **principes** que précisent les articles **1er** à **5** (**Titre 1er**) du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

…/...

Dans ces conditions, **nul juge** ne pourrait légalement prononcer la **nullité** dudit **contrat de courtage** sans établir l'absence de l'une des trois conditions **limitativement énumérées** par l'article **1128** du même Code, savoir « ***1°*** *Le* ***consentement*** *des parties ;* ***2°*** *Leur* ***capacité de contracter*** *;* ***3°*** *Un* ***contenu licite*** *et* ***certain***. ».

L e **contrat de courtage** n'est pas **nul** du seul fait que son **objet** est d'**optimiser** le **fonctionnement** du **cabinet** d e **l'avocat**, dans un contexte de **très forte concurrence** (plus de **70000 avocats** en **France** en **2021**) et de permettre un **accès rapide** à l'**information juridique**, ainsi qu'à la **défense en justice**.

En outre, seule la **loi** pourrait, le cas échéant, pour des **raisons impérieuses d'intérêt général**, **limiter** la **capacité de contracter** des **avocats**, laquelle est, en vertu de l'article **1145, alinéa 1er** du Code civil, **entière**, en l'absence de disposition législative contraire :

« ***Toute personne physique peut contracter*** *sauf en cas d'****incapacité*** *prévue par la* ***loi****.*
(…) »

*

Il est à observer, de surcroît, qu'une **loi** a été rendue nécessaire pour **restreindre** l a **liberté** de **stipuler**, dans un **contrat de collaboration** ou de **travail** conclu entre **deux avocats**, une **clause limitant** la **liberté d'établissement ultérieure** du collaborateur ou du salarié :

« (…) *Le* ***contrat de collaboration*** *ou le* ***contrat de travail*** *ne doit pas comporter de* ***stipulation limitant*** *la* ***liberté d'établissement ultérieure*** *du collaborateur ou du salarié.*
(…) »
(article **7, alinéa 5** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

*

Par ailleurs, le **décret** attaqué ne peut être regardé comme ayant été pris sur le fondement 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, ni d'**aucune autre disposition législative**, dès lors que la **loi n'a nullement interdit** à un avocat de **contracter** avec un **courtier rémunéré** en considération des affaires qu'il lui apporte. Seules la **publicité** et la **sollicitation personnalisée** ont fait l'objet d'une **réglementation** par la **loi** :

« (…)
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****.*
(...) ».

On ne voit pas, dans ces conditions, pour quelle raison le **pouvoir réglementaire autonome** serait **compétent** pour **vider de sa substance** la **liberté contractuelle** au motif que la qualité d'**avocat** serait **radicalement incompatible** avec celle de **partie** à un **contrat de courtage**, ce que **nulle disposition législative** n'a prévu.

*

En **interdisant**, par l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, de **façon générale** et **absolue**, aux **avocats** de recourir aux **services rémunérés** d'un **courtier**, **apporteur d'affaires**, le **Premier ministre**, en **l'absence de disposition législative habilitant le gouvernement** à édicter des **mesures** destinées à **annihiler** la **capacité de contracter** des **avocats** ou réputant **illicite** le **contenu** d'un **contrat de courtage**, **a méconnu l'étendue de sa compétence**.

Cette **disposition réglementaire** devra, partant, être **abrogée**.

*

II-C-M-1-b/ L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 5 DU DECRET N°2005-790 DU 12 JUILLET 2005 RELATIF AUX REGLES DE DEONTOLOGIE DE LA PROFESSION D'AVOCAT : LE DEFAUT DE CONSULTATION OBLIGATOIRE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

Aux termes de l'article**L. 462-2** du Code de commerce :

« *L'Autorité est* ***obligatoirement consultée*** *par le Gouvernement sur* ***tout projet de texte réglementaire*** *instituant un* ***régime nouveau*** *ayant* ***directement pour effet*** *:*

1° De soumettre ***l'exercice d'une profession*** *ou l'accès à un marché à des* ***restrictions quantitatives*** *;*

2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ;

3° D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. »

*

L'**interdiction** du **courtage d'affaires juridiques** a **nécessairement** et **directement** pour effet de **réduire le chiffre d'affaires** des avocats désirant y recourir.

Le **Gouvernement** avait, partant, l'obligation en vertu de l'article **L. 462-2, 1°** du Code de commerce de soumettre le projet de de décret créant ***ex nihilo*** cette interdiction à l'**Autorité de la concurrence**.

En omettant d'accomplir cette **formalité obligatoire**, préalable à l'édiction du règlement, le **Premier ministre** a entaché l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat d'un **vice de procédure** le vouant à **l'abrogation**.

*

II-C-M-2 L'ILLEGALITE INTERNE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 5 DU DECRET N°2005-790 DU 12 JUILLET 2005 RELATIF AUX REGLES DE DEONTOLOGIE DE LA PROFESSION D'AVOCAT : L'INTERDICTION DE LA REMUNERATION DE L'APPORTEUR D'AFFAIRES EST CONTRAIRE AU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET CONDUIT A UN ABUS DE POSITION DOMINANTE

Les développements qui suivent sont présentés, notamment pour le cas où ***de lege ferenda*** une **loi** viendrait compléter l'article **3 bis, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques d'un énoncé relatif au **courtage d'affaires juridiques**, dans les termes suivants :

« *Dans les* ***conditions fixées par décret en Conseil d'Etat****, l'avocat est autorisé à recourir à la* ***publicité****, à la* ***sollicitation personnalisée****, ainsi qu'au* ***courtage d'affaires juridiques****, qu'il soit* ***apporteur*** *ou* ***rémunérateur d'affaires****. Est* ***interdite*** *la* ***rémunération*** *du* ***courtier*** *en fonction du* ***résultat procuré*** *ou du* ***service rendu*** *par l'****avocat*** *à son* ***client****.* »

En toutes hypothèses, se font jour :

1.-/ La **violation** de l'article **24** 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 2006/123/CE** ») (**II-C-M-2-a**).

2.-/ L'**abus de position dominante** (**II-C-M-2-b**).

*

II-C-M-2-a/ LA VIOLATION DE L'ARTICLE 24 DE LA DIRECTIVE 2006/123/CE

On rappelle opportunément, dans cet ordre d'idées, que par **arrêt** rendu le 09 Novembre 2015 le **Conseil d'Etat** a annulé le **deuxième alinéa** de 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** n°2014 du 28 Octobre 2014 relatif aux modes de communication des avocats, comme étant **incompatible** avec l'article **24** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du 12 Décembre 2006 « ***en tant qu'il n'exclut pas*** *du* ***renvoi*** *qu'il fait au* ***décret*** *du 25 août 1972 l'article* ***2*** *de ce décret.* », aucune « ***raison impérieuse d'intérêt général*** (ne) *justifiant une telle* ***interdiction générale*** *faite aux avocats de recourir à la* ***publicité*** *dans les modes de communication mentionnés ci-dessus* (« *par voie de* ***tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques*** *ou* ***télévisées****.* ») (**CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 09 Novembre 2015**, rectifié par **ordonnance n°386296** du **23 Novembre 2015**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre**, n°386296).

Aux termes 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 (JOUE 27 Décembre 2006, L 376/36) :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :
(…)

1 2) '**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**.

(…) »

Quant à l'article **2 4** de ladite **directive** (« **Communications commerciales des professions réglementées** »), il dispose :

« 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**. »

Le **courtage d'affaires juridiques** est, rapporté aux **avocats**, la **synthèse** de la **publicité** et de la **sollicitation personnalisée**. Il est une **sollicitation personnalisée augmentée** en ce sens qu'il **personnalise** et **contractualise** la **démarche promotionnelle**, à l'origine **unilatérale**, en introduisant **un tiers professionnel** dans la **sollicitation personnalisée** (**marketing direct**), qui se **transforme**, de la sorte, en un **rapport contractuel tripartite** (**marketing médiat**) par l'**intermédiation** du **courtier**. Celui-ci s'intercale entre l'avocat et le consommateur d'informations et services juridiques. Le **courtage** est, au sens et pour l'application 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, une « (…) **forme** de **communication** destinée à **promouvoir**, directement (…), les **services** ou l'**image** (…) d'une **personne** (…) exerçant une **profession réglementée**. (…) ».

Le **courtage d'affaires juridiques** ne saurait, dès lors, constituer une **simple modalité** de la **sollicitation personnalisée** en raison de la **modification substantielle** du **rapport juridique** entre l'**avocat** et son **client potentiel** que produit l'**intermédiation** du **courtier**. Sa **vocation proactive** (**provoquer la rencontre** entre l'**avocat** et le **consommateur de droit**) le distingue, également, de la simple **publicité**.

Dans cet ordre d'idées, la **Cour de justice de l'Union européenne** a eu l'occasion de juger que le **démarchage** ou **sollicitation personnalisée** est une **forme à part entière** de **communication commerciale** (et non pas une simple **modalité** de la **publicité**) et qu'est **contraire** au **droit de l'Union**, notamment à l'article **24 § 1** de la **directive** susvisée, visant à promouvoir la **liberté d'établissement** et la **liberté de circulation des services** et réaliser un **marché intérieur**, **libre** et **concurrentiel** « (…) ***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***. (…) » :

« (…)
*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.*
(…)

*33 Dès lors, ainsi que le soutient le gouvernement néerlandais, la **communication commerciale** comprend non seulement la **publicité classique**, mais également **d'autres formes de publicité** et de **communications d'informations** destinées à **engager de nouveaux clients**.*

*38 Il résulte de ces éléments que le **démarchage** constitue une **forme de communication d'informations** destinée à **rechercher de nouveaux clients**.*

(…)

*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 c/ Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique**, affaire C-119/09, **§§ 29**, **30**, **33** et **38**).

On en déduit, en application de l'article **24** de la **directive** précitée :

1°) Que le recours aux **services rémunérés** d'un **courtier en affaires juridiques** ne peut être **totalement interdit** par la **législation** et la **réglementation nationale** en tant que **forme à part entière** de **communication commerciale**.

2°) Que les **règles professionnelles** visant à assurer le respect de « *l'**indépendance**, la **dignité** et l'**intégrité** de la profession ainsi que le **secret professionnel*** » ne peuvent prévoir que des **interdictions relatives** au **contenu** ou aux **modalités** du **courtage d'affaires juridiques** et doivent être « ***non discriminatoires**, justifiées par une **raison impérieuse d'intérêt général** et **proportionnées***. ».

*

I.-/ En l'occurrence, l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, dans son **expression littérale**, **interdit totalement** la **rémunération d'apports d'affaires** et, partant, **prohibe** de **façon générale et absolue** le **recours** par les **avocats** aux **services rémunérés** de **courtiers**, le **courtage** étant l'une des **formes** de **communication commerciale**. Cette disposition réglementaire est, donc, **manifestement incompatible** avec l'article **24 § 1** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen et du Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

II.-/ Subsidiairement, devrait se poser, à propos de l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, avant de décider de l'**exclure** de l'**ordonnancement juridique national**, la **question préalable** de son **interprétation conforme** au **droit de l'Union européenne** (c'est dire **lu** et **compris** tel qu'il soit conforme au **droit** de l'**Union européenne**).

Il ne s'agit pas, pour les **autorités nationales compétentes**, en ce compris les **juridictions**, d'une **simple faculté**, mais d'une **véritable obligation** (**CJUE, Grande Chambre, 24 Juin 2019, Daniel Adam POPLAWSKI**, affaire C-573/17).

Celle-ci implique nécessairement qu'un **texte national** ne puisse être écarté en son application, s'il est jugé **incompatible** avec la **norme supranationale**, que si toute **interprétation conforme** se révèle impossible, parce qu'elle conduirait à une **interprétation *contra legem***.

Seul, le **conflit irréductible de normes** dont la **dénaturation** est le **témoin ultime**, justifie que la **norme nationale** soit écartée en son application à l'espèce particulière.

Dès lors, en considérant que le texte critiqué puisse, en l'occurrence, recevoir une **interprétation conforme** au **droit** de l'**Union européenne**, on devrait en tirer :

1°) Que n'est pas interdit, **dans le principe**, aux **avocats** le recours aux **services rémunérés d'un courtier**,

2°) à condition que le **contrat de courtage d'affaires juridiques** respecte les **principes essentiels** de la profession d'avocat, notamment « *l'**indépendance**, la **dignité** et l'**intégrité** de la profession ainsi que le **secret professionnel*** ».

Il doit être rappelé, dans cet ordre d'idées que le **Code de commerce**, notamment son article **L. 110-1, 7°**, par lequel il débute, répute **acte de commerce** « (…) *Toute opération de* (…) ***courtage*** (…) ».

Or, aux termes de l'article **111** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat :

« *La profession d'avocat est **incompatible** :*
*a) Avec **toutes les activités** de **caractère commercial**, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée ;*
(…) »

La **dérogation nouvelle** à la **règle d'incompatibilité** sus-énoncée concerne, selon l'**alinéa 4** de l'article **111** du **décret** précité, ajouté par l'article **4** du **décret** n°2016-882 du 29 Juin 2016 relatif à l'exercice de la profession d'avocat sous forme d'entité dotée de la personnalité morale autre qu'une société civile professionnelle ou qu'une société d'exercice libéral ou de groupement d'exercice régi par le droit d'un autre Etat membre de l'Union européenne (JORF 30 Juin 2016, Texte 60 sur 196), « *pris pour l'application de l'article 63 de la loi no 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.* » et entré en vigueur le 1er Juillet 2016,

« (…) *la **commercialisation**, **à titre accessoire**, de **biens** ou de **services connexes** à **l'exercice de la profession d'avocat** si ces **biens** ou **services** sont destinés à des **clients** ou à **d'autres membres de la profession***. », à charge pour l'**avocat** qui en ferait usage, ainsi que le prescrit **l'alinéa 5** dudit article, d'en **informer** « (…) *par écrit, le **conseil de l'ordre** du barreau dont il ou elle relève dans un délai de **trente jours** suivant le début de l'activité concernée. Le conseil de l'ordre peut lui demander tous **renseignements** ou **documents utiles** pour lui permettre d'apprécier si une telle activité est **compatible** avec les **règles de déontologie** de la profession.* »

Ainsi, la **Cour de cassation** a-t-elle pu juger, sous l'empire du **texte originel** en vigueur du 1er Janvier 1992 au 1er Juillet 2016, qu'était **étrangère** « *à **l'exercice normal** des **activités d'avocat*** » l'exécution du **contrat de courtage**, eu égard aux « ***caractéristiques inhabituelles** et* (au) ***mobile spéculatif marqué** de cette opération* (…) » :

« (…)
Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel a, à bon droit, estimé que l'examen des garanties auquel M. Y... avait procédé s'inscrivait dans le cadre de l'exécution du contrat de courtage, dès lors qu'en tant que courtier, il se trouvait tenu d'assurer l'exactitude des renseignements et le sérieux des conditions concernant l'opération financière envisagée ; qu'en soulignant les caractéristiques inhabituelles et le mobile spéculatif marqué de cette opération, elle a implicitement mais nécessairement considéré que M. X... ne pouvait en ignorer le caractère étranger à l'exercice normal des activités d'avocat ; qu'elle en a exactement déduit que les manquements retenus à l'encontre de M. Y... n'entraient pas dans le champ de la garantie professionnelle collective et ainsi a légalement justifié sa décision du chef critiqué ;
(…) »
(**Cass. 1° Civ., 15 Mars 2005**, n°03-17.835).

Cette solution ne pourrait, aujourd'hui, être maintenue compte tenu des modification apportées à l'article **111** du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, lequel, depuis le 1er Juillet 2016 **autorise expressément**, comme susdit, « (…) *la **commercialisation**, **à titre accessoire*** (…) *de **services connexes** à **l'exercice de la profession d'avocat** si ces* (…) ***services** sont destinés à des **clients** ou à **d'autres membres de la profession***. ».

Plus aucun obstacle de droit ne subsiste, dès lors, à la conclusion et l'exécution d'un **contrat de courtage** entre **plusieurs avocats**, y compris **hors des frontières hexagonales**, pouvant avoir pour objet de **recommander des clients** auprès de tel cabinet, en fonction de ses **compétences spécifiques**.

Cette opération ne saurait, en conséquence, être qualifiée de **dichotomie**, définie comme la « ***Connivence prohibée** entre deux membres d'une profession libérale.* » (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, Quadrige, 13è édition Janvier 2020, v° DICHOTOMIE, page 342).

Dans ces conditions, l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, dont la rédaction n'a pas varié depuis son entrée en vigueur (17 Juillet 2005), ne peut, sauf **dénaturation** du texte, dès lors qu'il n'exclut pas de son champ d'application notamment « (…) *la **commercialisation**, **à titre accessoire*** (…) *de **services connexes** à **l'exercice de la profession d'avocat*** (…) *destinés à des **clients** ou à **d'autres membres de la profession***. » et conformes aux **principes essentiels de la profession**, être **interprété** comme n'interdisant pas le recours par les avocats aux **services rémunérés** d'un **courtier**, qu'il ait ou non la qualité d'**avocat**.

Il résulte de ce qui précède que la **réglementation critiquée** interdit **totalement** une **forme de communication commerciale** et relève, de ce fait, du champ d'application de l'article **24, paragraphe 1**, de la **directive 2006/123**. Elle est, dès lors, **incompatible avec cette directive** et ne peut être justifiée en vertu de l'article **24, paragraphe 2**, de ladite **directive**, même si l'examen de la disposition réglementaire en cause avait révélé qu'elle est **non discriminatoire**, fondée sur une **raison impérieuse d'intérêt général** et **proportionnée**.

*

De lege ferenda, l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat pourrait être remplacé par la disposition suivante :

« *Dans le respect des **principes essentiels de la profession**, tels que rappelés au **Titre Ier** du présent décret, l'**avocat** est autorisé à recourir aux **services rémunérés** d'un **courtier d'affaires juridiques**, pouvant lui-même avoir la qualité d'**avocat**. La **rémunération** du **courtier** prend la forme d'un **forfait** librement fixé par les parties, à l'exclusion de **tout intéressement** au **service rendu** ou au **résultat procuré** par l'**avocat prestataire** à son **client**.* »

*

II-C-M-2-b/ L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Le **Conseil d'Etat** a, depuis une vingtaine d'années, clairement pris position en faveur de l'application du **droit de la concurrence** aux **mesures de police** :

« (…)

*1/ Dès lors que l'exercice de **pouvoirs** de **police administrative** est susceptible d'**affecter des activités** de **production**, de **distribution** ou de **services**, la circonstance que les **mesures de police** ont pour objectif la **protection de l'ordre public** ou, dans certains cas, la **sauvegarde des intérêts spécifiques** que l'administration a pour mission de protéger ou de garantir **n'exonère pas** l'autorité investie de ces **pouvoirs de police** de l'**obligation** de prendre en compte également la **liberté du commerce et de l'industrie** et les **règles de concurrence**. Il appartient au **juge de l'excès de pouvoir** d'apprécier la **légalité** de ces **mesures de police administrative** en recherchant si elles ont été prises compte tenu de **l'ensemble de ces objectifs** et de ces **règles** et si elles en ont fait, en les **combinant**, une **exacte application**.*

(…)

*3/ Si la **réglementation locale de l'affichage** en **zone de publicité restreinte** ne peut légalement avoir par elle-même pour **objet** de créer une **position dominante** sur un **marché pertinent**, elle peut avoir un tel **effet**, notamment par la **limitation du nombre des emplacements d'affichage**. Toutefois la création d'une **position dominante** par l'effet de la réglementation locale de l'affichage en zone de publicité restreinte n'est **incompatible** avec le respect des dispositions relatives à la **concurrence** que si cette **réglementation** conduit **nécessairement** à **l'exploitation** de la **position dominante** de **manière abusive**. Il résulte de ce qui précède qu'il appartient au maire, lorsqu'il **réglemente** la publicité sur le territoire de sa commune, de veiller à ce que les **mesures de police** prises par lui ne portent aux **règles de concurrence** que les **atteintes justifiées** au regard des **objectifs** de la réglementation de l'affichage.*

(…) »

(**CE, Section, Avis contentieux du 22 Novembre 2000**, n°223645).

*

Ainsi qu'elle l'annonce elle-même, dans ses **deuxième** et **cinquième considérants**, la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen et du Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, comme l'a jugé la **Cour de justice de l'Union européenne**, dans l'arrêt précité, « (…) *vise à **éliminer les restrictions** à la **liberté d'établissement** des **prestataires** dans les **États membres** et à la **libre circulation des services** entre les **États membres**, afin de contribuer à la réalisation du **marché intérieur libre et concurrentiel**.* (…) » :

« (…)

*25 Afin de vérifier si l'article **24** de la **directive 2006/123,** et notamment son paragraphe 1, a vocation à **proscrire une interdiction de démarchage** telle que celle prévue par la réglementation nationale en cause au principal, il convient d'interpréter ladite disposition en se référant non seulement à son **libellé**, mais aussi à sa **finalité** et à son **contexte** ainsi qu'à l'**objectif** poursuivi par la réglementation en cause.*

*26 À cet égard, il ressort des **deuxième** et **cinquième considérants** de cette **directive** que celle-ci vise à **éliminer les restrictions** à la **liberté d'établissement** des **prestataires** dans les **États membres** et à la **libre circulation des services** entre les **États membres**, afin de contribuer à la réalisation du **marché intérieur libre et concurrentiel**.*

*27 La **finalité** de l'article **24** de ladite directive est précisée au **centième considérant** de celle-ci, considérant en vertu duquel il convient de **mettre fin aux interdictions totales** des **communications commerciales** pour les **professions réglementées** qui, de manière générale et pour une profession donnée, interdisent une ou plusieurs formes de communication commerciale, notamment toute publicité dans un **média donné** ou dans **certains d'entre eux**.*

(…)

*43 Cette conclusion est conforme à l'objectif de ladite directive qui consiste, ainsi qu'il a été rappelé au point **26** du présent arrêt, à **éliminer les obstacles** à la **libre prestation des services entre les États membres**. En effet, une **réglementation** d'un État membre interdisant aux experts-comptables de procéder à tout acte de démarchage est susceptible d'**affecter davantage les professionnels provenant d'autres États membres**, en les privant d'un **moyen efficace** de **pénétration du marché national en cause**. Une telle **interdiction** constitue, dès lors, une **restriction à la libre prestation des services transfrontaliers** (voir, par analogie, arrêt du 10 mai 1995, Alpine Investments, C-384/93, Rec. p. I-1141, points 28 et 38).*

(…) »

(**CJUE, Grande chambre, 05 Avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise c/ Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique**, affaire C-119/09, **§§ 25** à **27** et **43**).

*

Une **réglementation nationale**, tel l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat qui **interdit** la **rémunération d'apports d'affaires** conduit à **pénaliser** les avocats ayant acquis leur qualification professionnelle dans un autre Etat membre que la France et souhaitant prester en France (**directive 77/249/CEE** du 22 Mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats) ou s'établir en France sous leur titre d'origine (**directive 98/5/CE 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).

Il tombe, en effet, sous le sens qu'un avocat n'ayant pas encore exercé en France aura plus de difficultés à se faire connaître du public s'il ne peut pas recourir à des procédés de **communications commerciales** autres que la **publicité** ou la **sollicitation personnalisée**, qui ne garantissent pas l'**apport effectif d'affaires nouvelles** au même degré que le **courtage d'affaires juridiques**, contrat pouvant stipuler que la **rémunération** n'est due au **courtier** que si la **relation est nouée** entre l'**avocat** et le **client prospecté**.

Ainsi que l'a jugé la **Cour de Luxembourg**, « (…) *Une telle **interdiction** constitue, dès lors, une **restriction à la libre prestation des services transfrontaliers** (voir, par analogie, arrêt du 10 mai 1995, Alpine Investments, C-384/93, Rec. p. I-1141, points 28 et 38)* (…) » **CJUE, Grande chambre, 05 Avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise c/ Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique**, affaire C-119/09, **§ 43**).

*

Dans ces conditions, l'application de l'article **10, alinéa 5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat crée un **risque** d'**abus de position dominante** au profit des **avocats déjà installés en France**, qui n'éprouveraient pas le besoin de recourir à des procédés de **communication commerciale**, comme la **publicité**, la **sollicitation personnalisée** ou le **courtage d'affaires juridiques**.

Ce texte devra, partant, être **abrogé**.

*

II-C-N/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 19 DU DECRET N°2005-790 DU 12 JUILLET 2005 RELATIF AUX REGLES DE DEONTOLOGIE DE LA PROFESSION D'AVOCAT

Aux termes de l'article **19** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat :

« *Sauf **accord préalable** du **bâtonnier**, l'avocat qui accepte de **succéder** à un confrère ne peut **défendre** les intérêts du client **contre son prédécesseur**.*

*Le nouvel avocat s'efforce d'obtenir de son client qu'il règle les sommes restant éventuellement dues à un confrère précédemment saisi du dossier. S'il reçoit du client un paiement alors que des sommes restent dues à son prédécesseur, il en informe le **bâtonnier**.*

*L'avocat qui succède à un confrère intervenant au titre de l'**aide juridictionnelle** ne peut réclamer des **honoraires** que si son client a **expressément renoncé** au bénéfice de celle-ci. Il **informe** auparavant son client des **conséquences** de cette **renonciation**. En outre, il **informe** de son **intervention** son **confrère** précédemment mandaté, le **bureau d'aide juridictionnelle** et le **bâtonnier**.*

*Les difficultés relatives à la rémunération de l'avocat initialement saisi ou à la restitution par ce dernier des pièces du dossier sont soumises au **bâtonnier**.* »

*

1°) D'une part, chacune des **quatre occurrences** « ***bâtonnier*** » pose problème au regard du **droit** de l'avocat d'**exercer hors barreau**, puisque dans cette hypothèse **il n'existe pas de bâtonnier**.

L'article **19** du **décret** est, donc, dans son entier et ***ab initio*** **privé d'objet** en tant qu'il ne précise pas les **règles applicables** à un **avocat exerçant hors barreau**.

Il eût été opportun, à cet égard, de prévoir, comme le fait l'article **277** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, qu' « *Il est procédé comme en* ***matière civile*** *pour tout ce qui n'est pas réglé par le présent décret.* »

Dans ces conditions, ce texte devra être **abrogé** en application de l'article **L. 243-2, alinéa 1er** du Code des relations entre le public et l'administration.

2°) De deuxième part, ainsi que l'a jugé la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, le **bâtonnier** ne saurait être **légalement** autorisé par un **règlement intérieur** à entraver le « ***principe fondamental*** *de* ***liberté de choix de son avocat par le client*** *et* (le) ***libre exercice de sa mission par l'avocat*** » :

« (…)
L'article 8 bis 2 pose le ***principe général*** *de l'****interdiction*** *pour un avocat au barreau de MARSEILLE de* ***plaider contre un confrère du même barreau*** *pour quelque cause que ce soit avant de prévoir des* ***dérogations exceptionnelles*** *autorisées par le* ***bâtonnier*** *et dans l'hypothèse où le confrère concerné a donné son accord par écrit.*

En revanche le bâtonnier ne disposant que d'un pouvoir de ***conciliation****,* ***l'autorisation préalable*** *et* ***quasi discrétionnaire*** *du* ***bâtonnier*** *constitue une* ***entrave*** *au* ***principe fondamental*** *de* ***liberté de choix de son avocat par le client*** *et au* ***libre exercice de sa mission par l'avocat****, et doit dès lors être* ***annulé****.*
(…) »
(**CA Aix-en-Provence, Première Chambre D réunie en audience solennelle, n°2006/4 D, 27 Janvier 2006**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille** – RG N°05/16201, page 19/22 : **annulation** des articles **8 bis 2**, **33.1, alinéa 6** et **37** du Nouveau Règlement Intérieur du Barreau de Marseille – *pièce n°16*).

La **liberté contractuelle**, de **rang constitutionnel**, comme faisant partie des « (…) ***principes fondamentaux*** (…) *du* ***régime*** (…) *des* ***obligations civiles*** *et* ***commerciales*** (…) », au sens et pour l'application de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 (**CC, décision n°84-137 L du 04 Juin 1984** - Nature juridique des dispositions de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel contenues à son article 3 sexies, tel qu'il résulte de la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970, **§ 1**), que seul le **législateur** peut aménager (**CE, 1ère et 4ème sous-sections réunies, 27 Avril 1998**, n°184473, 184557) en raison d'**exigences constitutionnelles** ou dans l'**intérêt général**, à la condition que les limitations qui lui sont apportées soient **proportionnées** au **but d'intérêt général** poursuivi par la **loi**, comprend notamment la **liberté de choisir son cocontractant**.

On rappelle, en outre, que le **mode de régulation** d'une profession (**régime de la déclaration** / **régime de l'autorisation**) procède des **garanties fondamentales** accordées aux **citoyens** pour l'exercice des **libertés publiques**, au sens et pour l'application de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958. En conséquence, le **pouvoir réglementaire** ne saurait substituer un **régime d'autorisation** au **régime de la déclaration**, qui est celui choisi par le **législateur** pour réguler la **profession d'avocat**. Le **règlement** qui passerait outre serait **radicalement vicié d'incompétence**.

Dès lors, l'article **19, alinéa 1er** du **décret** est entaché du vice **d'incompétence** en tant qu'il subordonne à l'**autorisation du bâtonnier** la prise en charge de la défense des intérêts d'un client contre le **prédécesseur**.

Il méconnaît, en outre, les **droits de la défense**, de **rang constitutionnel** (article **16 DDH**) en privant le **justiciable** du **défenseur de son choix**.

3°) De troisième part, l'**alinéa 3** de l'article **19** susvisé doit s'interpréter comme mettant à la charge de l'avocat une **obligation d'information** d u **bureau d'aide juridictionnelle** et du **bâtonnier** seulement s'il a été **lui-même informé** par quiconque que son client bénéficiait auparavant de l'**aide juridictionnelle**, bénéfice qui **ne se présume pas**.

A défaut d'une telle **interprétation**, en ne précisant pas la **condition d'information préalable** de l'**avocat**, l'article **19, alinéa 3** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat est entaché d'**excès de pouvoir** et doit, partant, être **abrogé**.

*

II-C-O/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 232, ALINEA 1er DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Aux termes de l'article **232, alinéa 1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat :

« *L'avocat est **tenu** de **présenter sa comptabilité** à **toute demande** du **bâtonnier**.*

*Il est **tenu** de **présenter** tous **extraits nécessaires** de sa **comptabilité** lorsqu'il en est requis par le **président** du **tribunal judiciaire** ou le **premier président** de la **cour d'appel**, saisi d'une **contestation** en matière d'**honoraires** ou **débours** ou en matière de **taxe**.* »

Cependant, d'une part, de la **combinaison** des articles :

1°) 15, alinéa 4, deuxième phrase (« (…) *Le **conseil de l'ordre*** (…) *est **présidé** par un **bâtonnier** élu pour deux ans* (…) » ;

2°) 17, 9° (« (…) *Le **conseil de l'ordre*** (…) *a pour tâches, notamment* (…) ***9° De vérifier la tenue** de la **comptabilité** des **avocats**, personnes physiques ou morales* (…) » ;

3°) 19, alinéa 2 (« (…) *Peuvent également être déférées à la cour d'appel, à la requête de l'intéressé, les **délibérations** ou **décisions** du **conseil de l'ordre** de nature à **léser** les **intérêts professionnels** d'un avocat.* » ;

4°) 21, alinéa 2, première phrase (« (…) *Le **bâtonnier représente le barreau** dans tous les actes de la vie civile.* (…) »,

de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques,

il résulte que la **demande de présentation** de la **comptabilité** d'un avocat adressée par le **bâtonnier** ne procède pas d'un **pouvoir propre** de celui-ci, mais ne peut être, à l'inverse, que l'**exécution** de la **délibération** du **conseil de l'ordre** ayant cet objet. **Délibération** que l'intéressé aura la faculté de déférer, dans le délai d'**un mois**, à la **censure** de la **cour d'appel**, étant rappelé qu'en vertu de l'article **16, alinéa 6** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat « (…) *Le délai d'appel **suspend l'exécution** de la décision du conseil de l'ordre. L'appel exercé dans ce délai est **également suspensif**.* »

L'article **232, alinéa 1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat doit, partant, être lu de la façon suivante :

« *Sur **notification** de la **délibération** du **conseil de l'ordre** ayant cet **objet** et sous réserve du **droit de recours** exercé dans les conditions et formes prévues aux articles **15** et **16** du présent décret, l'avocat est tenu de présenter **sa comptabilité** à **toute demande** du **bâtonnier**.* »

D'autre part, la mission de « ***vérifier la tenue*** *de la* ***comptabilité*** *des* ***avocats*** » n'implique pas **nécessairement** le pouvoir de se faire **communiquer** des **pièces comptables nominatives**, lesquelles sont couvertes par le **secret professionnel**, dès lors qu'elles permettent de connaître l'**identité** du **client**, ainsi que le prévoit l'article **66-5, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« ***En toutes matières****, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement,* ***toutes les pièces du dossier*** *sont couvertes par le* ***secret professionnel****.*
(…) »

La disposition législative précitée trouve son prolongement nécessaire dans l'article **226-13** du Code pénal, aux termes duquel :

« *La révélation d'une* ***information à caractère secret*** *par une personne qui en est* ***dépositaire*** *soit par* ***état*** *ou par* ***profession****, soit en raison d'une* ***fonction*** *ou d'une* ***mission temporaire****, est punie d'****un an*** *d'emprisonnement et de* ***15 000 euros*** *d'amende.* »

L'article **226-14** du même Code établit une liste des **exceptions** dans laquelle ne figure pas la communication des **pièces comptables nominatives** couvertes par le **secret professionnel** de l'avocat :

« *L'article* ***226-13*** *n'est pas applicable dans les cas où la* ***loi impose*** *ou* ***autorise*** *la* ***révélation*** *du* ***secret****. En outre, il n'est pas applicable :*

1° A celui qui informe les ***autorités judiciaires****,* ***médicales*** *ou* ***administratives*** *de* ***privations*** *ou de* ***sévices****, y compris lorsqu'il s'agit d'****atteintes*** *ou* ***mutilations sexuelles****, dont il a eu* ***connaissance*** *et qui ont été infligées à un* ***mineur*** *ou à une* ***personne qui n'est pas en mesure de se protéger*** *en raison de son* ***âge*** *ou de son* ***incapacité physique*** *ou* ***psychique*** *;*

2° Au ***médecin*** *ou à* ***tout autre professionnel de santé*** *qui,* ***avec l'accord de la victime****, porte à la connaissance du* ***procureur de la République*** *ou de la* ***cellule de recueil, de traitement et d'évaluation*** *des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article* ***L. 226-3*** *du code de l'action sociale et des familles, les* ***sévices*** *ou* ***privations*** *qu'il a* ***constatés****, sur le* ***plan physique*** *ou* ***psychique****, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de* ***présumer*** *que des* ***violences physiques****,* ***sexuelles*** *ou* ***psychiques*** *de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un* ***mineur*** *ou une* ***personne qui n'est pas en mesure de se protéger*** *en raison de son* ***âge*** *ou de son* ***incapacité physique*** *ou* ***psychique****, son accord n'est pas nécessaire ;*

*3° Au **médecin** ou à **tout autre professionnel de santé** qui porte à la connaissance du **procureur de la République** une information relative à des **violences exercées au sein du couple** relevant de l'article **132-80** du présent code, lorsqu'il **estime en conscience** que ces violences mettent la **vie** de la **victime majeure** en **danger immédiat** et que **celle-ci n'est pas en mesure de se protéger** en raison de la **contrainte morale** résultant de **l'emprise** exercée par l'**auteur des violences**. Le médecin ou le professionnel de santé **doit s'efforcer** d'obtenir l'accord de la **victime majeure** ; en cas d'impossibilité d'obtenir cet accord, il doit **l'informer** du **signalement** fait au procureur de la République ;*

*4° Aux **professionnels de la santé** ou de **l'action sociale** qui informent le **préfet** et, à Paris, le **préfet de police** du **caractère dangereux** pour elles-mêmes ou pour autrui des **personnes qui les consultent** et dont ils savent qu'elles détiennent une **arme** ou qu'elles ont manifesté leur **intention d'en acquérir une**.*

*Le **signalement** aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la **responsabilité civile**, **pénale** ou **disciplinaire** de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de **bonne foi**.* »

On sait, dans cet ordre d'idées, qu'aux termes de l'article **L. 13-0 A** du **Livre des procédures fiscales** :

« *Les **agents** de l'**administration des impôts** peuvent demander **toutes informations** relatives au **montant**, à la **date** et à la **forme** des **versements** afférents aux **recettes** de **toute nature** perçues par les **personnes dépositaires** du **secret professionnel** en vertu des dispositions de l'article **226-13** du code pénal. Ils ne peuvent demander de **renseignements** sur la **nature** des **prestations fournies** par ces personnes.* »

L'article **L. 13 A** du même livre précise :

« *Le **défaut de présentation** de la **comptabilité** est constaté par **procès-verbal** que le contribuable est invité à contresigner. Mention est faite de son refus éventuel.* »

Le **Conseil d'Etat** a eu l'occasion de préciser la portée du **droit de communication** que la **loi** reconnaît aux **agents de l'administration des impôts** :

« (…)
***2.** Considérant que, bien que les **agents des services fiscaux** soient eux-mêmes tenus au **secret professionnel**, il ne saurait être **dérogé** en leur faveur, **sauf disposition législative expresse**, à la règle édictée à l'article **226-13** du code pénal ; que s'il n'appartient qu'au **juge répressif** de sanctionner les infractions aux dispositions de cet article, il incombe au **juge de l'impôt**, lorsqu'un **contribuable astreint au secret professionnel** conteste, devant lui, la **régularité** de la **procédure d'imposition** suivie à son égard, au motif que celle-ci aurait **porté atteinte à ce secret**, d'examiner le **bien-fondé** d'un **tel moyen** ;*

*que la **révélation d'une information à caractère secret** vicie la procédure d'imposition et entraîne la **décharge de l'imposition contestée** lorsqu'elle a été **demandée par le vérificateur**, en méconnaissance des dispositions de l'article **L. 13-0 A** du livre des procédures fiscales, ou que, alors même qu'elle ne serait imputable qu'au seul contribuable, elle **fonde tout ou partie de la rectification** ; que les **informations nominatives** susceptibles d'être enregistrées dans le système informatique d'une officine à l'occasion d'un achat **revêtent un tel caractère secret** lorsqu'elles se rapportent à un médicament, produit ou objet dont la vente est réservée aux pharmaciens par l'article L. 4211-1 du code de la santé publique ;*

(…) »

(**CE, 9e et 10e sous-sections réunies, 24 Juin 2015**, n°367288).

*

Il ressort des textes qui précèdent, à la lumière de la jurisprudence du **Conseil d'Etat** :

1°) Que la communication des informations couvertes par le **secret professionnel** n'est **légalement** possible que « (…) *dans les cas où la **loi impose** ou **autorise** la **révélation** du **secret**.* (…) » (article **226-14, alinéa 1er** du Code pénal) et selon une « ***disposition législative expresse*** » (**CE, 9e et 10e sous-sections réunies, 24 Juin 2015**, n°367288, **§ 2**).

2°) Que cette communication ne peut se faire qu'entre les mains de personnes **elles-mêmes tenues** au **secret professionnel**, comme le sont les **agents de l'administration des impôts**, en ce qui concerne les **pièces comptables nominatives** (**CE, 9e et 10e sous-sections réunies, 24 Juin 2015**, n°367288, **§ 2**).

Or, à aucun moment, la **loi** n'a précisé que les **membres du conseil de l'ordre** agissant sur le fondement de l'article **17, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques seraient tenus au **secret professionnel** (**secret fiscal**).

Bien que le **conseil de l'ordre** d'un barreau soit composé exclusivement d'**avocats** tenus de conserver le **secret** des informations à eux confiées par leurs **clients respectifs**, on ne tire de l'article **17, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques **aucun ordre** ni **aucune permission exprès** de la **loi** tendant à la révélation par un **avocat** à ses **concurrents** d'une information couverte par le **secret professionnel**.

Cette disposition signifie seulement que le **conseil de l'ordre** est habilité à recueillir auprès de l'avocat concerné l'**attestation** que celui-ci se conforme aux **règles comptables**, sans qu'il puisse produire aucune pièce permettant d'**identifier** ses **clients** et d'établir un **lien** avec la **nature des prestations** à eux fournies.

Rien, dans cet ordre d'idées, ne justifierait que le **conseil de l'ordre** d'un **barreau** jouisse de **prérogatives plus étendues** que celles des **agents de l'administration des impôts** dont le **droit de communication** est limité par l'article **L. 13-0 A** du **Livre des procédures fiscales** susvisé, en tant qu'il leur fait **défense** de demander aux « (…) ***personnes dépositaires*** *du* ***secret professionnel*** *en vertu des dispositions de l'article* ***226-13*** *du code pénal.*(…) » des « (…) ***renseignements*** *sur la* ***nature*** *des* ***prestations fournies*** *par ces personnes.* »

Sachant qu'en vertu de l'article **66-5, alinéa 1er** de la **loi** précitée « (…) ***toutes les pièces du dossier*** *sont couvertes par le* ***secret professionnel****.* », l'avocat devra, partant, être particulièrement circonspect s'il est sollicité par le **conseil de l'ordre** ou le **bâtonnier** du barreau au tableau duquel il est inscrit, avant de communiquer des informations ou pièces couvertes par le **secret professionnel**.

La **délibération** du **conseil de l'ordre** qui prétendrait obliger un avocat à cette communication serait contraire à l'article **226-13** du Code pénal et devrait être déférée à la censure de la **cour d'appel** par le **procureur général**, sur le fondement de l'article **19, alinéa 1er** de la **loi** susvisée, sans préjudice du **droit** de l'**avocat** concerné d'en demander, de son propre chef, **l'annulation**, à la cour, en application de **l'alinéa 2** du même texte, comme lésant ses « ***intérêts professionnels*** ».

Le recours étant **suspensif** (article **16, alinéa 6** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat), il ne serait pas possible au bâtonnier d'**exécuter** la **délibération litigieuse** pendant l'instance d'appel.

En occultant la faculté du **recours suspensif** contre la **délibération** du **conseil de l'ordre** demandant à l'intéressé la **communication** de sa **comptabilité**, l'article **232, alinéa 1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat viole le **droit constitutionnel** d'**accès à un juge**, que garantit l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) que seul le **législateur** aurait pu aménager pour des raisons impérieuses d'intérêts général, ce qu'il n'a pas fait, en l'occurrence. L'article **232, alinéa 1er** dudit **décret** est, partant, **vicié d'incompétence** et doit être **abrogé**.

De même, en ne réservant pas les **pièces comptables nominatives** couvertes par le **secret professionnel**, cette **disposition réglementaire** a méconnu le **principe d'indépendance de l'avocat** garanti par l'article **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, de même que le **secret professionnel** que l'article **66-5, alinéa 1er** de ladite **loi** attache à « (…) ***toutes les pièces du dossier*** (…) », **sans aucune exception**.

*

II-C-P/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 235, ALINEA 1er DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT : L'ILLEGALITE DE LA SUBDELEGATION DU DECRET EN CONSEIL D'ETAT AU REGLEMENT INTERIEUR DU BARREAU

L'article **235, alinéa 1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat dispose :

« *L e **règlement intérieur** du **barreau** fixe les **mesures propres** à assurer les **vérifications** prévues par l'article **17 (9°)** de la **loi** du 31 décembre 1971 précitée.*

*

Le **Conseil d'Etat** encadre strictement la faculté de **subdélégation de compétence** du **Premier ministre** :

« (…)
*Considérant que s'il appartenait éventuellement au **gouvernement**, après avoir défini avec une **précision suffisante** dans le **décret en Conseil d'Etat** les **principes** qu'il entendait retenir pour protéger, **comme le lui demandait le législateur**, l'anonymat des personnes dont les données individuelles sont ainsi recueillies, de **renvoyer à un arrêté ultérieur** le soin de **préciser**, en tenant compte éventuellement de la nature de la maladie ou de l'objectif poursuivi par la collecte, les **modalités de l'application de ces principes**, il ne pouvait **se décharger légalement** de la **mission** que lui avait confiée l'article **L. 11** précité en se bornant à **renvoyer purement et simplement** à un **arrêté ministériel** le soin de **déterminer les règles** concernant l'objet ci-dessus défini ;*

*qu'il suit de là que le premier alinéa de l'article R. 11-2 est **entaché d'excès de pouvoir** ;*

(…) »
(**CE, Ass. 30 Juin 2000, La Ligue Française pour la Défense des Droits de l'Homme et du Citoyen**, n°210412 ; dans le même sens **CE, 4ème et 1ère sous-sections réunies 12 Mai 1986**, **Association des anciens élèves de l'Institut régional d'administration de Lille**, n°62311 et, plus récemment, **CE, 4ème et 1ère chambres réunies, 19 Mai 2021, Syndicat national des agents publics de l'éducation nationale – SNAPEN** – n°430342).

Il résulte, en l'espèce, des articles **17, 9°** et **53, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, que le **législateur** a invité le **pouvoir réglementaire** à exercer ses **propres compétences**, par voie de « ***décrets en Conseil d'Etat*** » ayant pour objet de fixer « (…) *les **conditions d'application** du* (…) **titre** (**Ier** de ladite loi) », « *Dans le respect de l'**indépendance de l'avocat**, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du **caractère libéral de la profession*** (…) », en ce qui concerne les **prérogatives** du **conseil de l'ordre**, lequel « (…) *a pour **tâches**, notamment :*
(…)
« ***9°** De **vérifier la tenue de la comptabilité des avocats**, personnes physiques ou morales, et la constitution des garanties imposées par l'article 27 et par les décrets visés à l'article 53 ;*
(…) »
(article **17, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

L'article **235, alinéa 1er** dudit **décret** est entaché d'**excès de pouvoir** en tant qu'il décharge le **Premier ministre** de la mission de déterminer les **règles** relatives au **contrôle** de la **comptabilité des avocats**. Le **décret en Conseil d'Etat** devait définir avec une **précision suffisante** les **principes** qu'il entendait retenir pour **encadrer** le **pouvoir de contrôle** du **conseil de l'ordre**, comme le lui demandait le **législateur**.

Le **règlement intérieur** ne pouvait, dès lors, que préciser « *les **modalités de l'application de ces principes*** », c'est dire d'**expliciter** les **règles** présidant au **contrôle** de la **comptabilité**.

L'article **235, alinéa 1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat devra, en conséquence, être **abrogé**.

*

II-C-Q/ L'ILLEGALITE DES ARTICLES 241 ET 241-1 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT : L'ILLEGALITE DE LA SUBDELEGATION DU DECRET EN CONSEIL D'ETAT A L'ARRÊTÉ MINISTÉRIEL

Aux termes de l'article **53, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« *Dans le respect de l'**indépendance de l'avocat**, de l'**autonomie** des **conseils de l'ordre** et du **caractère libéral** de la profession, des **décrets en Conseil d'Etat** fixent les **conditions d'application** du présent titre.*

Ils présentent notamment :
(…) »
9° *Les **conditions d'application** de l'article **27** et, notamment, les **conditions** des **garanties**, les **modalités** du **contrôle** et les **conditions** dans lesquelles les avocats **reçoivent des fonds**, **effets** ou **valeurs** pour le compte de **leurs clients**, les **déposent** , sauf lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaire, dans une **caisse créée obligatoirement à cette fin** par chaque barreau ou en commun par plusieurs barreaux et en **effectuent le règlement** ;* ».

Les articles **241** et **241-1** doivent être regardés comme ayant été pris sur le fondement de l'article **53, 9°** de la **loi** précitée. Ils disposent respectivement :

Article **241** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat :

« ***Aucun retrait de fonds** du compte mentionné à l'article 240-1 ne peut intervenir sans un **contrôle préalable** de la **caisse des règlements pécuniaires des avocats** effectué selon des **modalités** définies par l'**arrêté** mentionné à l'article 241-1.*

Aucun prélèvement d'honoraires au profit de l'avocat ne peut intervenir sans l'autorisation écrite préalable du client. »

Article **241-1** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat :

« *Un **arrêté** du **garde des sceaux, ministre de la justice**, pris après avis de la commission de régulation prévue à l'article 241-3-1, fixe les **règles** applicables aux **dépôts** et **maniements des fonds, effets ou valeurs** mentionnés au **9°** de l'article **53** de la **loi** du 31 décembre 1971 précitée.* »

*

Il ressort très clairement de l'article **53, 9°** de de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques que « *les* ***modalités*** *du* ***contrôle*** *et les* ***conditions*** » des **règlements pécuniaires** des **avocats** devaient être définies par **décret en Conseil d'Etat**.

L e **législateur** a entendu, par cet **énoncé normatif**, dénué de toute ambiguïté, habiliter le **Premier ministre** e t **lui seul** – détenteur du **pouvoir réglementaire général et de police**, sous réserve de celui réservé au **Président de la République** par l'article **13** de la **Constitution** - aux fins de fixer le **détail définitif** des **règles** applicables aux **dépôts** et **maniements de fonds**, **effets** ou **valeurs** opérés par les avocats, ainsi que les différentes **formes** que pouvait adopter leur **contrôle**, sans possibilité aucune de renvoyer cette tâche à un **arrêté ministériel**.

En outre, le **pouvoir exécutif** était tributaire des termes de la **loi**, dont on tire notamment :

1°) Que le **contrôle** des « *fonds, effets ou valeurs* » reçus par les **avocats** « *pour le compte de leurs clients* » et déposés par eux à la « ***caisse*** *créée obligatoirement à cette fin par chaque barreau* (…) » ne doit pas faire obstacle à leur prérogative de **règlement** qui leur incombent **exclusivement** (article **53, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

2°) Qu'a été confiée au seul **conseil de l'ordre** – et non pas à la **CARPA** - la tâche « *De vérifier la tenue de la* ***comptabilité des avocats*** (…) » (article **17, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

Le **Premier ministre** était, donc, face à l'**alternative à deux branches** suivante :

1°) Soit, prévoir un **contrôle préalable** des **flux financiers** transitant sur le **compte CARPA**, à la condition que celui-ci n'empêche pas le **règlement pécuniaire autonome** par l'avocat titulaire du compte individuel.

2°) Soit, se résoudre à n'édicter qu'un **contrôle** ***a posteriori*** des règlements pécuniaires.

*

Il est utile de rappeler, ici, les **douze catégories de l'entendement** ou **concepts fondamentaux** ***a priori*** **de la connaissance** mis en lumière par **Emmanuel KANT** dans la **Critique de la raison pure** (Analytique des concepts, Chapitre I), réunis dans les **quatre classes** de la **Quantité**, de la **Qualité**, de la **Relation** et de la **Modalité** :

1°) QUANTITE : **Unité** ; **Pluralité** ; **Totalité** ;

2°) QUALITE : **Réalité** (**Affirmation**) ; **Négation** ; **Limitation** ;

3°) RELATION : **Substance** et **Accident** ; **Cause** et **effet** ; **Réciprocité** ;

4°) MODALITE : **Possibilité** ; **Existence** ; **Nécessité**.

Les catégories de la **Quantité** et de la **Qualité** portent sur les **objets** du **jugement**.

Celle de la **relation** sur les **rapports** entre les **objets**.

Quant à la classe de la **Modalité**, elle s'intéresse au **rapport** de l'**entendement** à ces **objets**.

Telle est la contribution à la **connaissance** des **objets** d u **jugement** qu'apporte l a **logique transcendantale** présentée par **Emmanuel KANT** :

« (…) 4. La **modalité** des jugements est une fonction tout à fait particulière, qui possède ce caractère distinctif de **ne contribuer en rien au contenu du jugement** (car en dehors de la **quantité**, de la **qualité** et du **rapport**, il n'y a plus rien qui constitue le contenu d'un jugement), mais de concerner seulement la **valeur** de la **copule**, en relation avec la **pensée en général**. Les *jugements **problématiques*** sont ceux où on admet l'**affirmation** ou la **négation** comme simplement **possibles** (il y a choix). Les jugements sont ***assertoriques***, quand **affirmation** et **négation** sont considérées comme **réelles** (**vraies**). Sont **apodictiques** ceux dans lesquels elles sont regardées comme ***nécessaires***. Ainsi, les deux jugements dont le rapport constitue le jugement hypothétique (*antecedens et consequens*), de même ceux qui par leur action réciproque forment le jugement disjonctif (membres de la division) sont-ils tous seulement problématiques.
(…) »
(**Emmanuel KANT**, ***Critique de la Raison pure***, Logique transcendantale, § 9 De la fonction logique de l'entendement dans les jugements, p. 830).

La tâche de définir « *les **modalités** du **contrôle** et les **conditions*** » des **règlements pécuniaires** des **avocats** ne consiste pas **seulement** ni **nécessairement** à prévoir « (…) *un **contrôle préalable** de la caisse des règlements pécuniaires des avocats* (…) » (article **241** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat) et certainement pas à renvoyer la fixation des « (…) ***règles** applicables aux **dépôts** et **maniements des fonds, effets ou valeurs** mentionnés au **9°** de l'article **5 3** de la **loi** d u 31 décembre 1971 précitée.* » à « *Un **arrêté** du **garde des sceaux, ministre de la justice**, pris après avis de la commission de régulation prévue à l'article 241-3-1* (…) » (article **241-1** dudit **décret**).

Le **jugement** de la **loi** est, ici, clairement **apodictique**. Il traduit une **exigence constitutionnelle**. Ce n'est pas une simple **faculté**, mais bien une **nécessité** (**obligation**) pour le **Premier ministre** de remplir sa **mission constitutionnelle** d'exercer le **pouvoir réglementaire**, en l'occurrence, d'**exécution de la loi** (article **21, alinéa 1er, troisième phrase** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) par l'édiction de **mesures d'application** aux fins de son **entrée en vigueur** (article **1er, alinéa 1er, deuxième phrase** du Code civil : « (…) *Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'**exécution** nécessite des **mesures d'application** est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.* (…) », comme le juge le **Conseil d'Etat** :

« (…)

1. Considérant qu'en vertu de l'article ***21*** *de la* ***Constitution****, le Premier ministre "* ***assure l'exécution des lois*** *" et "* ***exerce le pouvoir réglementaire*** *" sous réserve de la compétence conférée au Président de la République pour les décrets délibérés en Conseil des ministres par l'article 13 de la Constitution ; que* ***l'exercice du pouvoir réglementaire*** *comporte non seulement le* ***droit****, mais aussi* ***l'obligation*** *de prendre dans un* ***délai raisonnable*** *les* ***mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi****, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle ;*

(…)

(**CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 17 Octobre 2014**, n°366305, **§ 1** ; v. déjà, dans le même sens, **CE, 6ème et 4ème sous-sections réunies, 28 Juillet 2000**, **Association France Nature Environnement**, n°204024).

Le **contrôle financier** des **CARPA** a été voulu par le **Parlement** comme une **nécessité**. Le **décret en Conseil d'Etat** sollicité par le **législateur** devait dresser la **liste** de toutes les **formes particulières** sous lesquelles pouvait s'exercer le **contrôle** des **flux financiers** transitant sur les comptes des **CARPA**, sans qu'un autre **règlement de rang subalterne** fût nécessaire pour en préciser le **détail**. Il ne saurait, en effet, exister des **modalités principales** et d'autres qui ne seraient qu'**accessoires**. L'attention du **Chef du gouvernement** aurait dû particulièrement être attirée par la problématique du **secret professionnel**. Un **équilibre** devait, à cet égard, être ménagé entre la **nécessité** du **contrôle** des **CARPA**, telle que voulue par le **législateur** et la même **nécessité** pour celles-ci de ne pas solliciter d'**informations** que leurs membres titulaires des **comptes individuels** (article **240-1, alinéa 1er** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat) n'auraient pas pu **légalement** leur fournir, comme étant couvertes par le **secret professionnel**. Ce, sous les peines de l'article **226-13** du Code pénal et en considération des dispositions de l'article **L. 561-3, II** du Code monétaire et financier dérogeant, en matière de lutte contre le blanchiment, à **l'obligation** de **déclaration de soupçon** lorsque l'activité de l'avocat « *se rattache à une* ***procédure juridictionnelle*** (…) » ou lorsqu'il donne « *des* ***consultations juridiques*** (…) ».

Il se déduit de ce qui précède que le contrôle par la **CARPA** ne peut pas se traduire par une demande de production de **pièces nominatives** dès lors que le **règlement pécuniaire** est relatif à une **procédure juridictionnelle**, **exception d'ordre public**, comme touchant au **secret professionnel**, qu'il appartiendra à l'avocat d'opposer à la Caisse. Seule pourrait être requise **l'attestation sur l'honneur** de l'avocat dépositaire des fonds que les **dispositions légales** et **réglementaires** ont été respectées, sauf à renvoyer à des **documents publiés**, comme peuvent l'être certaines **décisions de justice non anonymisées**.

Quant aux « ***conditions*** » des **règlements pécuniaires**, elles devaient se concrétiser, dans le **décret en Conseil d'Etat**, par des **principes**, dont les **modalités** auraient pu le cas échéant, être renvoyées à un **arrêté ministériel**.

*

En définitive :

1°) L'article **241** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat est **illégal** (**violation directe de la loi**) en tant qu'il :

1-a°) instaure un **contrôle préalable** des **retraits de fonds** transitant sur le **compte CARPA** sans préciser que celui-ci **n'est pas contraignant** pour l'avocat qui doit pouvoir, en toutes hypothèses, aux termes de la **loi**, procéder au **règlement pécuniaire** sous sa **responsabilité** ;

1-b°) confie ledit **contrôle** à la **CARPA**, alors que la **loi** n'a attribué la tâche « *De vérifier la tenue de la **comptabilité des avocats*** (…) » qu'au seul **conseil de l'ordre** (article **17, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

2°) Les articles **241** et **241-1** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat sont, en application du **principe prétorien** précité (**CE, Ass. 30 Juin 2000, La Ligue Française pour la Défense des Droits de l'Homme et du Citoyen**, n°210412 ; dans le même sens **CE, 4ème et 1ère sous-sections réunies 12 Mai 1986**, **Association des anciens élèves de l'Institut régional d'administration de Lille**, n°62311 et, plus récemment, **CE, 4ème et 1ère chambres réunies, 19 Mai 2021, Syndicat national des agents publics de l'éducation nationale – SNAPEN** – n°430342) et en tant qu'ils renvoient à « *Un **arrêté** du **garde des sceaux, ministre de la justice*** (…) » la tâche que le **législateur** (article **53, 9°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) avait confiée au **seul Premier ministre**, entachés d'**excès de pouvoir** et devront, partant, être **abrogés**.

*

II-C-R/ LES SUITES NECESSAIRES DE L'ANNULATION DU REJET DE LA DEMANDE D'ABROGATION EXPRESSE DES ACTES REGLEMENTAIRES ATTAQUES : LA MESURE D'INJONCTION EN APPLICATION DE L'ARTICLE L. 911-1 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE

Aux termes de l'article **L. 911-1** CJA :

« *Lorsque sa décision **implique nécessairement** qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une **mesure d'exécution dans un sens déterminé**, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, **prescrit**, par la même décision, cette **mesure** assortie, le cas échéant, d'un **délai d'exécution**.*

La juridiction peut également prescrire d'office cette mesure. »

L'article **L. 911-3** CJA complète le **dispositif d'injonction** de la faculté de prononcer une **astreinte** :

*« La juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application des articles L. 911-1 et L. 911-2 d'une **astreinte** qu'elle prononce dans les conditions prévues au présent livre et dont elle fixe la date d'effet. »*

L'article **L. 911-4** CJA rend effective l'exécution du **jugement d'injonction** :

« *En cas d'**inexécution d'un jugement** ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander à la juridiction, une fois la décision rendue, d'**en assurer l'exécution**.*

Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte. »

*

Il y a lieu, en outre, de rappeler les **principes** gouvernant l'appréciation par le **juge de l'excès de pouvoir** des **conclusions aux fins d'injonction**, tels que les a définis le **Conseil d'Etat** :

« (…)
***En ce qui concerne l'office du juge de l'excès de pouvoir** :*

6. Le motif par lequel le juge de l'excès de pouvoir juge fondé l'un quelconque des moyens de légalité soulevés devant lui ou des moyens d'ordre public qu'il relève d'office suffit à justifier l'annulation de la décision administrative contestée. Il s'ensuit que, sauf dispositions législatives contraires, le juge de l'excès de pouvoir n'est en principe pas tenu, pour faire droit aux conclusions à fin d'annulation dont il est saisi, de se prononcer sur d'autres moyens que celui qu'il retient explicitement comme étant fondé.

*7. La **portée de la chose jugée** et les **conséquences qui s'attachent à l'annulation** prononcée par le juge de l'excès de pouvoir diffèrent toutefois selon la **substance du motif** qui est le support nécessaire de l'annulation. C'est en particulier le cas selon que le **motif retenu** implique ou non que l'autorité administrative prenne, **en exécution de la chose jugée** et sous réserve d'un changement des circonstances, une **décision dans un sens déterminé**. Il est, à cet égard, loisible au requérant d'assortir ses **conclusions à fin d'annulation** de **conclusions à fin d'injonction**, tendant à ce que le **juge enjoigne à l'autorité administrative** de **prendre une décision dans un sens déterminé**, sur le fondement de l'article **L. 911-1** du code de justice administrative, ou à ce qu'il lui enjoigne de reprendre une décision dans un délai déterminé, sur le fondement de l'article L. 911-2 du même code.*

*8. Lorsque le juge de l'excès de pouvoir annule une décision administrative alors que **plusieurs moyens sont de nature à justifier l'annulation,** il lui revient, en principe, de choisir de fonder l'annulation sur le **moyen qui lui paraît le mieux à même de régler le litige**, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire. Mais, lorsque le requérant choisit de présenter, outre des **conclusions à fin d'annulation**, des **conclusions à fin d'injonction** tendant à ce que le **juge enjoigne à l'autorité administrative** de **prendre une décision dans un sens déterminé**, il incombe au juge de l'excès de pouvoir d'**examiner prioritairement** les **moyens** qui seraient de nature, étant fondés, à **justifier le prononcé de l'injonction demandée**. Il en va également ainsi lorsque des conclusions à fin d'injonction sont présentées à titre principal sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative et à titre subsidiaire sur le fondement de l'article L. 911-2.*

*9. De même, lorsque le requérant choisit de **hiérarchiser**, avant l'expiration du délai de recours, les **prétentions** qu'il soumet au juge de l'excès de pouvoir en fonction de la **cause juridique** sur laquelle reposent, à titre principal, ses conclusions à fin d'annulation, il incombe au juge de l'excès de pouvoir de statuer en **respectant cette hiérarchisation**, c'est-à-dire en examinant **prioritairement** les **moyens** qui se rattachent à la **cause juridique** correspondant à la demande principale du requérant.*

10. Dans le cas où il ne juge fondé aucun des moyens assortissant la demande principale du requérant mais qu'il retient un moyen assortissant sa demande subsidiaire, le juge de l'excès de pouvoir n'est tenu de se prononcer explicitement que sur le moyen qu'il retient pour annuler la décision attaquée : statuant ainsi, son jugement écarte nécessairement les moyens qui assortissaient la demande principale.

*11. Si le jugement est susceptible d'appel, le requérant est **recevable à relever appel** en tant que le jugement n'a pas fait droit à sa demande principale. Il appartient alors au **juge d'appel**, statuant dans le cadre de l'effet dévolutif, de se prononcer sur les moyens, soulevés devant lui, susceptibles de conduire à faire droit à la demande principale.*

(...) »

(**CE, Section, 21 Décembre 2018, Société EDEN**, n°409678).

*****

En l'occurrence, l'**annulation** de la **décision de rejet** de la **demande** de **Maître KRIKORIAN** adressée au **Premier ministre** et tendant à l'**abrogation expresse** des **actes réglementaires** présentement attaqués, **implique nécessairement**, en considération de la **substance** des **moyens** présentement développés, que le **Conseil d'Etat** délivre **injonction** au **Chef du Gouvernement** de procéder, par voie de **décret en Conseil d'Etat**, à **l'abrogation expresse** desdites **dispositions réglementaires**.

En effet, qu'il s'agisse du **moyen** tiré de l'**incompétence** de l'auteur du **décret** ou des **moyens** de **légalité interne**, ou encore ceux établissant l'**absence d'objet**, ils sont tous de nature à justifier qu'après **l'annulation de la décision litigieuse** déférée à la **censure** du **Conseil d'Etat**, le **Premier ministre** « (…) *prenne une* ***mesure d'exécution dans un sens déterminé*** (…) », comme le prescrit l'article **L. 911-1** CJA, en l'occurrence, qu'il **abroge expressément** les **règlements attaqués**.

*

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 (**DDH**) 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, 5, 6, 10, 11, 13** et **14,**

Vu la **Constitution** du 4 Octobre 1958, notamment ses articles **1er, 21, alinéa 1er, 34**, **37**, **55** et **62, alinéa 3**,

Vu la **Convention européenne des droits de l'homme**, notamment ses articles **1er, 2**, **3, 4**, **6**, **8**, **9**, **11**, **13**, **14** et l'article **1er** de son **Premier Protocole additionnel** (**droit au respect des biens**),

Vu les articles **2**, **6, 7, 8, 14, 17, 18** et **26** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** des 16-19 Décembre 1966,

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

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

Vu le **Code de justice administrative** (**CJA**), notamment ses articles **L. 911-1**, **L. 911-3**, **L. 911-4, R. 311-1, 1° et 2°** ; **R. 341-1** et **R. 341-2** ; **R. 411-1, R. 414-1** et **R. 421-1**,

Vu le **Code des relations entre le public et l'administration**, notamment ses articles **L. 231-4, 1°** et **L. 243-2, alinéa 1er**,

Vu la **loi** n°2020-290 du 23 Mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (JORF du 24 Mars 2020, Texte 2 sur 47), notamment son article **11, I, 2°, l)**,

Vu la **loi** n°2020-1379 du 14 Novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire (JORF du 15 Novembre 2020, Texte 1 sur 119), notamment son article **10, I, 1°,**

Vu l'**ordonnance** n°2020-1402 du 18 Novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre administratif (JORF 19 Novembre 2020, Texte 37 sur 208), notamment son article **2**,

I.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS DE RENVOI DE LA QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

AVANT DIRE DROIT,

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

1°) SURSEOIR A STATUER et ADRESSER à la **Cour de justice de l'Union européenne** les **demandes de décisions préjudicielles** suivantes :

1-a°) « *L e **principe d'égalité de traitement**, **principe général du droit de l'Union européenne**, consacré par l'article **2** du **Traité sur l'Union européenne** (**TUE**), 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, notamment son article **5**, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils **s'opposent** à une **législation** et une **réglementation** nationales, telles qu'elles résultent des articles **15**, **16**, **17**, **22** à **25-1** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que des articles **180** à **199** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat, en tant que le **régime disciplinaire** qu'elles instaurent et dont elles prétendent rendre tributaires les Avocats inscrits à un Barreau français est un facteur de **discrimination entre Avocats**, sous l'angle de **l'opportunité des poursuites**, principe qui préside à la mise en œuvre de ce régime ?*

1-b°) « *Les articles **101** à **106** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** – **TFUE** - doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils **s'opposent** à une **législation** et une **réglementation** nationales, telles qu'elles résultent des articles **15**, **16**, **17**, **22** à **25-1** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que des articles **180** à **199** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat, en tant que le **régime disciplinaire** qu'elles instaurent et dont elles prétendent rendre tributaires les Avocats inscrits à un Barreau français conduit le **Bâtonnier**, les **membres du Conseil de l'Ordre** et les **membres du Conseil Régional de discipline** à **abuser d'une position dominante** créée ou renforcée par le simple exercice de **droits spéciaux** ou **exclusifs** (**l'action disciplinaire**) que leur confèrent les textes nationaux litigieux ?*

APRES RECEPTION DE L'ARRET PREJUDICIEL ET EN TOUT ETAT DE CAUSE,

2°) DIRE et JUGER que le **principe d'égalité de traitement**, **principe général du droit de l'Union européenne** consacré à l'article **2 TUE**, les articles **101** à **106** du **TFUE s'opposent manifestement à ce que l'Etat confie aux Avocats investis d'un mandat électif (Bâtonnier, membres du Conseil de l'Ordre, membres du Conseil Régional de discipline) le pouvoir légal d'éliminer professionnellement leurs confrères, concurrents économiques et, le cas échéant, rivaux politiques ;**

II.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS D'ANNULATION DE LA DECISION IMPLICITE DE REJET DE LA DEMANDE TENDANT A L'ABROGATION EXPRESSE DES DISPOSITIONS REGLEMENTAIRES ATTAQUEES

3°) ANNULER la **décision implicite de rejet** de la **demande** de **Maître Philippe KRIKORIAN** tendant à l'**abrogation expresse** par **Monsieur le Premier ministre** :

3-a°) des articles **1er** ; **16, alinéa 3** ; **154** ; **104** et **105**, **171** à **173** ; **183** et **184** ; **185** et **186** ; **197, alinéa 4** et **199** ; **232, alinéa 1er** ; **235, alinéa 1er** ; **241** et **241-1** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat ;

3-b°) de l'article **1014** du Code de procédure civile ;

3-c°) des articles **6, alinéa 2** ; **10, alinéa 5** ; **19** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat ;

III.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS D'INJONCTION

Vu les articles **L. 911-1**, **L. 911-3** et **L. 911-4 CJA**,

4°) ENJOINDRE à l'Etat, pris en la personne de **Monsieur le Premier ministre**, d'**abroger expressément**, par voie de **décret en Conseil d'Etat**, dans le délai d'**un mois**, à compter de la notification de l'**arrêt** à intervenir et **sous astreinte de 1 000,00 €** (**MILLE EUROS**) **par jour de retard** à compter de l'expiration du délai susvisé, les **dispositions réglementaires énumérées ci-dessus** (**§§ 3-a** à **3-c**) ;

5°) RESERVER au Conseil d'Etat, le cas échéant, le **contentieux de l'exécution** ;

IV.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS D'ALLOCATION DE L'INDEMNITE AU TITRE DES FRAIS IRREPETIBLES

Vu l'article **L. 761-1** CJA,

6°) CONDAMNER l'Etat aux **entiers dépens** et à **payer**, au titre des **frais engagés pour l'instance** et **non compris dans les dépens** à **Maître Philippe KRIKORIAN** la somme de **12000,00 €** (**DOUZE MILLE EUROS**) ;

V.-/ SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 2 DE L'ORDONNANCE N°2020-1402 DU 18 NOVEMBRE 2020 PORTANT ADAPTATION DES REGLES APPLICABLES AUX JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

7°) DIRE qu'en raison des **mesures gouvernementales** de **confinement** destinées à **ralentir la propagation du virus COVID-19**, l'**audience** se tiendra **à distance** par **communication téléphonique avec l'Avocat du requérant ;**

VI.-/ SUR LA DEMANDE D'ENGAGEMENT IMMEDIAT DE LA PROCEDURE D'INSTRUCTION

Vu l'article **R. 611-21** du Code de justice administrative,

8°) DONNER ACTE a u **requérant** qu'**il ne manifeste pas**, par la **présente requête introductive d'instance**, qui ne saurait, en aucune façon, être qualifiée de ***requête sommaire***, l'intention de présenter un **mémoire complémentaire** dans lequel seraient **précisés** ou **complétés** les **moyens** y énoncés ou à l'appui desquels de **nouveaux documents** ou **éléments probants** seraient produits, **sans préjudice** de la production, le cas échéant, notamment d'un **mémoire en réplique** et de **toutes autres preuves** à l'appui ;

EN CONSEQUENCE,

9°) ORDONNER l'engagement immédiat de la **procédure d'instruction** ;

VII.-/ SUR LA DEMANDE DE RENVOI AU CONSEIL D'ETAT DES CONCLUSIONS INDEMNITAIRES CONNEXES DONT EST SAISI LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE DEPUIS LE 23 AVRIL 2021 (Requête n°2103594 – *pièce n°12*)

Vu les articles **R. 341-1** et **R. 341-2** CJA,

10°) DONNER ACTE au **requérant** qu'il va prochainement, en raison de la **connexité**, demander au **Président** du **Tribunal administratif de Marseille** le **renvoi au Conseil d'Etat** des **conclusions indemnitaires** dont il a, par **requête de plein contentieux n°2103594** déposée le 23 Avril 2021 (*pièce n°12*), saisi ledit **tribunal** ;

SOUS TOUTES RESERVES.

Fait à Marseille, le **17 Juin 2021**

Pour **le requérant,**

Maître Philippe KRIKORIAN
(signature électronique
article 1366 du Code civil ;
articles R. 414-1 et s. CJA)

BORDEREAU DES PRODUCTIONS DEVANT LE CONSEIL D'ETAT – RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR - PIECES JUSTIFIANT LES PRETENTIONS DE MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN AU 17 JUIN 2021 -

1. **Ordonnance n°2016/255 irrévocablement** rendue le 28 Juin 2016 par le **Premier président** de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence – RG N°15/13811** (fixe « *à la somme de* ***142 760,93 € TTC*** *le montant des* ***honoraires*** *dus par les* ***époux Gérard et Monique VALENCHON*** *à* ***Maître Philippe KRIKORIAN*** *;* » (cinq pages), avec **certificat de non-pourvoi** délivré par la **Cour de cassation** le 28 Octobre 2016 (deux pages)
2. **Arrêt n°2014/1** rendu le 09 Janvier 2014 par la **Quatrième Chambre A** de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, RG n°11/04351 (huit pages)
3. **Arrêt n°2016/ 13D** rendu le 29 Septembre 2016 par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence - Première Chambre A – RG 15/15836 - décision attaquée** par le **pourvoi n°D 16-26.080** du 18 Novembre 2016 (seize pages)
4. **Arrêt n°1268 F-D** rendu le 06 Décembre 2017 par la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation – pourvoi n°D 16-26.080** (**rejet** – six pages)
5. **Formulaire de requête** adressé par **Maître Philippe KRIKORIAN**, le 04 Juin 2018, à la **Cour européenne des droits de l'homme** (treize pages ; vingt-cinq pièces inventoriées sous bordereau)
6. **Décision d'irrecevabilité** rendue le 04 Octobre 2018 par la **Cour européenne des droits de l'homme** (**requête n°26860/18** introduite le 04 Juin 2018 – deux pages)
7. **Mémoire en défense** du **Conseil national des barreaux** déposé le 26 Avril 2019 devant le **Tribunal administratif de Paris** (vingt-six pages **- action en reconnaissance de droits** exercée par le **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF – requête n°1903067/6-1**)
8. **Jugement n°1903067/6-1** rendu le 24 Juillet 2020 par le **Tribunal administratif de Paris**, notifié au **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** – le 17 Août 2020 (neuf pages)
9. **Historique** au 08 Décembre 2020, 20h22 de la **requête d'appel** déposée le 24 Septembre 2020 par le **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** devant la **Cour administrative d'appel de Paris, Première chambre**, **n°2002787** (**action en reconnaissance de droits** - deux pages)
10. **Demande indemnitaire préalable** formée par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 164 388 4080 4** expédiée le 30 Décembre 2020 et reçue par le **Premier ministre** le 04 Janvier 2021 (cent douze pages ; neuf pièces inventoriées sous bordereau)
11. **Mémoire en réplique n°2002787** du **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF –** déposé le 23 Mars 2021, à 16h27 devant la **Cour administrative d'appel de Paris** (**action en reconnaissance de droits** - deux-cent quarante-quatre pages ; trente-neuf pièces inventoriées sous bordereau)
12. **Requête n°2103594** introduite le 23 Avril 2021 devant le **Tribunal administratif de Marseille** et communiquée le 05 Mai 2021 - tendant à l'indemnisation du **préjudice de réputation** causé à **Maître Philippe KRIKORIAN** du fait de l'**activité normative de l'Etat**, à hauteur d'**1 000 000,00 €** (**UN MILLION D'EUROS**) (cent trente-six pages ; onze pièces inventoriées sous bordereau)
13. **Fiche historique** de l'**instance au fond** (**action en indemnisation** du **préjudice de réputation** du fait de **l'activité normative de l'Etat - plein contentieux**) pendante devant le **Tribunal administratif de Marseille n°2103594**, au 06 Mai 2021, 15h46 (une page)

14. **Demande d'abrogation** des **dispositions réglementaires attaquées** (articles **1er** ; **16, alinéa 3** ; **154** ; **104** et **105**, **171** à **173** ; **183** et **184** ; **185** et **186** ; **197, alinéa 4** et **199** ; **232, alinéa 1er** ; **235, alinéa 1er** ; **241** et **241-1** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat ; **1014** du Code de procédure civile ; **6, alinéa 2** ; **10, alinéa 5** ; **19** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 modifié relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat) expédiée le 07 Juin 2021 et reçue par **Monsieur le Premier ministre** l e 09 Juin 2021 (trois cent soixante-huit pages ; treize pièces inventoriées sous bordereau), avec **preuve de dépôt** du 07 Juin 2021 et **accusé de réception** signé du 09 Juin 2021 (une page)
15. **Jugement n°2008/284 irrévocablement** rendu le 24 Novembre 2008 par le **Tribunal de Grande Instance d'Aix-en-Provence** (3ème Chambre, 2ème section), **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Maître Georges BANTOS**, RG n°06/01576 (sept pages), avec **arrêt n°1656/2001** en date du 08 Novembre 2001 de la **Douzième Chambre de l'Instruction** de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** (treize pages)
16. **CA Aix-en-Provence, Première Chambre D réunie en audience solennelle, n°2006/4 D, 27 Janvier 2006**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Barreau de Marseille** – RG N°05/16201, page 19/22 : **annulation** des articles **8 bis 2**, **33.1, alinéa 6** et **37** du Nouveau Règlement Intérieur du Barreau de Marseille (vingt-trois pages)

*
***

Fait à Marseille, le **17 Juin 2021**

Pour le **requérant**,

Maître Philippe KRIKORIAN
(signature électronique
article 1366 du Code civil ;
articles R. 414-1 et s. CJA)