

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

Affaire liée n°453729 déposée le 17 Juin 2021, à 19h55

POUR:

Maître Philippe KRIKORIAN, Avocat à la Cour (**Barreau de Marseille** et **BPME®**),
Président-Fondateur en exercice du **GRAND BARREAU DE FRANCE- GBF -**, **Bâtonnier**
Statutaire en exercice du **BARREAU DE PROVENCE ET DE LA MEDITERRANEE –**
EUTOPIA (BPME)®, 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** et **BPME®**), 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 d u **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant **code de déontologie des avocats** (JORF 02 Juillet 2023, Texte 2 sur 87 – *pièce n°1*) et notamment de ses **articles** :

- 1°) **4, alinéas 2 et 3 (II-C-5-1) ;**
- 2°) **6, alinéa 2 (II-C-5-2) ;**
- 3°) **10, alinéas 2, 3, 4 et 8 (II-C-5-3) ;**
- 4°) **19 (II-C-5-4) ;**
- 5°) **35 (II-C-5-5) ;**
- 6°) **42, alinéa 2 et 52, 1° (II-C-5-6) ;**
- 7°) **43 (II-C-5-7) ;**
- 8°) **44 (II-C-5-8) ;**
- 9°) **46 à 49 (II-C-5-9) ;**
- 10°) **24 (II-C-5-10) .**

*

PLAISE AU CONSEIL D'ETAT

.../...

1 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

2 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

3 Selon **requête n°453729** déposée le 17 Juin 2021, à 19h55, toujours en cours d'instruction au 02 Août 2023, **Maître Philippe KRIKORIAN** a saisi le **Conseil d'Etat** statuant au contentieux, des **conclusions principales suivantes (dispositif, troisième et cinquième chefs de demandes, page 405/409)** :

« (...)

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)** ;

(...) »

4 Le 02 Juillet 2023 a été **publié** au **Journal officiel de la République française** (Texte 2 sur 87) le **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats (*pièce n°1*).

5 Ce décret **abroge** notamment :

- en son article **51**, dans **son entier**, le **décret n°2005-790** du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat ;
- en son article **52, 3°**, l'article **154** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat ;

.../...

- en son article **52, 5°**, les articles **170 à 173** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat ,

dispositions réglementaires – sauf article **170** - attaquées par la **requête** précitée **n°453729** du 17 Juin 2021, sur laquelle le **Conseil d'Etat** n'a pas statué au 03 Juillet 2023, date d'entrée en vigueur du nouveau décret.

6 Les dispositions réglementaires 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 ont été **reprises à l'identique** respectivement par les articles **6, alinéa 2 ; 10, alinéa 8 ; et 19** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats.

7 De même, les articles **154, 171 à 173** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat sont devenus, **sans modification aucune**, respectivement les articles **43 ; 47 à 49** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats.

8 S'agissant d'une **reprise à droit constant** dans un **nouveau texte** de dispositions réglementaires **abrogées**, la **requête** susvisée **n°453729** du 17 Juin 2021 tendant à l'**annulation** du **refus d'abroger** lesdites dispositions, a **conservé son entier objet**, ce, conformément à la jurisprudence du **Conseil d'Etat** en la matière :

« (...)

Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ; que lorsque, postérieurement à l'introduction d'une requête dirigée contre un refus d'abroger des dispositions à caractère réglementaire, l'autorité qui a pris le règlement litigieux procède à son abrogation expresse ou implicite, le litige né de ce refus d'abroger perd son objet ; qu'il en va toutefois différemment lorsque cette même autorité reprend, dans un nouveau règlement, les dispositions qu'elle abroge, sans les modifier ou en ne leur apportant que des modifications de pure forme ;

(...) »

(**CE, Section, 05 Octobre 2007, Barreau d'Evreux, n°282321 ; v. dans le même sens CE, 4ème chambre, 07 Avril 2016, n°385892, § 2 ; CE, 9ème et 10ème chambres réunies, 15 Juin 2016, Association ANODE, n°381255, § 2 ; CE, 2ème chambre, 19 Octobre 2022, n°451266, § 2 ; CE, 1ère et 4ème chambres réunies, 29 Décembre 2022, n°444887, § 9 ; CE, 6ème chambre, 24 Mai 2023, n°459400 et a., § 4**).

9 Cette circonstance ne retire pas, pour autant, à **Maître Philippe KRIKORIAN** son **intérêt à agir** devant le **Conseil d'Etat** aux fins de lui demander **directement l'annulation** notamment des **dispositions nouvelles** venant se **substituer** aux **dispositions abrogées**, objet de la **requête** susvisée **n°453729** du 17 Juin 2021, à laquelle il est renvoyé pour le **surplus**.

I-B/ LA PROBLEMATIQUE EN CAUSE

10 La présente affaire place derechef 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**).

11 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

12 La **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

13 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** ;
(...)*».

14 S'agissant, en l'occurrence, d'un **décret en Conseil d'Etat**, la compétence du **Conseil d'Etat** ne fait pas difficulté.

*

II-B/ LA RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE

15 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

16 La **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

17 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.

18 La **présente requête** est, en effet, signée par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat à la Cour (**Barreau de Marseille et BPME®**) **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. »

*

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

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

.../...

21 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).

*

22 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

23 L'intérêt de Maître Philippe KRIKORIAN à agir contre le décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats n'est pas sérieusement contestable.

24 En effet, d'une part, comme susdit (v. *supra* § I-A, points 7 et 8), Maître KRIKORIAN a intérêt à agir devant le Conseil d'Etat aux fins de demander l'annulation notamment des dispositions nouvelles venant se substituer aux dispositions abrogées par ledit décret et objet de sa requête n°453729 déposée le 17 Juin 2021, toujours en cours d'instruction.

25 D'autre part, la situation personnelle de Maître KRIKORIAN se trouverait considérablement améliorée si, dans leur ensemble, les dispositions réglementaires présentement attaquées étaient, comme il l'a demandé le 17 Juin 2021 et le demande derechef légitimement, en raison de leur illégalité, exclues de l'ordonnancement juridique français.

*

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

26 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

27 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. »

*

28 La **règle** précitée a été strictement respectée dès lors que le **Conseil d'Etat** se trouve saisi directement des **dispositions réglementaires** attaquées, **publiées** au **JORF** du 02 Juillet 2023.

29 **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

30 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. »*

31 Il résulte de ce qui précède que le présent **recours** transmis **via TELERECOURS** le 02 Août 2023, soit, **antérieurement** à u 02 Septembre 2023, **dernier jour** du **déla**i de **recours juridictionnel**, a été introduit devant le **Conseil d'Etat** dans le **déla**i réglementaire requis, conformément à l'article **R. 421-1, alinéa 1er** CJA susvisé.

*

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

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

*

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

34 La **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**.

35 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**).

36 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 le **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**).

*

37 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 et reçue le 04 Janvier 2021, le paiement de la somme de **1 000 000,00 € (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* annexées à la **requête n°453729**).

38 Ainsi qu'il l'avait annoncé au **Conseil d'Etat** dans sa **requête introductive d'instance n°453729** du 17 Juin 2021 (§ II-C, page 20/409 ; **dispositif, dixième chef de demande**, page 406/409), **Maître KRIKORIAN** a demandé au **Tribunal administratif de Marseille**, selon **mémoire en réplique** déposé le 23 Août 2022, à 18h03 (N1, § II, page 8/143 ; N4, § II-D, page 134/143 ; N5, **dispositif, § III, quatrième chef de demande**, page 140/143), en application des articles **R. 341-1** et **R. 341-2** CJA, en raison de la **connexité**, 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* annexée à la **requête n°453729**).

*

39 Il est renvoyé à la **requête n°453729** pour l'examen des **paragraphe II-C-1 à II-C-3** mentionnés, ici, pour mémoire :

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

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

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-3).**

40 Seront, tour à tour, envisagées, ci-après :

4°) L'illégalité du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats pris dans son ensemble (II-C-4) ;

5°) L'illégalité du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats pris en ses articles :

5-1°) 4, alinéas 2 et 3 (II-C-5-1) ;

5-2°) 6, alinéa 2 (II-C-5-2) ;

5-3°) 10, alinéas 2, 3, 4 et 8 (II-C-5-3) ;

5-4°) 19 (II-C-5-4) ;

5-5°) 35 (II-C-5-5) ;

5-6°) 42, alinéa 2 (II-C-5-6) ;

5-7°) 43 (II-C-5-7) ;

5-8°) 44 (II-C-5-8) ;

5-9°) 46 à 49 (II-C-5-9) ;

5-10°) 24 (II-C-5-10).

*

**II-C-1/ LES QUATRE ETATS DE LA LOI ET SES RAPPORTS AVEC LE
REGLEMENT**

41 (pour mémoire, v. requête n°453729, § II-C-A' – pages 23-31/409).

*

**II-C-2/ LES OCCURRENCES FAUTIVES DU REGLEMENT DERIVE ET DU
REGLEMENT AUTONOME**

42 (pour mémoire, v. requête n°453729, § II-C-A – pages 32-75/409).

*

II-C-3/ 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

43 (pour mémoire, v. requête n°453729, § II-C-B – pages 76-211/409).

*

**II-C-4/ L'ILLEGALITE EXTERNE DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIIN 2023
PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS PRIS DANS SON ENSEMBLE :
LE VICE DE PROCEDURE ET LE VICE DE FORME**

44 Se donnent présentement à l'examen :

1°) La **méconnaissance** des **règles** qui gouvernent l'examen par le **Conseil d'Etat** des **projets de décret** (**II-C-4-a**) ;

2°) La **violation** de l'article **22** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 (**II-C-4-b**).

*

II-C-4-a/ LA MECONNAISSANCE DES REGLES QUI GOUVERNENT L'EXAMEN PAR LE CONSEIL D'ETAT DES PROJETS DE DECRET

45 Selon une **jurisprudence constante** du **Conseil d'Etat**, s'agissant, comme en l'espèce, d'un **décret en Conseil d'Etat**, le texte retenu par le Gouvernement et publié au Journal Officiel de la République française « (...) *ne peut être différent à la fois du projet qu'il avait soumis au Conseil d'Etat et du texte adopté par ce dernier ; que le respect de cette exigence doit être apprécié par ensemble de dispositions ayant un rapport entre elles ;*

(...) »

(**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 20 Décembre 2013, n°357198, § 4** ; dans le même sens **CE, 7ème chambre jugeant seule, 14 Février 2023, n°461976, § 3**).

46 Le **décret publié** le 02 Juillet 2023 (*pièce n°1*) n'est annexé ni du **projet** soumis à l'examen du **Conseil d'Etat** (**Section de l'intérieur**) ni du **texte** adopté par celui-ci. Il est, dès lors, impossible, en l'état, de regarder la décision litigieuse comme étant **conforme à l'un ou l'autre des documents** précités.

47 Cette circonstance permet d'en déduire, en l'occurrence, la **méconnaissance des règles** qui gouvernent l'**examen** par le **Conseil d'Etat** des **projets de décret**, sauf à la **formation de jugement** de la **Section du contentieux** à demander à la **Section de l'intérieur** la communication des **pièces** susvisées (*v. supra § 46*). A défaut de quoi, le décret attaqué devra être **annulé** dans l'**ensemble de ses dispositions**.

*

II-C-4-b/ LA VIOLATION DE L'ARTICLE 22 DE LA CONSTITUTION DU 04 OCTOBRE 1958 : LE DEFAUT DE CONTRESEINGS MINISTERIELS

48 Aux termes de l'article 22 de la Constitution :

« *Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution.* »

49 Le Conseil d'Etat juge, à cet égard, que les ministres concernés, « (...) s'agissant d'un acte de nature réglementaire (...) sont ceux qui ont compétence pour signer ou contresigner les mesures complémentaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution de cet acte ; (...) » :

« (...)

CONSIDERANT QU'AUX TERMES DE L'ARTICLE 22 DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958 "LES ACTES DU PREMIER MINISTRE SONT CONTRESIGNES, LE CAS ECHEANT, PAR LES MINISTRES CHARGES DE LEUR EXECUTION" ; QUE, S'AGISSANT D'UN ACTE DE NATURE REGLEMENTAIRE, LES MINISTRES CHARGES DE SON EXECUTION SONT CEUX QUI ONT COMPETENCE POUR SIGNER OU CONTRESIGNER LES MESURES COMPLEMENTAIRES OU INDIVIDUELLES QUE COMPORTE NECESSAIREMENT L'EXECUTION DE CET ACTE ;

(...) »

(CE, Section, 1er Juin 1979, n°06410 et a. ; v. dans le même sens CE, Ass. 16 Décembre 1988, Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne, Isle et Dordogne maritimes, n°75544 ; CE, Ass. 08 Juillet 1994, M. Tête, n°141301).

50 L'omission du contreseing ministériel vicie d'illégalité le décret du Premier ministre relativement aux dispositions appelant le contreseing (CE, Section, 1er Juin 1979, n°06410 et a.).

51 Comme susdit (v. *supra* § I-A, points 5 à 7), le décret litigieux n°2023-552 du 30 Juin 2023 a, par son article 52, 3° et 5°, abrogé notamment les articles 154, 170 à 173 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, dispositions qu'il a reprises intégralement et sans modification aucune respectivement à ses articles 43 et 46 à 49.

52 Or, le décret en Conseil d'Etat n°91-1197 organisant la profession d'avocat signé par le Premier ministre (Edith CRESSON) le 27 Novembre 1991, avait été contresigné par six ministres, savoir, le garde des sceaux, ministre de la justice (Henri NALLET), le ministre d'Etat, ministre de l'éducation nationale (Lionel JOSPIN), le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget (Pierre BEREGOVOY), le ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (Martine AUBRY), le ministre des départements et territoires d'outre-mer (Louis LE PENSEC) et le ministre délégué au budget (Michel CHARASSE).

53 Il s'en déduit que l'exécution du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat comportait nécessairement des mesures complémentaires ou individuelles que les ministres susnommés avaient compétence pour signer ou contresigner.

54 Parmi les **dispositions abrogées** du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat par l'effet de l'article **52, 2°, 3° et 5°** du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats et **reprises à droit constant** ou **modifiées**, figurent :

- les articles **111 à 123** (**ancien Chapitre Ier abrogé** du **Titre III** relatif aux « **Incompatibilités** ») devenus articles **21 à 35** du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats (**TITRE IV – Incompatibilités**) ;
- les articles **130 à 132, 136 à 138** (**nouveau Chapitre Ier** d u **Titre III** relatif aux « **Modalités particulières d'exercice de la profession** » – articles **124 à 153**) devenus respectivement articles **37, 38, 40** (modifié), **41** et **39** (**TITRE V – Conditions d'exercice de la profession**) ;
- les articles **154, 163, 165** et **170 à 173** (**nouveau Chapitre II** d u **Titre III** relatif aux « **Règles professionnelles** » - articles **155 à 179-7**) devenus respectivement articles **43, 44, 45** (modifié), **46 à 49** (**TITRE V – Conditions d'exercice de la profession**).

55 En outre, l'article **52, 6°** du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats **ajoute** au décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat notamment un article **277-1** (« **Titre VIII : Dispositions diverses** » – articles **277 à 282**), ainsi rédigé :

« Pour l'application des dispositions du 1 de l'article 170 ter du code général des impôts, une lettre de mission précise les engagements de chacune des parties et, le cas échéant, les conditions financières de la prestation. Dans cette lettre de mission, le client autorise en outre l'avocat à procéder à la télétransmission de sa déclaration annuelle d'impôt sur le revenu et de ses annexes et s'oblige à remettre à l'avocat en sa qualité de tiers de confiance l'ensemble des justificatifs mentionnés au même article 170 ter. »

56 Cette disposition est la **reprise à droit constant** de l'article **9-1** du décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat. Il y est fait référence à l'article **170 ter** du Code général des impôts dont le **VI** dispose que « *Les conditions d'application du présent article sont précisées par décret en Conseil d'Etat.* ».

57 Le **décret en Conseil d'Etat** sollicité par le **législateur** est le **décret** n°2011-1997 du 28 Décembre 2011 relatif au dispositif de « tiers de confiance » prévu à l'article 170 ter du code général des impôts (JORF 29 Décembre 2011 – Texte 39 sur 113), lequel, à son article **1er**, a créé les articles **95 ZA à 95 ZN** de l'**Annexe II** au **Code général des impôts** (**CGI**) (Livre Ier, Première partie, Chapitre Ier, Section IV intitulée « *Tiers de confiance* »).

58 Ce **décret d'application** de l'article **170 ter** CGI a été **signé** par le **Premier ministre** (**François FILLON**) et **contresigné** par le **ministre de l'économie, des finances et de l'industrie** (**François BAROIN**), ainsi que par la **ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, porte-parole du Gouvernement** (**Valérie PECRESSE**).

59 Il était, dès lors, **nécessaire**, pour satisfaire aux exigences de l'article **22** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, que le **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats fût, à tout le moins, au regard de son article **277-1**, lequel mentionne expressément que son édicition intervient « *Pour l'application des dispositions du 1 de l'article 170 ter du code général des impôts (...)* », **contresigné** par les **ministres** chargés de **l'économie**, des **finances** et des **comptes publics**, savoir, en l'occurrence, **Monsieur Bruno LE MAIRE**, ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, d'une part, **Monsieur Thomas CAZENAVE**, ministre délégué, chargé des comptes publics, d'autre part.

60 En considération de ses dispositions relatives à « *l'avocat salarié* » (articles **39** à **41**), le **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats aurait dû, en outre, être revêtu du **contreseing** du **ministre chargé du travail** (**Monsieur Olivier DUSSOPT**, ministre du travail, du plein emploi et de l'insertion).

61 En tout état de cause, le **contreseing** du **garde des sceaux, ministre de la justice**, celui du **ministre de l'intérieur et des outre-mer**, comme celui du **ministre délégué** auprès du ministre de l'intérieur et des outre-mer, **chargé des outre-mer**, se révèlent, à l'évidence, **insuffisants**.

62 Le **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats est, ainsi, affecté d'un **vice de forme** justifiant qu'il soit **annulé**.

*

**II-C-5/ L'ILLEGALITE DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT
CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS PRIS EN SES ARTICLES 4, 6, 10, 19, 24, 35,
42, 43, 44 ET 46 A 49**

63 Est, ici, examinée la **légalité** des articles :

- 1°) 4, alinéas 2 et 3 (II-C-5-1) ;
- 2°) 6, alinéa 2 (II-C-5-2) ;
- 3°) 10, alinéas 2, 3, 4 et 8 (II-C-5-3) ;
- 4°) 19 (II-C-5-4) ;
- 5°) 35 (II-C-5-5) ;
- 6°) 42, alinéa 2 (II-C-5-6) ;
- 7°) 43 (II-C-5-7) ;
- 8°) 44 (II-C-5-8) ;
- 9°) 46 à 49 (II-C-5-9) ;
- 10°) 24 (II-C-5-10),

du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats.

*

II-C-5-1/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 4, ALINEAS 2 ET 3 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS : L'INCOMPETENCE DU PREMIER MINISTRE POUR LIMITER LA LIBERTE CONTRACTUELLE

64 Aux termes de cet article :

« *L'avocat est le **confident nécessaire** de son client.*

*Le **secret professionnel** de l'avocat est d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps.*

L'avocat ne peut en être relevé par son client ni par quelque autorité ou personne que ce soit, sauf dans les cas prévus par la loi.

*L'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel, sous réserve des **strictes exigences de sa propre défense** devant toute juridiction et des cas de **déclaration** ou de **révélation** prévues ou autorisées par la loi. »*

*

65 Ce texte s'appuie sur l'ancien article 4 du décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, qui s'écrivait comme suit :

« *Sous réserve des **strictes exigences de sa propre défense** devant toute juridiction et des cas de **déclaration** ou de **révélation** prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. »*

66 Le **projet de code de déontologie** annexé à la **résolution** adoptée par le **Conseil national des barreaux (CNB)** le 10 Juin 2022 (pages 8 et 9/24 – *pièce n°2*) présente les **dispositions nouvelles** (alinéas 1 à 3) :

- s'agissant des **deux premiers alinéas**, comme la **reprise à l'identique** de l'article 2.1, **alinéas 1 et 2** du **Règlement intérieur national** de la **profession d'avocat (R.I.N.)** :

« *L'avocat est le **confident nécessaire** de son client.*

*Le **secret professionnel** de l'avocat est d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps. (...) »*

- s'agissant du **troisième alinéa**, comme un **ajout** répondant prétendument à un **souci de protection** de l'avocat « (...) *contre les aléas d'éventuels contentieux.* (...) » :

« (...)

*Il apparaît important d'énoncer le **principe** selon lequel **personne**, et en particulier le **client**, ne peut contrevenir au secret. Cet ajout, utilisé par d'autres professions réglementées (avocats aux conseils, médecins) est très **protecteur pour l'avocat**. Il le prémunit contre les **aléas d'éventuels contentieux.** (...) ».*

.../...

67 Le requérant **s'inscrit en faux** contre cette **allégation dépourvue de tout fondement**.

68 En effet, le **Conseil d'Etat** a eu l'occasion, il y a plus de **seize ans**, de se prononcer sur la **légalité** de plusieurs dispositions du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, notamment celles de son article 4 précité :

« (...)

En ce qui concerne l'article 4 :

Considérant que l'article 4 du décret se borne à rappeler, sans méconnaître les articles 6, § 1, et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'obligation de respect du secret professionnel inhérente à l'exercice de la profession d'avocat, sous réserve des strictes exigences de sa propre défense et des dérogations prévues ou autorisées par la loi ;

(...) »

(**CE, 15 Novembre 2006, Maître Philippe KRIKORIAN et a. c/ Premier ministre, n°283475, n°284964 et n°285065 – pièce n°3**).

69 Cependant, le nouvel article 4 du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats excède nettement le **cadre juridique** examiné par la **Haute assemblée le 15 Novembre 2006**. L'**autorité de la chose jugée** s'attachant à l'arrêt précité ne saurait, partant, être vue comme un obstacle à la **critique normative** des dispositions réglementaires attaquées.

70 Ainsi, aux termes de l'article **226-13** du Code pénal :

« 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. »

71 Il résulte de cette **disposition législative** que l'**obligation négative** qu'elle institue, savoir **s'abstenir de révéler une information à caractère secret**, ne lie que le **professionnel** qui en est **dépositaire**. Son **client**, bénéficiaire de la prestation, **n'est pas tenu** au respect du **secret professionnel**. Ainsi le jugent le **Conseil d'Etat (CE, 3ème et 8ème chambres réunies, 12 Décembre 2018, n°414088)**, comme la **Cour de cassation (Cass. Com. 06 Juin 2001, n°98-18.577 ; Cass. 1° Civ., 30 Mai 2013, n°12-24.090 ; Cass. Com. 08 Décembre 2015, n°14-20.521)** :

• « (...)

Mais attendu qu'ayant relevé que la Sté Cozeg avait spontanément produit aux débats la lettre litigieuse, dont elle était l'auteur, la cour d'appel en a exactement déduit que l'intéressée n'était pas recevable à invoquer un secret professionnel portant sur des informations qu'elle avait elle-même rendues publiques ; que le moyen n'est pas fondé ;

(...) »

(**Cass. Com. 06 Juin 2001, n°98-18.577 - pièce n°7**) ;

- « (...)

Vu l'article **66-5** de la **loi** n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée ;

(...)

*Qu'en statuant ainsi, alors que la **confidentialité** des **correspondances** adressées par l'**avocat** à des **confrères** ou à son **client** ne s'impose pas à ce dernier qui, n'étant pas tenu au secret professionnel, peut les produire en justice, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

(...) »

(**Cass. 1° Civ., 30 Mai 2013**, n°12-24.090 – pièce n°8) ;

- « (...)

Vu l'article **66-5** de la **loi** n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ;

(...)

*Qu'en statuant ainsi, alors que la **confidentialité** des **correspondances** adressées par l'**avocat** à son **client** ne s'impose pas à ce dernier lequel, n'étant pas tenu au secret professionnel, peut les produire en justice, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

(...) »

(**Cass. Com. 08 Décembre 2015**, n°14-20.521 – pièce n°9) ;

- « (...)

*3. Il ressort des dispositions précitées de l'article **66-5** de la **loi** du 31 décembre 1971, dans leur rédaction issue de la loi du 7 avril 1997, que l'ensemble des **correspondances** échangées entre un **avocat** et son **client**, et notamment les **consultations juridiques** rédigées par l'**avocat** à son intention, sont couvertes par le **secret professionnel**. Toutefois, la **confidentialité** des **correspondances** entre l'**avocat** et son **client** ne s'impose qu'**au premier** et **non au second** qui, n'étant pas tenu au secret professionnel, peut décider de lever ce secret, sans y être contraint. Ainsi, la circonstance que l'administration ait pris connaissance du contenu d'une **correspondance** échangée entre un **contribuable** et son **avocat** est sans incidence sur la régularité de la procédure d'imposition suivie à l'égard de ce contribuable dès lors que celui-ci a **préalablement donné son accord** en ce sens. En revanche, la révélation du contenu d'une **correspondance** échangée entre un **contribuable** et son **avocat** vicie la procédure d'imposition menée à l'égard du contribuable et entraîne la décharge de l'imposition lorsque, à défaut de l'accord préalable de ce dernier, le contenu de cette correspondance **fonde** tout ou partie de la **rectification**.*

(...) »

(**CE, 3ème et 8ème chambres réunies, 12 Décembre 2018**, n°414088).

72 En outre, selon l'article **226-14, alinéa 1er** du même Code :

*« L'article **226-13** n'est pas applicable dans les cas où la **loi** impose ou autorise la révélation du secret. (...) »*

73 Le **Conseil d'Etat** a été conduit, très récemment, à faire application de cette disposition législative :

« (...)

10. En premier lieu, si l'avocat est tenu, en vertu des dispositions de l'article **66-5** de la **loi du 31 décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, au respect du **secret professionnel** " en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense " pour ce qui concerne les consultations adressées à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées avec son client ou avec ses confrères, les notes d'entretien et toutes les pièces du dossier, ce n'est que sous réserve des **exceptions** à cette **obligation** prévues par la **loi**. Et si l'article **226-13** du code pénal réprime la violation du secret professionnel, notamment celui auquel est tenu l'avocat, l'article **226-14** du même code précise que l'article **226-13** " **n'est pas applicable** dans les cas où la **loi impose** ou **autorise la révélation du secret** " .

11. Aux termes du premier alinéa du **4°** du **I** de l'article **1649 AE** du code général des impôts : "L'intermédiaire soumis à une obligation de **secret professionnel** dont la violation est prévue et réprimée par l'article **226-13** du code pénal souscrit, avec **l'accord de son client**, la déclaration mentionnée à l'article **1649 AD** ". Les requérants soutiennent qu'en **permettant** ainsi au **client de délier son avocat du secret professionnel** afin qu'il procède à la **déclaration du dispositif transfrontière**, ces **dispositions législatives** méconnaîtraient les articles **7** de la **charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** et **8, paragraphe 1**, de la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**.

12. Il ressort de la jurisprudence de la **Cour européenne des droits de l'homme** que la **protection spécifique** que l'article **8, paragraphe 1**, de la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** accorde au **secret professionnel des avocats**, qui se traduit avant tout par des **obligations** à leur charge, **se justifie** par le fait que les **avocats** se voient confier une **mission fondamentale** dans une **société démocratique**, à savoir la **défense des justiciables**. La Cour en déduit que les personnes qui **consultent un avocat** doivent pouvoir légitimement avoir **confiance** dans le fait que, hormis dans des **situations exceptionnelles**, leur avocat ne divulguera à personne, **sans leur accord**, qu'elles le **consultent**. En outre, l'article **8, paragraphe 2**, de la **convention** admet l'existence d'une **ingérence** d'une **autorité publique** dans l'exercice du droit garanti par le **paragraphe 1** dans la mesure où cette **ingérence**, d'une part, est **prévue par la loi**, d'autre part, constitue une **mesure nécessaire**, notamment, au **bien-être économique du pays** ou à la **prévention des infractions pénales**. De même, l'article **52, paragraphe 1**, de la **charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** admet la possibilité d'apporter des **limitations** aux **droits** qu'elle garantit, au nombre desquels celui découlant de son article **7**, qui correspond à l'article **8, paragraphe 1**, de la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, lorsque ces **limitations** sont **prévues par la loi** et répondent à des **objectifs d'intérêt général** reconnus par l'**Union**.

13. Il en découle qu'en prévoyant la **possibilité** pour le **client** d'**autoriser** son **avocat** à procéder à la **déclaration des dispositifs transfrontières**, laquelle est instituée dans un **but de lutte contre la planification fiscale agressive** et de **prévention du risque d'évasion** et de **fraude fiscales**, qui constituent des **objectifs d'intérêt général** reconnus par l'**Union** et des **butés légitimes**, au sens de l'article **8, paragraphe 2**, de la **convention**, le **premier alinéa** du 4° du I de l'article **1649 AE** du code général des impôts, lequel ne procède pas de la **transposition** du 5 de l'article **8 bis ter** de la **directive** du 15 février 2011, **ne porte pas** au **secret des échanges** entre l'**avocat** et son **client** une **atteinte contraire** aux stipulations de l'article **8, paragraphe 1**, de la **convention européenne de sauvegarde des droits et de l'homme et des libertés fondamentales** ou à celles de l'article 7 de la **charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**.

14. En deuxième lieu, par l'arrêt précité du 8 décembre 2022 Orde van Vlaamse Balies e.a (C-694/20), la **Cour de justice de l'Union européenne** a déclaré l'article 8 bis ter, paragraphe 5, de la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011, telle que modifiée par la directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018, invalide au regard de l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en ce que son application par les États membres a pour effet d'**imposer** à l'avocat agissant en tant qu'intermédiaire, au sens de l'article 3, point 21, de cette directive, lorsque celui-ci est **dispensé** de l'**obligation de déclaration** prévue au paragraphe 1 de l'article 8 bis ter de ladite directive en raison du **secret professionnel** auquel il est tenu, de **notifier** sans retard à **tout autre intermédiaire** qui **n'est pas son client** les **obligations de déclaration** qui lui incombent en vertu du paragraphe 6 dudit article 8 bis ter.

15. La Cour de justice de l'Union européenne a en revanche relevé, par ce même arrêt, que lorsque la **notification** prévue à l'article 8 bis ter, paragraphe 5, de la directive est effectuée par l'avocat intermédiaire à **son client**, que ce dernier soit un autre intermédiaire ou le contribuable concerné, cette notification n'est pas susceptible de mettre en cause le respect des droits et des libertés garantis par l'article 7 de la **charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** en raison, d'une part, de l'**absence de toute obligation de secret professionnel de l'avocat intermédiaire** vis-à-vis de son **client** et, d'autre part, du fait que, au stade de l'exécution par ce client de ses obligations déclaratives au titre de cette directive, la confidentialité de la relation entre l'avocat intermédiaire et ledit client s'oppose à ce qu'il puisse être exigé de ce dernier qu'il révèle à des tiers et, notamment, à l'administration fiscale l'existence de sa consultation d'un avocat.

16. Il en résulte, d'une part, que les dispositions du deuxième alinéa du 4° du I de l'article 1649 AE du code général des impôts, qui prévoient qu'à défaut d'avoir obtenu l'accord de son client pour souscrire la déclaration mentionnée à l'article 1649 AD, l'intermédiaire soumis à une obligation de secret professionnel dont la violation est prévue et réprimée par l'article 226-13 du code pénal " notifie à tout autre intermédiaire l'obligation déclarative qui lui incombe ", qui réitèrent des dispositions de l'article 8 bis ter, paragraphe 5, de la directive du 15 février 2011 modifiée, lesquelles méconnaissent les stipulations de l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en tant qu'elles imposent à cet intermédiaire, lorsqu'il est un avocat, de procéder à une notification à un intermédiaire qui n'est pas son client, **méconnaissent également ces mêmes stipulations**. Par voie de conséquence, les dispositions du quatrième et dernier alinéa du 4° du I de l'article 1649 AE du code général des impôts, qui disposent que " Les notifications (...) sont effectuées par tout moyen permettant de leur conférer date certaine ", et celles de l'article 1729 C ter du code général des impôts, qui répriment les manquements à l'obligation de notification, **méconnaissent ces mêmes stipulations** en ce qu'elles concernent l'obligation de notification à un autre intermédiaire qui n'est pas le client de l'avocat intermédiaire.

17. Il en résulte, d'autre part, que les dispositions du troisième alinéa du 4° du I de l'article 1649 AE du code général des impôts qui disposent que " En l'absence d'autre intermédiaire, la notification d'obligation déclarative est adressée au contribuable concerné par le dispositif transfrontière. L'intermédiaire transmet également au contribuable concerné, le cas échéant, les informations nécessaires au respect de son obligation déclarative ", **ne méconnaissent pas**, en revanche, les stipulations de l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elles ne méconnaissent pas davantage, par voie de conséquence, celles de l'article **8, paragraphe 1**, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

18. En troisième lieu, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, toujours par son arrêt du 8 décembre 2022, qu'il résulte des dispositions de l'article 8 bis ter, paragraphes 1 et 5, de la directive et, notamment, des délais prévus à ces dispositions que les obligations pesant sur les intermédiaires naissent à un stade précoce, au plus tard lorsque le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration vient d'être finalisé et est prêt à être mis en œuvre, donc en dehors du cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation. Elle a, dans ces conditions, estimé que l'obligation de notification se substituant, pour l'avocat intermédiaire tenu au **secret professionnel**, en vertu de l'article 8 bis ter, paragraphe 5, de la directive 2011/16/UE modifiée, à l'obligation de déclaration prévue par le paragraphe 1 du même article, ne comportait **pas d'ingérence** dans le droit à un procès équitable, garanti par l'article 47 de la **charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**. Il en va nécessairement de même de la possibilité, prévue par le premier alinéa du 4° du I de l'article 1649 AE du code général des impôts, pour le client d'**autoriser son avocat** à procéder à cette déclaration. Il en résulte que les dispositions du 4° du I de l'article 1649 AE du code général des impôts ne portent pas atteinte aux stipulations de l'article 47 de la **charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**. Elles ne méconnaissent pas davantage, pour les mêmes motifs, les stipulations de l'article **6, paragraphe 1**, de de la **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, qui garantissent également le **respect du droit à un procès équitable**.

19. Il résulte de tout ce qui précède que les requérants sont **fondés** à soutenir que les deux premiers alinéas du paragraphe n° 180 et le paragraphe n° 200 des **commentaires administratifs** publiés sous la référence BOI-CF-CPF-30-40-10-20 réitèrent des dispositions de l'article 1649 AE du code général des impôts qui sont elles-mêmes identiques à des dispositions de l'article 8 bis ter de la directive du 15 février 2011 modifiée **contraires** aux **stipulations** de l'article 7 de la **charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** et à en demander, pour ce motif, l'**annulation**. Ils sont, pour les **mêmes motifs**, **fondés** à demander l'**annulation** des mots " ou de notification " et " , à l'article 1649 AE du code général des impôts et " du paragraphe n° 370 des commentaires publiés sous la référence BOI-CF-CPF-30-40-20, qui réitèrent les dispositions de l'article 1729 C ter du code général des impôts **contraires** aux stipulations de l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

20. **En revanche**, et sans qu'il soit besoin de transmettre à la Cour de justice de l'Union européenne une nouvelle question préjudicielle portant sur la validité des dispositions du paragraphe 5 de l'article 8 bis ter de la directive 2011/16/UE, les requérants **ne sont pas fondés** à demander l'annulation des paragraphes nos 150 et 165 des commentaires administratifs publiés sous la référence BOI-CF-CPF-30-40-10-20, qui exposent les dispositions du premier alinéa du 4° du I de l'article 1649 quater AE du code général des impôts, de leur paragraphe n° 160, qui se borne à énumérer les professions astreintes à une obligation de secret professionnel dont la violation est réprimée par l'article 226-13 du code pénal, de leur paragraphe n° 170, qui traite de la détermination des débiteurs de l'obligation déclarative sans comporter aucun commentaire relatif à l'obligation de notification et de leur paragraphe n° 190, relatif à la notification par l'intermédiaire au contribuable lui-même.

21. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat une somme globale de 3 000 euros à verser, à parts égales, au Conseil national des barreaux, à la Conférence des bâtonniers et à l'Ordre des avocats du barreau de Paris en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ces mêmes dispositions font obstacle à que soit mise à la charge de l'Etat la somme que demande, à ce titre, l'Ordre des avocats du barreau des Hauts-de-Seine qui, en tant qu'**intervenant**, n'a pas la qualité de **partie** à la présente instance.

DECIDE:

Article 1er : Les deux premiers alinéas du paragraphe n° 180 et le paragraphe n° 200 des commentaires administratifs publiés le 25 novembre 2020 au BOFiP - Impôts sous la référence BOI-CF-CPF-30-40-10-20 et les mots " ou de notification " et " , à l'article 1649 AE du code général des impôts et " du paragraphe n° 370 des commentaires administratifs publiés le même jour au BOFiP-Impôts sous la référence BOI-CF-CPF-30-40-20 sont annulés.

Article 2 : L'Etat versera au Conseil national des barreaux, à la Conférence des bâtonniers et à l'Ordre des avocats du barreau de Paris une somme globale de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : La demande de l'Ordre des avocats du barreau des Hauts-de-Seine tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative est rejetée.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au Conseil national des barreaux, à la Conférence des bâtonniers, à l'Ordre des avocats du barreau de Paris, à l'Ordre des avocats du barreau des Hauts- de-Seine et au ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique.

Délibéré à l'issue de la séance du 29 mars 2023 où siégeaient : Mme Christine Maugüé, présidente adjointe de la section du contentieux, président ; M. Pierre Collin, M. Stéphane Verclytte, présidents de chambre ; M. Jonathan Bosredon, M. Hervé Cassagnabère, M. Christian Fournier, M. Frédéric Gueudar Delahaye, M. Pierre Boussaroque, conseillers d'Etat et M. Benjamin Duca- Deneuve, auditeur-rapporteur.

.../...

Rendu le 14 avril 2023.

La présidente : Signé : Mme Christine Maugué Le rapporteur : Signé : M. Benjamin Duca-Deneuve La secrétaire : Signé : Mme Magali Méaulle

(...) »

(CE, 8ème et 3ème chambres réunies, 14 Avril 2023, n°448486).

*

74 La Chancellerie est du même avis :

« (...)

Réponse :

*Le garde des sceaux, ministre de la justice confirme à l'honorable parlementaire que les magistrats et rapporteurs des chambres régionales des comptes disposent d'importants pouvoirs d'investigation et notamment celui de se faire communiquer tous documents, de quelque nature que ce soit, relatifs à la gestion des collectivités publiques, des établissements publics et des autres organismes soumis à son contrôle. Le fait de faire obstacle, de quelque façon que ce soit, à l'exercice de ces pouvoirs est puni de 15 000 euros d'amende (cf. art. L. 241-1 du code des juridictions financières). Les magistrats des chambres régionales des comptes disposent, pour l'exercice des contrôles qu'ils effectuent, de l'ensemble des droits et pouvoirs attribués à la Cour des comptes (cf. art. L. 241-2 du code des juridictions financières). Dans ce cadre, ils ont vocation à connaître de questions soumises, sous des régimes variés, au secret professionnel. Ainsi, les agents des services financiers ou les commissaires aux comptes des organismes contrôlés sont déliés du secret professionnel à l'égard des magistrats, à l'occasion des enquêtes que ces derniers effectuent dans le cadre de leurs attributions (cf. art. L. 140-4 du code des juridictions financières). Par ailleurs, les chambres régionales des comptes doivent prendre toutes mesures pour garantir le secret des investigations auxquelles elles procèdent (cf. art. L. 241-5 et L. 241-6 du code des juridictions financières). En revanche, les magistrats financiers qui souhaitent obtenir la communication de consultations juridiques établies par des avocats pour le compte de collectivités publiques peuvent se heurter à des refus fondés sur les dispositions de l'art. 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. La règle de la confidentialité des relations client-avocat revêt une portée très générale puisqu'elle s'applique «en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense». Consacrée aussi en droit européen (cf. CJCE 18 mai 1982, société AM & S), cette règle garantit au client la possibilité d'obtenir de son avocat des avis ou consultations juridiques établis en toute indépendance. En contrepartie, l'avocat est soumis aux règles déontologiques et disciplinaires de sa profession et à la surveillance et au contrôle exercés par les instances ordinales et le procureur général. Il convient de souligner que la règle de la confidentialité ne fait pas obstacle à la **communication volontaire** par une **collectivité publique de consultations établies par son avocat** ou de **correspondances échangées avec ce dernier**. Sous réserve de l'appréciation des juridictions, les dispositions de l'article L. 241-1 du code des juridictions financières ne paraissent pas constituer une dérogation à la règle de la confidentialité des relations entre l'avocat et son client édictée par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. La jurisprudence ne semble pas encore avoir été saisie d'un conflit entre ces deux normes de niveau législatif. »*

.../...

(**Réponse ministérielle** à question écrite n°5348 de M. DREYFUS-SCHIMDT – JO Sénat Q 30 Septembre 2004, p. 2235 – *pièce n°4*).

75 Il est, ainsi, confirmé par les **plus hautes juridictions nationales** que par sa seule volonté (**autonomie de la volonté**) et sans nécessité d'une **disposition législative** l'y **autorisant expressément**, le **client**, qui **n'est pas tenu** au **secret professionnel** (article **226-13** du Code pénal *a contrario* - Cass. Com. **06 Juin 2001**, n°98-18.577 – *pièce n°7* ; Cass. 1° Civ., **30 Mai 2013**, n°12-24.090 - *pièce n°8* ; Cass. Com. **08 Décembre 2015**, n°14-20.521 – *pièce n°9* ; CE, **3ème et 8ème chambres réunies**, **12 Décembre 2018**, n°414088 ; CE, **8ème et 3ème chambres réunies**, **14 Avril 2023**, n°448486 ; **réponse du garde des sceaux, ministre de la justice** du 30 Septembre 2004 – *pièce n°4*), peut **donner mandat** à son **avocat** de **divulguer**, au **juge** ou à des **tiers**, des **informations confidentielles**. Il s'agit d'un des « (...) *cas où la loi* (...) *autorise la révélation du secret*. (...) » (article **226-14** du même Code), le **mandat** étant un **contrat nommé**, **spécialement réglementé** par la loi.

76 Il doit, dans cet ordre d'idées, être rappelé qu'aux termes de l'article **1984** du Code civil :

« *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.* »

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

77 La définition légale du **mandat** (**1804**) doit être complétée par celle que l'article **1153** 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, consacre à la **représentation** :

« *Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.* »

78 Dans le **mandat**, ce qui pourrait être **licitement** fait par le **mandant représenté** peut tout aussi **légalement** être accompli « (...) *pour* (celui-ci) *et en son nom* (...) » par le **mandataire représentant**, dès lors qu'aucune **disposition législative d'ordre public** ne s'y oppose.

79 C'est ce qu'enseignent les **doctrines classique et contemporaine** :

« (...)

Pour comprendre les ressorts originels de la définition moderne du contrat de mandat, il faut revenir sur les raisonnements qui lui ont assuré le succès. Et de ce point de vue, la thèse de **Jules Valéry** sur les caractéristiques du mandat, dont l'objet était précisément de défendre cette définition, fournit un excellent matériau. L'extrait suivant cristallise l'essentiel de l'argumentation : « le locateur d'ouvrage agit en son propre nom, et il n'a pas le pouvoir de **représenter**, parce qu'un pareil pouvoir lui est inutile. Que ferait un maçon ou un médecin d'un pouvoir de représenter ? Le maçon que j'emploie à la réparation d'un mur n'a jamais l'occasion de me représenter : vis-à-vis de qui me représenterait-il, puisqu'il n'entre en relations qu'avec des **choses** ? » (Valéry J., Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil, thèse Aix-Marseille, 1898, p. 103-104).

(...)

Que l'accomplissement d'actes juridiques pour le compte d'autrui ait été érigé en critère distinctif du mandat ne résulte pas de la clarté des termes de l'article 1984 du Code civil, mais de l'attention portée à la représentation et, plus généralement, au rôle de la volonté dans la création des actes juridiques. Il convient de le rappeler : aucune différence relative à la nature des **actes** accomplis n'était envisagée par les rédacteurs du Code civil afin de caractériser le mandat. À lire les propos tenus par le tribun Bertrand de Greuille lors de la discussion devant le corps législatif, l'accomplissement d'**actes juridiques** n'était qu'un **objet possible** mais non exclusif du mandat (Fenet P.-A., op. cit., p. 605). Le critère moderne de la qualification de mandat doit plutôt être mis au rang des victoires du **volontarisme juridique** de la seconde moitié du XIXe siècle. **Valéry** le suggère du reste explicitement : « l'introduction de la **représentation** dans le mandat fut sans contredit, le progrès le plus considérable (dans l'histoire de son évolution), car c'était donner enfin à la **volonté humaine**, en tant que principe générateur des conventions juridiques, toute son importance, toute sa valeur. Pourquoi le **débiteur** est-il **obligé** ? Parce qu'**il l'a voulu**, et il n'est **obligé** que dans la mesure où **il a voulu l'être**. Or, le **mandataire** qui a parlé au nom du **mandant** n'a pas voulu agir pour son compte, ni s'obliger personnellement ; le **mandant** a voulu arriver, en employant l'**intermédiaire** du **mandataire**, aux **mêmes résultats** que **s'il avait agi en personne** » (Valéry J., op. cit., p. 86).

(...)

(**Nicolas DISSAUX**, Professeur à l'Université Lille 2, in **Dictionnaire du contrat**, LGDJ, n°173, La BaseLextenso, page 3/6).

*

80 Parmi les **cinq principes universels de légistique appliquée** (*pièce n°5*) figure celui selon lequel :

« (...) **1.2 Le champ d'application de la loi réglementant la liberté ne comprend pas, sous la réserve susvisée, les situations sauvegardées, en tant qu'elles sont susceptibles de révéler, à l'occasion de la mise en œuvre de la loi, une contrariété avec la Constitution ou la norme supranationale** (*CE, Ass. 31 Mai 2016, n°396848 ; Tribunal correctionnel de Nanterre, 04 Mai 2021, Aff. Gilbert COLLARD*).

(...) »

81 Ne sont, dès lors, pas comprises dans le **champ d'incrimination** de l'article **226-13** du Code pénal précité les situations que la **loi**, la **Constitution** ou une **norme supranationale** a réservées.

82 Sont, ainsi, **exceptées** notamment les **matières** visées par l'article **226-14** du même Code, savoir :

1°) « (...) **les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret.** (...) » (**alinéa 1er**) ;

2°) la **révélation** aux **autorités judiciaires, médicales** ou **administratives** d'informations relatives à des **atteintes graves aux personnes et mauvais traitements sur animaux** (**alinéas 2 à 6**).

*

83 Se pose, dès lors, la question de la **communication** d'une **information à caractère secret**, dans le respect de la **loi**.

84 Comme susdit, la **liberté contractuelle**, de **rang constitutionnel**, permet aux parties **capables** et dont le **consentement** est **libre et éclairé**, de **fixer librement** le **contenu du contrat**, qui **n'est pas contraire à l'ordre public**.

85 De la même façon, la **liberté d'entreprendre** ne peut être limitée que pour des **motifs d'ordre public**.

86 Dès lors, en application des **normes constitutionnelles** susvisées (articles **4** et **5 DDH**), seule une **disposition législative** pourrait, en raison d'**exigences constitutionnelles** ou pour un **motif d'intérêt général**, limiter la **liberté contractuelle** et la **liberté d'entreprendre**, à condition qu'il n'en résulte pas d'**atteintes disproportionnées** par rapport à l'objectif poursuivi :

« (...)

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 ;*

(...) »

(CE, 6e et 1re sous-sections réunies, 09 Mars 2016, Société UBER et a., n°388213, N°388343 et n°388357).

87 Il est, de même, acquis, que le **secret professionnel cède** devant les **droits de la défense**, s'entend la **propre défense de l'avocat**, à **pleine valeur constitutionnelle** (article 16 DDH) :

(...)

*Mais attendu qu'en ne s'expliquant pas sur l'argumentation péremptoire dont elle était saisie, et alors que l'obligation au **secret professionnel** d'un **avocat** ne saurait lui **interdire**, pour se justifier de l'**accusation** dont il est l'objet et résultait de la **divulgaration** par un **client** d'une **correspondance** échangée entre eux, de **produire d'autres pièces** de cette **même correspondance utiles à ses intérêts**, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle au regard du respect des droits de la défense ; Que la **cassation** est encourue de ce chef ;*

(...) »

(Cass. Crim., 29 Mai 1989, n°87-82.073 – pièce n°10).

*

88 Ainsi que le juge le **Conseil constitutionnel**, « (...) **aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats et un droit au secret des sources des journalistes** ;

(...) »

(CC, décision n°2015-478 QPC du 24 Juillet 2015, Association French Data Network et autres, § 16 ; CC, décision n°2022-1030 QPC du 19 Janvier 2023, Ordre des avocats au barreau de Paris et autre, § 9).

89 Le « (...) **secret des échanges et correspondances des avocats** (...) » n'est donc pas protégé au titre des **droits de la défense** garantis par l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 – DDH - (CC, décision n°2022-1030 QPC du 19 Janvier 2023, Ordre des avocats au barreau de Paris et autre, § 9), à **pleine valeur constitutionnelle**, mais sous l'angle des articles 2 et 4 de la même **déclaration** (**droit au respect de la vie privée et secret des correspondances**) (CC, décision n°2015-478 QPC du 24 Juillet 2015, Association French Data Network et autres, § 16).

90 En outre, « (...) il incombe au **législateur** d'assurer la **conciliation** entre, d'une part, la **prévention des atteintes à l'ordre public** et des **infractions**, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des **droits** et des **libertés constitutionnellement garantis** ; (...) » (CC, décision n°2015-478 QPC du 24 Juillet 2015, Association French Data Network et autres, § 16 ; CC, décision n°2022-1030 QPC du 19 Janvier 2023, Ordre des avocats au barreau de Paris et autre, § 9).

91 La Cour européenne des droits de l'homme range, de même, la protection des **échanges confidentiels** entre les **avocats** et leurs **clients** sous l'égide de l'article 8 de la **Convention européenne des droits de l'homme** garantissant le **droit de toute personne** « (...) au respect de sa **vie privée et familiale**, de son **domicile** et de sa **correspondance**. (...) » :

« (...)

118. Il en résulte que si l'article 8 protège la **confidentialité** de toute « **correspondance** » entre individus, il accorde une **protection renforcée** aux **échanges** entre les **avocats** et leurs **clients**. Cela se justifie par le fait que les **avocats** se voient confier une **mission fondamentale** dans une **société démocratique** : la **défense des justiciables**. Or un avocat ne peut mener à bien cette **mission fondamentale** s'il n'est pas à même de **garantir** à ceux dont il assure la **défense** que leurs **échanges** demeureront **confidentiels**. C'est la **relation de confiance** entre eux, **indispensable** à l'accomplissement de cette **mission**, qui est en jeu. En dépend en outre, **indirectement** mais **nécessairement**, le respect du **droit du justiciable** à un **procès équitable**, notamment en ce qu'il comprend le droit de tout « **accusé** » de **ne pas contribuer à sa propre incrimination**.

119. Cette **protection renforcée** que l'article 8 confère à la **confidentialité** des **échanges** entre les **avocats** et leurs **clients** et les **raisons** qui la fondent conduisent la **Cour** à constater que, pris sous cet angle, le **secret professionnel des avocats** – qui toutefois se décline avant tout en **obligations** à leur charge – est **spécifiquement protégé** par cette disposition.

(...) »

(CEDH, 06 Décembre 2012, MICHAUD c. FRANCE, requête n°12323/11, §§ 118 à 119).

*

92 Le **secret professionnel** de l'avocat ne saurait, au regard des développements qui précèdent, être vu comme « (...) *d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps.* (...) », ainsi que l'énonce, **à tort**, le nouvel article 4 du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats.

93 Etant institué non pas pour satisfaire un **besoin sociétal**, mais **dans l'intérêt exclusif du client**, qui peut y **renoncer** en produisant spontanément la pièce protégée (**Cass. Com. 06 Juin 2001**, n°98-18.577 – *pièce n°7*) et qui, en outre, **pour tout ce qui le concerne**, peut en **déliier l'avocat** qui le **défend** ou le **conseille** (**CE, 3ème et 8ème chambres réunies, 12 Décembre 2018**, n°414088 ; **CE, 8ème et 3ème chambres réunies, 14 Avril 2023**, n°448486), le secret professionnel **n'est pas d'ordre public**, mais **d'intérêt privé**.

94 L'**incrimination** par l'article **226-13** du Code pénal de sa violation par le dépositaire témoigne, sans doute, de la **considération** de l'**Etat** pour cette **valeur sociale**. Cette **marque d'intérêt** de la **puissance publique** pour le **secret professionnel** ne suffit pas, pour autant, à **évincer les matières** en relevant du **champ d'application** de la **liberté contractuelle**. En effet, la **loi**, seule compétente pour restreindre la **liberté**, en cas de **nécessité** et de **façon proportionnée**, n'a nullement **interdit** au **client mandant** de **relever son avocat mandataire** du **secret professionnel** relativement aux **actes** et **faits juridiques** objet du **mandat licitement conclu** et **exécuté**. Le **règlement** qui prétend se substituer à la **loi** est, partant, vicié d'**incompétence**.

95 Cédant devant la **nécessité** de la **propre défense** de l'avocat (**Cass. Crim., 29 Mai 1989**, n°87-82.073 – *pièce n°10* ; **Cass. 2° Civ., 29 Septembre 2022**, n°21-13.625, § **14** – *pièce n°11* ; **Cass. 1° Civ., 26 Octobre 2022**, n°21-16.450, §§ **6** et **7** – *pièce n°12*), le secret professionnel **n'est pas absolu**, mais **seulement relatif**.

96 L'exécution du **mandat de représentation en justice** du **client** – que subsument les **droits de la défense à pleine valeur constitutionnelle** (article **16 DDH**) - nécessitant que **certaines informations** le concernant soient **divulguées au juge** et **communiquées à la partie adverse**, dans le respect du **principe du contradictoire**, le secret professionnel **n'est pas général**, mais **limité aux informations et documents** qui **ne sont pas destinés** à être **produits en justice**.

97 Il se déduit des **restrictions** susmentionnées que le secret professionnel **n'est pas illimité dans le temps**, puisqu'il **cessera** dès lors que :

- le **client**, dans la limite des **pouvoirs** qu'il détient sur les **informations** et **documents** concernés, en **déliera son avocat** ;
- l'**avocat** sera dans la **nécessité** de produire des **documents confidentiels** pour sa **propre défense** ;
- le **mandat de représentation en justice** confié à l'**avocat** sera **étendu** à des **pièces** jusque-là **réservées**, devant, par celui-ci, être **versées aux débats**.

*

98 La **limite** de la **liberté contractuelle** réside dans le **principe** selon lequel *Nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'a lui-même* (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Ce que confirme l'article **1153** du Code civil :

« *Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.* »

99 Le **contrat de mandat** suffit à investir l'**avocat mandataire** de la **mission de produire en justice** ou **communiquer** aux **tiers** des **informations confidentielles** concernant le **client – mandant**.

100 Une **convention** entre les **parties elles-mêmes**, le cas échéant **contresignée** par leurs **avocats respectifs** (article **1374** du Code civil) sera, en revanche, nécessaire pour permettre à ceux-ci de **produire en justice** des **lettres confidentielles** qu'ils auraient échangées (v. **tableau récapitulatif** relatif au **secret professionnel de l'avocat – pièce n°6**).

*

101 Au regard des développements qui précèdent, font difficulté les **alinéas 2 et 3** de l'article 4 d u **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats, ci-après reproduits :

« (...)

Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public, absolu, général et illimité dans le temps.

L'avocat ne peut en être relevé par son client ni par quelque autorité ou personne que ce soit, sauf dans les cas prévus par la loi.

(...) »

102 Ce faisant, la **Première ministre**, autrice du règlement attaqué, a prétendu **interdire** à un **justiciable, mandant d'un avocat, en toutes circonstances** et à l'égard de **tout document**, de **relever** celui-ci du **secret professionnel**. En présence d'un **contrat de mandat**, point n'est besoin d'une **autorisation expresse** de la **loi**. Le membre de phrase du troisième alinéa « (...) *sauf dans les cas prévus par la loi.* (...) » ne suffit pas, dès lors, à conférer un brevet de **légalité** aux dispositions réglementaires attaquées.

103 Il ne fait pas de doute, s'agissant d'une **atteinte substantielle** à la **liberté contractuelle**, de **rang constitutionnel** (**CC, décision n°84-137 L du 04 Juin 1984** - Nature juridique des dispositions de la loi n° 48-1360 du 1^{er} 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** était **compétent**, ainsi que le rappelle l'article **1102, alinéa 1er** du Code civil, pour réguler le **contenu** du **contrat de mandat** donné par chaque **justiciable** à son **avocat** et celui de l'**accord de levée de confidentialité** conclu par **toutes les parties intéressées**.

104 Comme susdit (*v. supra* § 94), la **Représentation nationale** n'a nullement entendu empêcher les parties à un **mandat de représentation et d'assistance en justice** de **relever** l'avocat du **secret professionnel**. Seront concernées les pièces émanant du **mandant** ou à lui destinées, à l'exclusion des **lettres confidentielles entre avocats** (non revêtues de la mention « *officielle* ») et des documents sur lesquels le client n'exerce **aucun pouvoir**. Il est, en effet, un principe de droit bien connu qu'on ne peut pas **transférer** plus de droits que ceux dont on est titulaire (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* – *v. supra* § 98 et pièce n°6).

105 La **levée** de la **confidentialité** attachée aux **lettres communiquées entre avocats** nécessitera un **accord** de **toutes les parties concernées** (**case E-3 du tableau synthétique** – *pièce n°6*). Chacun des **avocats** de la cause pourra, ainsi, en exécution de cet accord, **produire en justice** la ou les **pièces déconfidentialisées**. Ce, sans préjudice de la **faculté** des parties d'en saisir le **juge**, directement et par leurs **propres moyens** (*Cass. 1^o Civ., 30 Mai 2013, n°12-24.090* – *pièce n°8*), sous leur **seule responsabilité** et dans les instances où le **ministère d'avocat n'est pas obligatoire**.

106 S'agissant de **droits** dont les parties ont la **libre disposition**, l'**accord de levée de la confidentialité** pourra s'insérer, le cas échéant, dans une **convention de procédure participative** prévue par les articles **2062** à **2068** du Code Civil (**Titre XII** du **Livre III** consacré aux **Différentes manières dont on acquiert la propriété**) et régie par les articles **1542** à **1564-7** du Code de procédure civile (**Titre II** du **Livre V** consacré à **La résolution amiable des différends**).

*

107 Les **alinéas 2** et **3** de l'article **4** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats sont, sous le bénéfice de l'argumentation ci-devant présentée, viciés d'**incompétence** en tant qu'ils **abolissent la liberté contractuelle** devant entourer la **formation** :

- du **contrat de mandat** par lequel **chaque partie** est en droit, **de son propre chef**, de **lever la confidentialité** d'une **correspondance** échangée avec **son avocat**, qu'elle en soit l'auteur ou le destinataire, ainsi que des **pièces** qui la concernent ;
- de l'**accord** par lequel **toutes les parties** intéressées **lèvent la confidentialité** des **correspondances** que leurs **avocats respectifs** ont pu mutuellement s'adresser.

*

II-C-5-2/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 6, ALINEA 2 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS : LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LEGALITE DES DELITS ET DES DROITS DE LA DEFENSE

108 Ce texte dispose :

« La profession d'avocat concourt à l'accès à la justice et au droit.

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.

Dans le cadre d'une convention conclue en application de l'article 57 de la loi du 10 juillet 1991 susvisée, l'avocat peut, à l'issue d'une consultation juridique gratuite donnée notamment dans une mairie, ou une maison de justice et du droit, accepter de prendre en charge les intérêts de la personne qu'il reçoit et qui en fait la demande. »

*

109 L'**alinéa 2** n'est que le **rappel** de l'article **9** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions 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. »

110 On perçoit difficilement, au demeurant, la **nécessité** ou même l'**utilité** de ce **rappel**, au regard de l'**intérêt général**. La **loi** ayant été **régulièrement publiée** au Journal officiel de la République française, il n'est nul besoin de la notifier une seconde fois par le règlement. S'agissant, en outre, d'une disposition législative **auto-exécutoire**, comme ne nécessitant pas, pour son **exécution**, de **mesures d'application**, son entrée en vigueur intervient, en principe, conformément à l'article **1er, alinéa 1er, première phrase**, du **Code civil**, le lendemain de sa publication. Ce **psittacisme normatif** n'a, ainsi, **aucune justification rationnelle**.

111 Le **règlement** ne crée, en effet, **aucune obligation nouvelle** dont l'avocat serait tributaire et ne précise **aucun détail d'exécution**. Il ne saurait, en conséquence, avoir **aucune portée normative**.

112 Le **décret**, ici, ne fixe **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**).

113 Il s'agit d'un **neutron normatif**.

.../...

114 L'**obligation positive de déférer à la commission d'office** est bien d'origine **législative et non pas réglementaire**. Dès lors, le **manquement** à ladite **obligation** ne peut, le cas échéant, qu'être **incriminé et réprimé** par le **législateur**, - ce dont, celui-ci s'est, en l'occurrence, **abstenu** - ainsi que le juge le **Conseil d'Etat** :

« (...)

*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**).

115 L'article **6, alinéa 2** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats ne saurait, en conséquence, être **invoqué**, en **combinaison** avec les articles **183** et **184** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat aux fins d'**incriminer** - au titre notamment d'une **contravention au règlement** ou d'une **infraction aux règles professionnelles d'origine réglementaire** - et **réprimer un éventuel manquement** à l'**obligation** instaurée par le seul article **9** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, auquel il est exclu, comme susdit, qu'une disposition **réglementaire** puisse se **substituer**.

116 L'article **6, alinéa 2** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats crée, ainsi, une **insécurité juridique** constitutive d'une **violation** :

- du **principe de légalité des délits** que consacre l'article **8** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789 (DDH)** ;
- des **droits de la défense** garantis par l'article **16 DDH**,

tous deux à **pleine valeur constitutionnelle**.

*

117 Comme on le voit, **dénuée, en tous cas, d'intérêt informatif et normatif**, la **répétition de la loi** par le **règlement (écholalie normative)** devient, en outre, **périlleuse** pour les **droits fondamentaux** lorsqu'elle porte sur une **obligation** définie par le **législateur**, dont le **pouvoir exécutif** prétend, à tort, parallèlement, **incriminer et réprimer** le **manquement** au titre de la **contravention aux règlements** ou de l'**infraction aux règles professionnelles d'origine réglementaire**. Comme le font **illégalement** les articles **183** et **184** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat (v. **requête n°453729** déposée le **17 Juin 2021**, §§ **II-C-G** et **II-C-H** – pages **271-347/409**).

.../...

*

118 L'article **6, alinéa 2** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats devra, pour les **raisons** qui précèdent, être **annulé**.

*

**II-C-5-3/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 10, ALINEAS 2, 3, 4 ET 8 DU
DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES
AVOCATS**

119 L'article 10 du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats dispose :

« L'avocat informe son client, dès sa saisine, des modalités de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles et de l'ensemble des frais, débours et émoluments qu'il pourrait exposer. L'ensemble de ces informations figurent dans la convention d'honoraires conclue par l'avocat et son client.

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.

Les honoraires tiennent compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences accomplies.

Toute fixation d'honoraires qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu.

Au cours de sa mission, l'avocat informe régulièrement son client de l'évolution du montant de ces honoraires, frais, débours et émoluments.

Des honoraires forfaitaires peuvent être convenus. L'avocat peut recevoir d'un client des honoraires de manière périodique, y compris sous forme forfaitaire.

Lorsque la mission de l'avocat est interrompue avant son terme, il a droit au paiement des honoraires dus dans la mesure du travail accompli et, le cas échéant, de sa contribution au résultat obtenu ou au service rendu au client.

La rémunération d'apports d'affaires est interdite. »

*

120 Seront envisagées successivement l'**illégalité** des **alinéas 2, 3 et 4 (II-C-5-3-a)**, puis celle de l'**alinéa 8 (II-C-5-3-b)** de l'article 10 du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats.

*

**II-C-5-3-a/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 10, ALINEAS 2, 3 ET 4 DU
DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES
AVOCATS**

121 Les **alinéas 2, 3 et 4** ne sont que la reprise des **alinéas 3 à 5** de l'article **10** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ci-après reproduits :

« (...)

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.

Les honoraires tiennent compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci.

Toute fixation d'honoraires qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu.

(...) ».

122 Le même grief d'**absence de normativité** que précédemment (v. *supra* § **II-C-5-2**) peut, partant, leur être adressé, sous l'angle de la violation du **principe de légalité des délits** (article **8 DDH**) et des **droits de la défense** (article **16 DDH**), s'il était fait grief à l'**avocat**, au vu des **dispositions réglementaires** attaquées et en dehors des **exceptions** prévues par le texte, de ne pas avoir conclu une **convention d'honoraires** avec son client.

*

II-C-5-3-b/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 8 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS

123 Ce texte dispose :

« (...)

La rémunération d'apports d'affaires est interdite. »

*

124 Doivent, ici, être envisagées :

125 D'une part, **l'illégalité externe : incompétence et défaut de consultation de l'Autorité de la concurrence (1)**.

126 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 ») (2)**.

**1 / L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 8 DU
DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES
AVOCATS**

127 Seront, tour à tour, envisagés les **deux vices** de la **légalité externe** suivants :

1°) L'incompétence du Premier ministre pour limiter la liberté contractuelle (1-1).

2°) Le défaut de consultation obligatoire de l'Autorité de la concurrence (article L. 462-2 du Code de commerce) (1-2).

*

**1-1/L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 8 DU
DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES
AVOCATS VICIE D'INCOMPETENCE : SEULE LA LOI EST HABILITEE A LIMITER
LA LIBERTE CONTRACTUELLE POUR DES MOTIFS IMPERIEUX D'INTERET
GENERAL**

128 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**. ».*

129 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** ;*

(...) »

130 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**. »)).*

131 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 1^{er} 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).

132 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, 1^{ère} et 4^{ème} 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 **déla**i 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 **déla**i de **réflexion** pour **protéger le consentement du consommateur**. Le **déla**i 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 **déla**i 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 **déla**i 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. Ire civ. 22 septembre 1981**, Bull. cass. I, n° 268 ; **Cass. Ire 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 **délaï de réflexion** pour s'assurer que son **consentement** est **réellement éclairé**.*

*Mais pour autant, le fait d'imposer un **délaï** 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 **délaï 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 délaï.*

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 **délaï de réflexion** de quinze jours ; - et au rejet du surplus des conclusions des requêtes.*

(Conclusions de Madame Christine MAUGÛE, Commissaire du gouvernement sous CE, 1ère et 4ème sous-sections réunies, 27 Avril 1998, n°184473, 184557).

*

133 Le **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**.

134 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. »

135 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. »

136 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. »

137 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. »

*

138 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).

*

139 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^e édition Janvier 2020, v^oCOURTAGE, p. 279).

140 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**.

141 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 8** du **décret n°2023-522 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie de l'**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.** »*

142 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**.

143 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**.* ».

144 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** susvisé.

145 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.* ».

146 Le **contrat de courtage** n'est pas **nul** du seul fait que son **objet** est d'**optimiser** le **fonctionnement** du **cabinet de l'avocat**, dans un contexte de **très forte concurrence** (plus de **74000 avocats** en **France** en **2023**) et de permettre un **accès rapide** à l'**information juridique**, ainsi qu'à la **défense en justice**.

147 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.*
(...) »

*

148 Il est à observer, de surcroît, qu'une **loi** a été rendue nécessaire pour **restreindre** la **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).

*

149 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. Le **législateur** ne **nomme, à aucun moment**, le **contrat de courtage d'affaires juridiques**. Il s'agit, à ce jour, d'un **contrat innomé** et, partant, **non réglementé**. 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.

(...) ».

150 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.

*

151 En **interdisant**, par l'article **10, alinéa 8** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats, d e **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**.

152 Cette **disposition réglementaire** devra, partant, être **annulée**.

*

**1-2/ L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 8 DU
DECRET N°2023-552 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS : LE
DEFAUT DE CONSULTATION OBLIGATOIRE DE L'AUTORITE DE LA
CONCURRENCE**

153 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. »

*

154 L'**interdiction du courtage d'affaires juridiques** a **nécessairement** et **directement** pour effet de **réduire le chiffre d'affaires** des avocats désirant y recourir.

155 Le **Gouvernement** avait, partant, l'obligation en vertu de l'article **L. 462-2, 1°** du Code de commerce de soumettre le projet de décret créant *ex nihilo* cette interdiction à l'**Autorité de la concurrence**.

156 En omettant d'accomplir cette **formalité obligatoire**, préalable à l'édition du règlement, le **Premier ministre** a entaché l'article **10, alinéa 8** du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats d'un **vice de procédure** le vouant à l'**annulation**.

*

2/ L'ILLEGALITE INTERNE DE L'ARTICLE 10, ALINEA 8 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS : 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

157 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. »

158 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** ») (**2-1**).

2.-/ L'abus de position dominante (**2-2**).

*

2-1/ LA VIOLATION DE L'ARTICLE 24 DE LA DIRECTIVE**2006/123/CE**

159 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**).

160 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**.

(...) »

161 Quant à l'article **24** 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**. »

162 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**. A l'origine **unilatérale**, celle-ci se transforme, par l'**intermédiation d'un tiers professionnel** dans la **sollicitation personnalisée (marketing direct)**, en un **rapport contractuel tripartite (marketing médiat)**. Le **courtier** 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. (...)** ».

163 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**.

164 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, 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 a u 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).

165 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.* ».

*

166

I.-/ En l'occurrence, l'article 10, alinéa 8 du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats, 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**. Il ne saurait être sérieusement contesté que le **courtage** est 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.

167

II.-/ Subsidiairement, devrait se poser, à propos de l'article 10, alinéa 8 du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats, 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**).

.../...

168 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).

169 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***.

170 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.

171 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* ».

172 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 (...)* ».

173 Or, aux termes de l'article **111** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat, repris à **droit constant** par l'article **22, a** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats :

« *La profession d'avocat est incompatible :*

a) *Avec toutes les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée ;(...)* »

174 La **dérogation nouvelle** à la **règle d'incompatibilité** sus-énoncée concerne, selon l'**alinéa 4** de l'article **111** du **décret** précité (dorénavant article **22, alinéa 4** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats), 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.* »

175 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^o Civ., 15 Mars 2005**, n°03-17.835).

176 Cette solution ne pourrait, aujourd'hui, être maintenue compte tenu des modifications 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 (aujourd'hui article **22, alinéa 4** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats, entré en vigueur le 03 Juillet 2023), **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.* ».

177 **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**.

178 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, 13^e édition Janvier 2020, v° DICHOTOMIE, page 342).

179 Dans ces conditions, l'article **10, alinéa 8** du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats, 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**.

180 Il résulte de ce qui précède que la **réglementation critiquée** interdit **totale**ment 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**.

*

181 *De lege ferenda* (v. *supra*, § 157), l'article **10, alinéa 8** du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats 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**. »

*

2-2/ L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

182 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).

*

183 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**).

*

184 Une **réglementation nationale**, tel l'article **10, alinéa 8** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats 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).

185 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**.

186 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).

*

187 Dans ces conditions, l'application de l'article **10, alinéa 8** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats 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**.

188 Ce texte devra, partant, être **annulé**.

Ce, sans préjudice du **renvoi**, en vertu de l'article **267, § 3** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)**, à la **Cour de justice de l'Union européenne**, de la **demande de décision préjudicielle** suivante :

« *Les articles 101 à 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE -, ainsi que 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 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle qu'elle résulte de l'article 10, alinéa 8 du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats, qui, par la prohibition de toute rémunération d'apports d'affaires, interdit totalement aux avocats de recourir au courtage d'affaires juridiques, forme à part entière de communication commerciale ?* »

*

.../...

II-C-5-4/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 19 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUILLET 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS

189 Ce texte est la **reproduction littérale** de l'article **19** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat. Il dispose :

« 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**. »

*

190

1°) D'une part, chacune des **quatre occurrences** « **bâtonnier** » pose problème au regard du **droit** de l'avocat d'**exercer hors barre**, puisque dans cette hypothèse **il n'existe pas de bâtonnier**.

191 L'article **19** du **décret** est, donc, dans son entier et **ab initio privé d'objet** – sauf **interprétation conforme** - en tant qu'il ne précise pas les **règles applicables** à un **avocat exerçant hors barre**.

192 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.* » Auraient été, ainsi, précisées les **voies de droit** ouvertes à l'encontre de la **décision de refus** du **bâtonnier**.

193 Dans ces conditions, ce texte devra être **annulé** en tant que par l'**interdiction** qu'il fait à un **avocat exerçant hors barre** de défendre les intérêts du client contre son prédécesseur, il porte à la **liberté d'entreprendre** une **atteinte non prévue par la loi**.

194

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 annexée à la requête n°453729 déposée le 17 Juin 2021**).

195 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**.

196 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**.

197 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**.

198 Il méconnaît, en outre, les **droits de la défense**, de **rang constitutionnel** (article **16 DDH**) en privant le **justiciable** du **défenseur de son choix**.

.../...

199

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** du **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**.

200 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°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats porte une **atteinte substantielle** au **principe de légalité des délits** (article **8 DDH**) dans le cas où il serait fait **grief** à l'**avocat** de ne pas avoir informé le **bureau d'aide juridictionnelle**, sans rechercher s'il avait été **avisé**, au **préalable**, que son **prédécesseur** intervenait au titre de l'**aide juridictionnelle**. Ce texte est entaché d'**excès de pouvoir** et doit, partant, être **annulé**.

*

II-C-5-5/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 35 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS

201 Cet article dispose :

« L'**avocat** qui souhaite exercer en **qualité de fiduciaire** en **informe** par écrit, avant d'accomplir tout acte relatif à cette activité, le **conseil de l'ordre** dont il relève.

Il joint à sa déclaration une attestation de souscription des assurances spéciales et, le cas échéant, des garanties financières prévues par le quatrième alinéa de l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée.

Chaque attestation spécifie le montant de la couverture accordée et sa période de validité. Elle est transmise, par l'avocat, au constituant et, le cas échéant, au bénéficiaire.

Pendant la durée de l'activité fiduciaire, les attestations sont adressées chaque année par l'avocat au **conseil de l'ordre**.

Elles sont adressées au constituant et, le cas échéant, au bénéficiaire dans le délai d'un mois à compter du renouvellement ou de toute modification des contrats d'assurance ou des garanties financières.

En cas de cessation de la garantie pour quelque cause que ce soit, l'assureur doit immédiatement en informer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception le constituant, le bénéficiaire s'il y a lieu, ainsi que le **bâtonnier**. »

*

202 Les **griefs** précédemment articulés contre l'article **19** (v. *supra* § **II-C-5-4**) peuvent, de même, être adressés à l'article **35** d u **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats.

203 En effet, l'**avocat fiduciaire**, à l'instar de l'avocat n'ayant pas cette **qualité**, peut exercer au sein d'un **barreau** ou **hors barreau** (v. § **II-C-E** de la **requête n°453729** déposée le 17 Juin 2021, pages **223-262/409** – pages **223-262/409** et § **II-C-5-7** *infra* de la **présente requête**).

204 L'article **11** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, par lequel le **légi­slateur** a dressé la **liste exhaustive des conditions essentielles d'accès (admission à l'exercice)** à la profession d'avocat, ne mentionne pas l'inscription au **tableau** d'un **barreau**. Le **règlement** n'a pas la **compétence constitutionnelle** pour étendre cette liste.

205 De plus, on rappelle que l'article **323** du Code de procédure pénale envisage expressément, devant la **cour d'assises**, l'hypothèse d'un **avocat** qui « (...) *n'est pas inscrit à un barreau* (...) ».

.../...

206 L'article **35** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats est, dès lors, vicié d'**illégalité externe (incompétence)** en tant qu'il subordonne l'exercice d'**avocat fiduciaire** à la **déclaration préalable** au **conseil de l'ordre** d'un **barreau**.

*

II-C-5-6/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 42, ALINEA 2 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS ET DE L'ARTICLE 110-1 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT, DANS SA REDACTION ISSUE DE L'ARTICLE 52, 1° DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS

207 Aux termes de l'article 42 du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats :

« L'avocat honoraire demeure soumis aux obligations résultant du serment d'avocat.

Il ne peut exercer aucun acte de la profession hormis la consultation ou la rédaction d'actes, sur autorisation du bâtonnier.

L'avocat honoraire peut accepter une mission de justice, d'arbitrage, d'expertise ou de médiation. Il peut également participer à une commission administrative ou à un jury d'examen ou de concours. »

208 Quant à l'article 110-1 du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, dans sa rédaction issue de l'article 52, 1° du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats, il dispose :

« Avant de pouvoir, en application de l'article L. 723111 (aujourd'hui, article L. 653-7) du code de la sécurité sociale, reprendre l'exercice de la profession d'avocat, l'avocat honoraire est inscrit à sa demande au tableau d'un barreau mais est dispensé de prêter le serment d'avocat. Pendant la durée de cet exercice, il n'est pas autorisé à se prévaloir de son honorariat.

A compter de la cessation de cette activité, il peut à nouveau se prévaloir de sa qualité d'avocat honoraire, à moins que celle-ci ne lui ait été retirée en application de l'article 184 du décret n° 911197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. »

*

209 Comme susdit (v. *supra* § II-C-5-5), il n'appartient pas au **pouvoir exécutif** de fixer les **conditions essentielles d'exercice** de la profession d'avocat, **limitativement** énumérées par l'article 11 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

210 De même que l'avocat peut librement exercer sa profession par la seule vertu de sa **prestation de serment**, de même l'avocat honoraire peut-il reprendre son **activité** sans avoir à être **inscrit** au **tableau** d'un **barreau**. Il devra, toutefois, se déclarer comme **avocat exerçant** auprès du **Conseil national des barreaux**, aux fins de figurer sur l'**annuaire national** que cet organisme « (...) **établit, met à jour et met à disposition en ligne** (...) en application 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.

.../...

211 Pour les mêmes raisons, l'**avocat honoraire** qui entend limiter son activité à la **consultation juridique** et à la **rédaction d'actes sous signature privée** n'aura pas, pour ce faire, à solliciter l'**autorisation du bâtonnier**.

212 En effet, l'article **15**, **alinéas 2, première phrase** et **4**, de la **loi** susvisée accorde le **droit de vote** aux **avocats honoraires**, qui sont considérés toujours comme **membres du barreau**, même s'ils ne figurent plus au **tableau** dudit barreau :

« (...) »

*Chaque barreau est administré par un conseil de l'ordre élu pour trois ans, au scrutin secret binominal majoritaire à deux tours, par tous les avocats inscrits au tableau de ce barreau et par les **avocats honoraires** dudit barreau.*

(...)

*Le conseil de l'ordre est renouvelable par tiers chaque année. Il est présidé par un bâtonnier élu pour deux ans dans les **mêmes conditions**.*

(...) »

213 Or, aux termes de l'article **56** de la même **loi** :

*« Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les **avocats inscrits à un barreau français**, les notaires, les huissiers de justice, les commissaires-priseurs judiciaires, les administrateurs judiciaires et les mandataires-liquidateurs disposent concurremment, dans le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs, du **droit de donner des consultations juridiques** et de rédiger des **actes sous seing privé pour autrui**. »*

214 Ce texte, que l'**obligation d'interprétation conforme** tend à interpréter comme reconnaissant notamment aux **avocats** inscrits sur l'**annuaire national** susmentionné – et non pas aux seuls « (...) **avocats inscrits à un barreau français** (...) » le « (...) **droit de donner des consultations juridiques** et de rédiger des **actes sous seing privé pour autrui**. », **ne distingue pas** selon que l'**avocat** est de **plein exercice** ou **avocat honoraire**.

215 *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, dit l'adage : quand la **loi** ne distingue pas, nous non plus ne devons distinguer.

216 S'agissant d'une **condition essentielle** de l'activité d'avocat, fût-elle réduite à la **consultation juridique** et à la **rédaction d'actes sous signature privée**, seul le **législateur** était investi de la **compétence constitutionnelle** pour la **limiter**, ce qu'il n'a pas fait.

217 Le règlement était, donc, **radicalement incompétent** pour ajouter à la **loi** une **condition** qu'elle ne prévoit pas et subordonner l'exercice de l'**avocat honoraire** en termes de **consultations juridiques** et **rédaction d'actes sous signature privée** à l'autorisation du **bâtonnier**.

218 L'article **42** du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats et l'article **110-1** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, dans sa rédaction issue de l'article **52**, **1°** d u **décret** susvisé, sont, partant, entachés du **vice d'incompétence** et devront être **annulés**.

*

II-C-5-7/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 43 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS

219 L'article 43 du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats est la reprise, à l'identique, de l'article 154 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, aux termes duquel :

« 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. »

220 Cet article était, avant son **abrogation** décidée par l'article 52, 3° du décret attaqué, intégré au **Titre III** du décret susvisé consacré à « **L'exercice de la profession d'avocat (Articles 111 à 179-7** devenus articles 124 à 179-7 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat) ».

221 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.

*

222 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 (invité)** le **pouvoir réglementaire** à 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** ; ».

223 Il découle de cette énumération :

224 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 110-1) au sein du **Titre II** du décret susvisé n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat traitant de l' « **Accès à la profession d'avocat (Articles 42 à 110-1)** ».

225 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**.

226 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.

*

227 L'article **43** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats 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-5-7-a)**.

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-5-7-b)**.

*

II-C-5-7-a/ L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 43 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS

228 Elle se déduit des quatre considérations suivantes :

1°) L'article **43** du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats 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** (1).

2°) L'**obligation d'interprétation conforme** du **règlement** ne permet pas, sauf **dénaturation** du texte soumis à l'examen, de donner à l'article **43** du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats une **signification autre** que celle à laquelle conduit l'**interprétation littérale** (2).

3°) **Seule la loi** peut **fixer les conditions essentielles d'accès** à une profession et celles de son **exercice** (3).

4°) **Seule la loi** peut **instaurer un régime d'autorisation préalable** (4).

*

**II-C-5-7-a-1/ L'ARTICLE 43 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023
PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS EST UNE DISPOSITION
REGLEMENTAIRE AUTONOME EN TANT QU'IL NE PEUT ETRE REGARDE COMME
AYANT ETE PRIS SUR LE FONDEMENT D'UNE DISPOSITION LEGISLATIVE**

229 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. ».*

230 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**. »*

231 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 occupons 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**.*

(...) » (nous soulignons).

232 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**. »*

233 Le **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.* »

234 Le **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**).

235 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 **obligatorité** et son **unicité**. 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**.

236 Les **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 – 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).

237 Dans ces conditions, l'article 43 du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats, dont le prédécesseur qu'il remplace à l'**identique** s'intégrait au **Titre III** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat 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 (...)* »). En effet, ce texte ne formule qu'une **faculté d'adhésion** à un barreau (une **présomption quod plerumque fit**). **Aucune autre disposition législative** ne crée d'obligation d'inscription au **tableau** d'un barreau.

238 On sait, dans cet ordre d'idées, 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.

239 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 110-1)** ».

240 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** notamment 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 le **Conseil constitutionnel** dans le cadre de l'examen d'une **question prioritaire de constitutionnalité** (article **4, alinéa 1er**).

241 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**.

242 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 et, partant, de l'actuel article **43** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats (**CE, 18 Février 1921**, DP 1922. 3. 1), **n'est plus d'actualité**.

243 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).

244 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**.

245 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**.

246 Le préalable obligatoire de l'**interprétation conforme** ne permet pas, cependant, de donner à l'article **43** du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats une **signification** autre que celle à laquelle conduit son **interprétation littérale** (v. *infra* § II-C-5-7-a-2).

*

II-C-5-7-a-2/ 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

247 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**.

248 Elle implique nécessairement qu'un **texte national** ne puisse être évincé, 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***.

249 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.

*

250 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).

.../...

251 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 Etat 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, Ognjanov, 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).

*

252 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**.

253 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**.

254 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**.

255 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**.

*

256 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**.

257 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 43 DU DECRET N°2023-552 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS SE HEURTE A LA DENATURATION DU TEXTE

258 La **difficulté**, en l'occurrence, se loge dans la question suivante :

259 Confronté à un **règlement national** (ici, un **décret en Conseil d'Etat**) dont il present 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, 13^e édition Janvier 2020, v° INTERPRETATION, page 564) et selon quels **critères** ?

- 260 L'**interprétation littérale**, qui s'attache à la **lettre** du texte, fige celui-ci dans son expression originelle, au jour de son édicition, sans possibilité d'adaptation aux changements de circonstances de droit ou de fait.
- 261 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.
- 262 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**.

*

263 En l'espèce, il ne fait pas de doute :

264

1°) Qu'**aucune décision de justice** n'a dit, jusqu'ici, que par l'expression « (...) **au tableau d'un barreau français** » qu'utilise l'article **43** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats, 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** (...) ».

265 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 majeur d'une telle **interprétation** est de ne pas avoir, à ce jour, été recueillie par la **jurisprudence**.

.../...

266

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 XXI^e 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 – repris à **droit constant** par l'article **43** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats, lui est antérieur de **vingt-cinq années**.

267

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.

268 La consultation du **Journal officiel** conforte cette idée. On y trouve, sous l'empire de la **IV^e République** et avant l'entrée en vigueur de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, l'article **5** du **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 (JORF du 11 Avril 1954, pages 3494 à 3497), dans une **rédaction très voisine** de celle de l'ancien article **154** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat et, partant, du nouvel article **43** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats :

*« 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. »,

au visa notamment de « *la loi du 22 ventôse an XII* » et de « *la loi n°54-390 du 8 avril 1954 tendant à constater la nullité de l'acte dit loi n°2525 du 26 juin 1941 réglementant l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau et de l'acte dit loi n°2691 du 26 juin 1941 instituant le certificat d'aptitude à la profession d'avocat* », **loi** publiée au JORF du 09 Avril 1954, page 3420 et dont le **quatrième** et **dernier article** disposait qu' « *Un **règlement d'administration publique** déterminera les **conditions d'exercice** de la profession d'avocat et les **règles applicables** à la discipline du barreau.* »

269 Par l'effet de cette **habilitation législative**, le **chef du Gouvernement (Joseph LANIEL, Président du Conseil des ministres)** était investi du **pouvoir** d'intervenir dans le **domaine de la loi**. Le **Parlement** opérait, ainsi, un véritable **transfert de matière législative** au profit du **pouvoir exécutif** agissant par voie de **règlement d'administration publique**. C'est, donc, bien les **conditions essentielles d'exercice** de la profession d'avocat, ainsi que l'**intégralité** des **règles applicables** à la discipline du barreau qu'il était demandé au **pouvoir réglementaire** de déterminer, comme l'aurait fait le **législateur** lui-même, s'il avait décidé de se réserver cette compétence.

.../...

270 Depuis la **Constitution** du 04 Octobre 1958, cette **faculté n'existe plus**. Le **législateur** doit exercer lui-même ses **propres compétences constitutionnelles**, sans possibilité aucune de **déléguer** cet exercice au **pouvoir réglementaire**.

271 Ainsi le jugent, avec **constance**, tant le **Conseil constitutionnel** que le **Conseil d'Etat** :

« (...)

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

(...) »

(**CC, décision n°2005-512 DC du 21 Avril 2005 – Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, § 9**) ;

« (...)

*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**).

*

272 En l'espèce, **forcer l'interprétation** de l'article **43** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats, 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 plus de **trente ans**, en considération de l'article **154** du **décret n°91-1197 précité du 27 Novembre 1991** que le nouveau texte reprend **intégralement**. La **rédaction similaire** des textes en vigueur sous les **III^e et IV^o Républiques** (respectivement, article **5** du **décret du 20 Juin 1920 – supra §§ 242 et 243** – et article **5** du **décret n°54-406 du 10 Avril 1954 – supra § 268**) conforte cette analyse.

.../...

273 L'interprète doit, donc, se rendre à l'évidence : le **Chef du gouvernement** a voulu, à tort, en 1991 et en 2023, comme il l'avait fait déjà en 1972 (article **82, alinéa 1er** du **décret** « n°72-468 du 9 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 »), de **sa propre autorité**, mais **sans la compétence constitutionnelle** requise, **ajouter** à la **loi** une **condition essentielle d'exercice** de la profession d'avocat, que le **législateur** n'a pas prévue. Ce, 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 de réforme**, des « *dispositions contraires* » à ladite **loi**.

274 Cependant, comme susdit (v. *supra*, §§ **270** et **271**), la **Constitution** de la **France** ne permet plus, depuis 1958, une telle **extension** de la **compétence réglementaire** (v. *infra* §§ **II-C-5-7-a-3** et § **II-C-5-7-a-4**).

*

II-C-5-7-a-3/ SEULE LA LOI PEUT FIXER LES CONDITIONS ESSENTIELLES D'ACCES A UNE PROFESSION NON SOUMISE A AUTORISATION ET CELLES DE SON EXERCICE

275 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;

(...) ».

276 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**).

277 Il en résulte que l'édition du **règlement autonome** (article **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) ne sera possible que :

278

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**.

279

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**.

280

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).

281 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**.

282 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-5-7-a-4/ SEULE LA LOI PEUT INSTAURER UN REGIME D'AUTORISATION PREALABLE

283 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).

284 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).

285 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.

286 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

287 Si l'on peut, dans cet ordre d'idées, reconnaître au **Premier ministre** la **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.

288 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**.

289 En outre, le caractère **indivisible**, d'une part, de la **plaidoirie**, laissée par le **législateur** hors le champ de toute **réglementation** – en dehors des **alinéas 4 à 6** de l'article **41** de la **loi** du **29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse - 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**.

290 Comme susdit, on tire des développements qui précèdent que depuis **1971** et selon la **volonté du législateur**, 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**).

291 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 **43** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie de la profession d'avocat est **radicalement entaché d'incompétence**.

292 Son **annulation** doit s'ensuivre.

*

II-C-5-7-b/ L'ILLEGALITE INTERNE DE L'ARTICLE 43 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS : LA VIOLATION DE LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE ET DE LA LIBERTE D'ASSOCIATION

293 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**).

294 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).

295 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).

296 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).

297 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**.

298 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**.

299 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).

300 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).

301 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).

*

.../...

302 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).

303 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.**

304 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).

305 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).

*

306 Le **Conseil d'Etat** a reçu comme **opérant le 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).

307 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).

308 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**.

309 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-exécutives**, 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.

310 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.** »

311 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.

312 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. »

313 Aucune autre disposition de l'article 52 ne renvoie au **règlement** la tâche d'établir les conditions de son application.

314 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 « *U n décret en Conseil d'Etat* » le soin de fixer « *les modalités d'application du présent article.* ».

315 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**.

316 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** déferé à sa censure par les requérants qui contestaient sa légalité.

317 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* ».

318 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.

*

319 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**).

320 *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**.

*

321 Le **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).

*

322 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**.

323 L'exemple, tiré du **monde sensible** (**géologie**), de la formation des **lacs glaciaires**, permet de mieux identifier le concept de **réglementation** (soumettre une **activité** à des **règles**). L'étendue d'**eau douce** constituant le **lac** est le résultat de l'**érosion glaciaire** (érosion par **cavitation**), à la faveur du recul d'un **glacier**, à la fin des **glaciations quaternaires** (lacs alpins ; grands lacs américains...). Si la **roche meuble** n'avait pas été **creusée** par la **glace**, la **fonte** de celle-ci n'aurait pas été **recueillie** dans la **cuvette minérale**.

324 De même, dans le **monde intelligible**, si la **loi** ne **limite** pas la **liberté originelle** de l'homme, le **règlement**, qu'il soit **dérivé** ou **autonome** (**spontané**), ne peut **s'installer**. La **mise en cause** par le **législateur** des **règles** et **principes** que le **Constituant** a placés dans le **domaine de la loi**, notamment à l'article 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, mais aussi à l'article 11 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789, est à la **liberté** ce que l'**érosion glaciaire** est à l'**écorce terrestre**. La **mise en œuvre** des mêmes **règles** et **principes** par le **règlement** ne lui est autorisée que parce que la **loi** lui a préalablement **aménagé** cet **espace normatif**, qu'il appartient au **pouvoir exécutif** de **remplir**.

*

.../...

325 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.* ».

326 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).

327 **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**.

328 Le **Conseil d'Etat** (**CE, 20 Novembre 2019, ASSOCIATION GRAND BARREAU DE FRANCE**, n°420772, § 3) a, de son côté, plus récemment, confirmé :

329

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.* »

330

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 'barreaux'** (...) **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, n°420772, § 3**).

*

331 Il résulte des **principes et règles** susvisés :

332

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 par la **requête n°453729** déposée le 17 Juin 2021, **Maître KRIKORIAN** ait demandé l'**abrogation** du texte réglementaire précité (v. § II-C de ladite **requête**).

333

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.* »

334

3°) Que la **profession d'avocat** n'est pas une activité dont l'**exercice hors barreau** (la **plaidoirie**) est réglementé par la **loi** (en dehors des **abus de la liberté d'expression**), mais une profession dont seul l'**accès** est soumis aux **conditions de la loi** et dont le **titre** est **protégé** par celle-ci.

335 En effet, la **plaidoirie** a été laissée **hors champ de toute réglementation** de la part du **législateur de 1971** :

.../...

« *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).

*

336 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**).

337 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**.

338 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.* »

339 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.* »

340 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**).

.../...

341 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. »

*

342 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 et/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. »

343 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. »

*

344 Il résulte de ce qui précède :

345

1°) Que l'article **43** du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats 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. ».*

346 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**.

347

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**.

348 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.

349 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**.

350 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.

*

351 On tire de ce qui précède :

352

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.

353

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**.

*

354 Dans ces circonstances, l'article **43** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats 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**.

*

355 L'article **43** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats 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. Ils déclarent leur exercice professionnel hors barreau auprès du Conseil national des barreaux selon les modalités prévues par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice.

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. »

*

356 Sa rédaction *de lege lata* le voue à une **annulation certaine** pour les **raisons** ci-dessus exposées.

*

II-C-5-8/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 44 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS : LA VIOLATION DIRECTE DE LA LOI

357 Ce texte dispose :

« Tout avocat qui fait l'objet d'une action judiciaire en dommages-intérêts en raison de son activité professionnelle doit en informer sans délai le bâtonnier. »

*

358 Rien, au regard des règles définies par le législateur relatives aux **procès en responsabilité professionnelle** dirigés contre les **avocats**, ne justifie une telle **obligation générale et absolue d'information**.

359 Les articles **26** et **27** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (**Titre Ier** : Création et organisation de la nouvelle profession d'avocat (Articles 1 à 53) - **Chapitre IV : De la responsabilité et de la garantie professionnelles**. (Articles **26** à **27**) disposent respectivement :

Article **26** :

« Les instances en responsabilité civile contre les avocats suivent les règles ordinaires de procédure. »

Article **27** :

*« 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**. »*

*

360 L'**obligation d'information** du **bâtonnier** ne trouve une justification que dans les cas où l'« (...) *assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle de chaque avocat membre du barreau* (...) » est souscrite par le **barreau** et non pas lorsque l'**avocat** est **personnellement garanti** contre le **risque de défaillance professionnelle**.

361 Dans ces conditions, l'article **44** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats est entaché d'**excès de pouvoir** (**violation directe** des articles **26** et **27** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), en tant qu'il rend l'**avocat personnellement garanti** contre le **risque de défaillance professionnelle** tributaire d'une **obligation d'information** du **bâtonnier**.

362 Son **annulation** est **inéluçtable**.

*

II-C-5-9/ L'ILLEGALITE DES ARTICLES 46 A 49 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS : L'INCOMPETENCE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE PUR DECIDER LE DESSAISSEMENT D'UN AVOCAT DE SES AFFAIRES

363 Les articles **46** à **49** du **décret** n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats sont la reprise à l'**identique** des articles **170** à **173** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat. Ils disposent respectivement :

Article **46** :

*« Lorsque'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 **47** :

*« 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 suppléé. »

Article **48** :

« 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 **49** :

*« 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 47 du présent décret.*

*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**. »*

364 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).

365 Se pose, dès lors, en premier lieu, la question de savoir si elles pouvaient **compétemment** être édictées par le **Premier ministre**.

366 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* » - avocat 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 **déla**i imparti à l'avocat empêché pour choisir son ou ses suppléants (articles **46, 47, alinéa 1er** et **49, 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 47 du présent décret. (...)* », en droit de percevoir « (...) à (leur) **profit** les **rémunérations** relatives aux **actes** qu'il(s) (ont) **accomplis**. (...) » (article **49, alinéa 2, première phrase**).

*

367 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).

368 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^o 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 ; déclare **irrecevable** la demande d'annulation de la décision du bâtonnier).

369 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**.

370 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 **48, 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**.

371 La problématique est identique en cas d'**administration provisoire** décidée par le **bâtonnier**, en vertu de l'article **49, alinéa 1er, deuxième phrase**, en raison de « (...) *l'expiration des délais prévus au deuxième alinéa de l'article 47 du présent décret (...)* », dès lors que l'article **49, 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.* ».

372 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**.

373 De deuxième part, l'article **49, 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** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, 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**.

374 Comme susdit, les articles **46 à 49** susvisés organisent une **gestion d'affaires** selon le degré d'**empêchement professionnel** de l'avocat concerné.

375 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.* »

376 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. »

377 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).

*

378 L'**illégalité** de l'article **49** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats 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 **légalement** 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**.

379 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), ce dont **il s'est abstenu**.

*

380 Les articles **46 à 49** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats sont viciés d'**incompétence** et devront, en conséquence, être **annulés**.

*

381 Dans son **mémoire en défense** déposé le 08 Décembre 2022, à 18h32 (**requête n°453729**), le **garde des sceaux, ministre de la justice** a **reconnu** que les **dispositions réglementaires** (articles **170 à 173** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat) reprises à **droit constant** par les articles **46 à 49** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats « (...) *ne prévoient pas expressément les voies de recours attachées à la décision de suppléance prononcée par le bâtonnier* (...) » (page **5/17**, **cinquième paragraphe**).

382 L'**autorité ministérielle** a, toutefois, tenté de faire valoir, au vu d'un arrêt de la **Cour de cassation** publié au Bulletin (**Cass. 1° Civ., 03 Mai 2018**, n°17-16.454) qu'il conviendrait « (...) *de se reporter aux règles de la procédure en matière gracieuse.* (...) ».

- 383 Cependant, d'une part, contrairement au **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, dont l'article **277** dispose qu' « *Il est procédé comme en matière civile pour tout ce qui n'est pas réglé par le présent décret.* », **aucune disposition similaire** n'a été introduite dans le **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie de la profession d'avocat. L'**abrogation** des articles **170 à 173** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat par l'article **52, 5°** du nouveau décret interdit d'y transposer l'**énoncé normatif** de l'article **277** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat. L'invocation des articles **30** et **31** du Code de procédure aux fins d'y puiser l'ouverture d'une **action banale en nullité** de la décision de suppléance ou d'administration provisoire est, partant, **hypothétique** .
- 384 D'autre part, l'espèce précitée (**Cass. 1° Civ., 03 Mai 2018**, n°17-16.454) est relative à la demande du **suppléant** souhaitant qu'il soit mis fin à la suppléance, et non pas de l'**avocat suppléé**, après que celui-ci a intégré la magistrature.

385 Rien n'est dit, en revanche, dans le règlement nouveau du régime juridique applicable aux **contestations** formées par le **suppléé** tendant à l'**annulation** de la **décision** du **bâtonnier**, lesquelles **contestations**, en raison de l'atteinte à l'exercice professionnel et au patrimoine de l'intéressé, ne sauraient être considérées comme relevant de la **matière gracieuse**.

386 La question de l'**exécution provisoire** de la décision du bâtonnier et de l'**effet suspensif** de l'éventuel recours juridictionnel reste entière en l'état du **droit positif**.

387 Il est, en tout état de cause, acquis qu'en dehors de la **matière gracieuse**, « (...) *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).

388 Il s'en déduit que le **recours contentieux**, le cas échéant, ouvert contre la décision du **bâtonnier** ordonnant une **suppléance** contre la volonté de l'**avocat** qui en est tributaire ne relève pas de l'article **19, alinéa 2** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ni, partant, de l'article **16** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, dont le **sixième** et **dernier alinéa** dispose que « *Le délai d'appel suspend l'exécution de la décision du conseil de l'ordre. L'appel exercé dans ce délai est également suspensif.* ».

389 A défaut d'ouverture d'une **action attitrée** au profit de l'**avocat** par un **texte exprès**, celui-ci **n'est pas recevable** à contester la **légalité** de la **décision de suppléance** ou d'**administration provisoire** lui faisant grief.

390 Dans ces conditions, **aucune garantie processuelle** n'est apportée à l'**avocat** contestant le **bien-fondé** de la décision lui désignant, **contre son gré**, un **suppléant** dont l'effet est de le **dessaisir** de ses affaires.

391 La **violation** du droit à une **protection juridictionnelle effective** et des **droits de la défense**, que garantit l'article **16 DDH**, est, dès lors, **flagrante**.

392 Les articles **46** à **49** du **décret n°2023-552** du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats devront, pour cette raison, être **annulés**.

*

II-C-5-10/ L'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 24 DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS : LA VIOLATION DE LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE

393 Ce texte dispose :

« L'avocat qui est **élu** aux fonctions de **membre du conseil de surveillance** d'une **société commerciale** ou d'**administrateur** d'une **société commerciale**, sauf lorsque ces fonctions sont exercées dans une société relevant de la catégorie des entités mentionnées au premier alinéa de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée, doit en **informer** par écrit le **conseil de l'ordre** dont il relève dans un délai de quinze jours à compter de la date de son élection.

Il joint à sa **déclaration** un exemplaire des **statuts** et, lorsque la société a au moins une année d'activité, une copie du **dernier bilan**. Il est délivré à l'avocat un récépissé de sa déclaration.

Le **conseil de l'ordre** demande à l'avocat de fournir **toutes explications** sur les conditions dans lesquelles il exerce ses fonctions de membre du conseil de surveillance ou d'administrateur de société commerciale et de fournir, le cas échéant, **tous documents utiles**.

Si le **conseil de l'ordre** estime que l'exercice de ces fonctions est ou devient **incompatible** avec la dignité et la délicatesse imposées aux avocats par les règles du barreau, il peut, à tout moment, inviter l'intéressé à se démettre de ses fonctions immédiatement. La décision du conseil de l'ordre est notifiée à l'avocat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. »

*

394 Il est l'une des **mesures d'application** voulues par l'article **53, 1°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, concernant « (...) les **incompatibilités** (...) et les **conditions d'exercice** de la profession dans les cas prévus aux articles **6 à 8-1** ; (...) ».

395 On sait, à cet égard, « (...) **qu'il ne revient** (...) **qu'à la loi** (...) de **fixer les règles essentielles** relatives aux **conditions d'accès** à l'activité professionnelle en cause et à ses **modalités d'exercice** ; (...) », ainsi que le juge le **Conseil d'Etat** :

« (...)

*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**).

.../...

396 La **Haute juridiction** juge, de même, 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 ; (...) » :

« (...)

*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).

*

397 Dès lors, il ne peut s'agir, en l'occurrence, de la part du **législateur**, que d'une **invitation** adressée au **pouvoir exécutif** de préciser les **règles secondaires** concernant notamment « (...) les **incompatibilités** (...) et les **conditions d'exercice** de la profession dans les cas prévus aux articles 6 à 8-1 ; (...) ». Il ne pourra pas, en conséquence, être portée une **atteinte substantielle** à l'exercice professionnel par le **règlement**.

398 Aux termes de l'article 6, alinéa 2 de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« (...)

(Les **avocats**) peuvent, s'ils justifient de **sept années d'exercice** d'une profession juridique réglementée, remplir les fonctions de **membre du conseil de surveillance** d'une **société commerciale** ou d'**administrateur de société**. Le conseil de l'ordre peut accorder une dispense d'une partie de cette durée.

(...) »

399 La **loi**, comme on le constate à sa lecture, ne crée **aucune sujétion** à l'égard des **avocats** justifiant « (...) de **sept années d'exercice** d'une profession juridique réglementée (...) » qui peuvent, **sans autre condition**, « (...) remplir les fonctions de **membre du conseil de surveillance** d'une **société commerciale** ou d'**administrateur de société**. (...) ».

400 Il résulte, par ailleurs, de la combinaison des articles 104 et 106 du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat que le **conseil de l'ordre** est investi du **pouvoir** de prononcer l'**omission** du tableau d'un avocat « (...) qui se trouve dans un des cas (...) d'**incompatibilité** prévus par la **loi** (...) » (article 104). Il s'agit pour le **conseil de l'ordre** d'une **compétence liée** puisque l'**avocat** placé dans cette situation « **Doit être omis** du tableau (...) ».

401 Dans ces conditions, le **conseil de l'ordre** qui estimerait au vu des **documents** à lui fournis en application des **alinéas 2 et 3** de l'article **24** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats, qu'un **avocat** « (...) *élu aux fonctions de **membre du conseil de surveillance d'une société commerciale ou d'administrateur d'une société commerciale** (...)* » (article **24, alinéa 1er** du même **décret**) « (...) *se trouve dans un des cas (...) d'**incompatibilité prévus par la loi** (...)* » (article **104** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat), serait **tenu** de prononcer l'**omission du tableau**.

402 Or, comme susdit, les **fonctions** de « (...) ***membre du conseil de surveillance d'une société commerciale ou d'administrateur d'une société commerciale** (...)* » ne sont pas **incompatibles** avec l'exercice de la profession d'avocat dès lors que le membre du **barreau** justifie de « (...) ***sept années d'exercice** (...)* » (article **6, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

403 Les **alinéas 2 à 4** de l'article **24** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats conduisent, ainsi, à **contrarier** les termes de l'article **6, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Combinés à l'article **104** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat ils permettent au **conseil de l'ordre** de prononcer la **radiation** du tableau d'un avocat justifiant de **sept années d'exercice** au seul motif qu'il exerce les **fonctions** de « (...) ***membre du conseil de surveillance d'une société commerciale ou d'administrateur d'une société commerciale** (...)* », dont il **refuse de se démettre**.

404 L'ouverture d'un **recours** devant la **cour d'appel** par l'article **25** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats n'est pas de nature à infirmer les précédentes conclusions.

405 Seul, en effet, le **législateur** aurait pu prévoir les **circonstances** susceptibles de conduire à l'**omission du tableau** d'un **avocat** justifiant de **sept années d'exercice** et exerçant les **fonctions** de « (...) ***membre du conseil de surveillance d'une société commerciale ou d'administrateur d'une société commerciale** (...)* », dont il **refuse de se démettre**.

406 Le **règlement a**, ainsi, **dépassé l'habilitation législative** de l'article **53, 1°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et porté à la **liberté d'entreprendre** des **restrictions** non prévues par l'article **6, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ni par **aucune autre disposition législative**.

407 Il résulte de ce qui précède que les **alinéas 2 à 4** de l'article **24** du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats sont entachés d'**excès de pouvoir** et doivent être **annulés**.

*

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 **R. 311-1, 1° ; R. 341-1** et **R. 341-2 ; R. 411-1, R. 414-1, R. 421-1** et **R. 611-21**,

Vu le **Code des relations entre le public et l'administration**, notamment son article **L. 243-2, alinéa 1er**,

Vu l'**arrêt CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304,

I.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS DE JONCTION EN RAISON DE LA CONNEXITE

1°) ORDONNER LA JONCTION de la requête n°453729 déposée le 17 Juin 2021, à 19h55, avec la présente requête pour qu'il y soit statué par **un seul et même arrêt** ;

II.-/ 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)**,

2°) SURSEOIR A STATUER et ADRESSER à la Cour de justice de l'Union européenne la demande de décision préjudicielle suivante :

*« Les articles 101 à 106 du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE** -, ainsi que 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 doivent-ils être **interprétés** en ce sens qu'ils **s'opposent** à une **réglementation nationale**, telle qu'elle résulte de l'article 10, alinéa 8 du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats, qui, par la **prohibition de toute rémunération d'apports d'affaires, interdit totalement aux avocats de recourir au courtage d'affaires juridiques, forme à part entière de communication commerciale** ? »*

APRES RECEPTION DE L'ARRET PREJUDICIEL ET EN TOUT ETAT DE CAUSE,

3°) DIRE et JUGER que l'article 10, alinéa 8 du **décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant code de déontologie des avocats est **incompatible** avec les articles 101 à 106 TFUE et 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 ;

III.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS D'ANNULATION DU DECRET N°2023-552 DU 30 JUIN 2023 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE DES AVOCATS, PRIS DANS SON ENSEMBLE ET PAR ARTICLES

PRINCIPALEMENT,

4°) ANNULER les articles :

1°) 4, alinéas 2 et 3 (vice d'incompétence - § II-C-5-1) ;

2°) 6, alinéa 2 (violation du principe de légalité et des droits de la défense, à pleine valeur constitutionnelle - § II-C-5-2) ;

3°) 10, alinéas 2, 3, 4 (violation du principe de légalité et des droits de la défense - § II-C-5-3-a) et alinéa 8 (incompétence ; vice de procédure ; violation de l'article 24 § 1 de la directive 2006/123/CE d u 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ; abus de position dominante - § II-C-5-3-b) ;

4°) 19 (incompétence ; violation de la liberté d'entreprendre ; violation des droits de la défense ; violation du principe de légalité des délits - § II-C-5-4) ;

5°) 35 (incompétence - § II-C-5-5) ;

6°) 42, alinéa 2 et 52, 1° (incompétence - § II-C-5-6) ;

7°) 43 (incompétence ; violation de la liberté d'entreprendre et de la liberté d'association - § II-C-5-7) ;

8°) 44 (violation directe des articles 26 et 27 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques - § II-C-5-8) ;

9°) 46 à 49 inclus (incompétence ; violation du droit à une protection juridictionnelle effective et des droits de la défense - § II-C-5-9) ;

10°) 24 (violation directe de l'article 6, alinéa 2 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; violation de la liberté d'entreprendre - II-C-5-10),

du décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats (JORF 02 Juillet 2023, Texte 2 sur 87 – pièce n°1) ;

SUBSIDIAIREMENT,

5°) ANNULER, dans son ensemble, comme étant vicié d'illégalité externe (§ II-C-4 – vice de procédure et vice de forme), le décret n°2023-552 du 30 Juin 2023 portant code de déontologie des avocats (JORF 02 Juillet 2023, Texte 2 sur 87 – pièce n°1) ;

.../...

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), avec intérêts au taux légal ;

V.-/ SUR LA DEMANDE D'ENGAGEMENT IMMEDIAT DE LA PROCEDURE D'INSTRUCTION

Vu l'article R. 611-21 du Code de justice administrative,

7°) 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,

8°) ORDONNER l'engagement immédiat de la procédure d'instruction ;

SOUS TOUTES RESERVES.

Fait à Marseille, le **02 Août 2023**

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 02 AOUT 2023 -**

1. **Décret n°2023-552 du 30 Juin 2023** portant **code de déontologie des avocats** (JORF 02 Juillet 2023, Texte 2 sur 87) (**décision attaquée** - sept pages)
2. **Projet de code de déontologie** annexé à la **résolution** adoptée par le **Conseil national des barreaux (CNB)** le 10 Juin 2022 (vingt-quatre pages)
3. **CE, 15 Novembre 2006, Maître Philippe KRIKORIAN et a. c/ Premier ministre**, n°283475, n°284964 et n°285065 (douze pages)
4. **Réponse ministérielle à question écrite n°5348 de M. DREYFUS-SCHIMDT – JO Sénat Q** 30 Septembre 2004, p. 2235 (deux pages)
5. **Article de Maître Philippe KRIKORIAN** en date du 03 Juin 2022 intitulé « *Les cinq principes universels de légistique appliquée* » (trois pages)
6. **Tableau récapitulatif** établi par **Maître Philippe KRIKORIAN** et intitulé « *Le secret professionnel de l'avocat* » - cinq lignes ; cinq colonnes (trois pages)
7. **Cass. Com. 06 Juin 2001**, n°98-18.577 (trois pages)
8. **Cass. 1° Civ., 30 Mai 2013**, n°12-24.090 (cinq pages)
9. **Cass. Com. 08 Décembre 2015**, n°14-20.521 (onze pages)
10. **Cass. Crim., 29 Mai 1989**, n°87-82.073 (cinq pages)
11. **Cass. 2° Civ., 29 Septembre 2022**, n°21-13.625 (trois pages)
12. **Cass. 1° Civ., 26 Octobre 2022**, n°21-16.450 (cinq pages)
13. **Article de Maître Philippe KRIKORIAN** en date du 08 Juin 2021 intitulé « *Les quatre états de la loi et ses rapports avec le règlement* » (neuf pages)

*

Fait à Marseille, le **02 Août 2023**

Pour le **requérant**,

Maître Philippe KRIKORIAN
(**signature électronique**
article 1366 du Code civil ;
articles R. 414-1 et s. CJA)

.../...