

CONSEIL D'ETAT

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR
REQUETE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

A

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

POUR:

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

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

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

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

.../...

CONTRE:

L'ETAT pris en la personne de :

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

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

PLAISE AU CONSEIL D'ETAT

.../...

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

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

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

I-A/ LA DEMANDE DU REQUERANT

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

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

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

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

I-B/ LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE

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

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

« I-/ EXPOSE DES MOTIFS

Mesdames et Messieurs les Députés,

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

.../...

II- PROPOSITION DE LOI CONSTITUTIONNELLE

« *Vu le principe de prééminence du Droit,*

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

Vu la Convention européenne des droits de l'homme,

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

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

Article 1er

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

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

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

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

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

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

Article 2

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

*

Fait à Marseille, le 18 Décembre 2012

Maître Philippe KRIKORIAN

NOTES

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

.../...

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

*

II-DISCUSSION

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...) »

II-B/ LA RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE

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

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

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

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

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

Article R 432-1

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

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

Article R 432-2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

.../...

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

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

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

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

(...) »

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...) »

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

Le **Conseil Constitutionnel** adopte le même principe en jugeant:

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

.../...

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

(...) »

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

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

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

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

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

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

« (...)

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

*

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

« **les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus** » (*CE 26 Décembre 1925, Rodière*, Lebon 1065, RD publ. 1926. 32, concl. Cahen-Salvador ; *CE, Ass. 11 mai 2004, Assoc. AC ! et autres*, Lebon 197, concl. C. Devys, GAJA, 16^o éd., n^o116).

« (...)

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

(...)

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

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

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

*

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.../...

Article 2 :

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

Article 3

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

*

Il résulte des dispositions qui précèdent que :

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

Or, ces dispositions législatives sont **inconstitutionnelles** et **contraires au droit de l'Union européenne**.

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

Il est renvoyé, à cet égard, au **mémoire distinct et motivé** portant **question prioritaire de constitutionnalité**.

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

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

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

Considérant **100** :

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

Article 4 **Définitions**

Aux fins de la présente directive, on entend par:

(...)

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

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

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

.../...

Article 24 **Communications commerciales des professions réglementées**

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

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

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

« (...)

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

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

(...) »

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

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

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

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

« (...)

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

(...)

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

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

.../...

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

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

(...) »

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En effet :

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

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

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

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

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

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

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

et

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

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

.../...

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

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

PAR CES MOTIFS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

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

AVANT DIRE DROIT

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

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

« 1°) Le droit de l'Union européenne, en particulier les articles 49 à 62 TFUE, 101 à 109 TFUE, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, notamment ses articles 4, 24, tels qu'éclairés par son considérant 100, la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 Mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats et la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 Février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation et à une réglementation nationales telles que les articles 3 bis, alinéa 2, 66-4 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, 15 du décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif au règles de déontologie de la profession d'Avocat, les articles 2, 3 et 5 du décret n°72-785 du 25 Août 1972 relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques, en tant que ces dispositions nationales sont susceptibles d'être interprétées comme interdisant aux Avocats de recourir à toute publicité dans les médias et leur imposent comme mode de sollicitation personnalisée l'envoi postal ou le courrier électronique, à l'exclusion de tout message textuel envoyé sur un terminal téléphonique mobile.

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

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

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

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

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

EN CONSEQUENCE,

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

SUBSIDIAIREMENT,

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

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

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

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

5°) ENJOINDRE au Premier ministre, sous astreinte de **1 000,00 € (MILLE EUROS)** par jour de retard, d'abroger :

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

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

.../...

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

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

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

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

Pour le requérant,

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

I-/ PRODUCTIONS

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

II-/ DOCTRINE

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

*