

CONSEIL D'ETAT

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR  
REQUETE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

A

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

POUR:

1°) **Monsieur Grégoire KRIKORIAN**

de nationalité française, Commissaire Divisionnaire Honoraire de la Police Nationale,

2°) son épouse, **Madame Suzanne KRIKORIAN** née **TATOYAN** de nationalité française, Professeur retraité,

3°) **Monsieur Jean AGOPIAN**

de nationalité française, Médecin retraité,

4°) son épouse, **Madame Marie AFARIAN épouse AGOPIAN**

de nationalité française, retraitée,

5°) **Monsieur Jean-Marie AGOPIAN** , de nationalité française, Médecin,

6°) **Monsieur Gilbert BEGUIAN**

, de nationalité française, Ingénieur retraité,

7°) **Monsieur Jean JURAMY**

de nationalité française, Gérant de Société,

.../...

**8°) Monsieur Jacques KURKDJIAN**  
de nationalité française, Ingénieur,

**9°) Monsieur Pierre François Emilien THIOUET**

de nationalité française, Juriste,

**10°) Monsieur Jean-Pierre Francis THIOUET**  
de nationalité française, Journaliste,

**11°) Monsieur Alex MONCLARD**  
de nationalité française,

**12°) Maître Philippe KRIKORIAN**, de nationalité française, Avocat à la Cour ( Barreau de Marseille ) - **adresse postale BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20** - Tél. 04 91 55 67 77 - Fax 04 91 33 46 76 - Courriel [Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr](mailto:Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr) – Site internet [www.philippekrimorian-avocat.fr](http://www.philippekrimorian-avocat.fr),

**Demandsurs,**

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

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

inscrit au RPVA et à Télérecours;

**CONTRE:**

L'ETAT pris en la personne de :

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

A raison du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles** ( JORF 1er Mars 2015, texte 9 sur 45 ) ( *pièce n°1* ), notamment ses articles **5, 32, 34, 37** et **38**;

**PLAISE AU CONSEIL D'ETAT**

.../...

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

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

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

### I-A/ LA DEMANDE DES REQUERANTS

**Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et les autres requérants** ( ci-après « **les requérants** » ) demandent présentement l'**annulation** pour **excès de pouvoir** du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles et notamment de ses articles **5, 32, 34, 37 et 38**, aux termes desquels :

Art. 5 :

*« Les parties sont représentées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.*

*L'Etat est dispensé du ministère d'avocat. Les mémoires, lorsqu'ils ne sont pas présentés par le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, doivent être signés par le ministre intéressé ou par le fonctionnaire ayant reçu délégation à cet effet.*

*L'Etat est représenté par le ministre dont relève l'administration concernée. »*

**Art. 32.** – Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que le litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi, doit, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision du tribunal.

**Art. 34.** – Si le Tribunal des conflits estime que la juridiction qui a prononcé le renvoi n'est pas compétente pour connaître de l'action ou de l'exception ayant donné lieu à ce renvoi, il déclare nuls et non avenue, sauf la décision de renvoi elle-même, l'ensemble des jugements et actes de procédure auxquels cette action ou exception a donné lieu devant la juridiction qui a prononcé le renvoi ainsi que devant toutes autres juridictions du même ordre.

S'il estime que la juridiction de l'autre ordre a rendu à tort sur le même litige ou la même exception, entre les mêmes parties, un jugement d'incompétence, le Tribunal des conflits déclare nul et non avenu le jugement de la juridiction qui a décliné à tort sa compétence et renvoie l'examen du litige ou de l'exception à cette juridiction.

.../...

**Art. 37.** – Lorsque les juridictions de chacun des deux ordres se sont irrévocablement déclarées incompétentes sur la même question, sans que la dernière qui a statué n'ait renvoyé le litige au Tribunal des conflits, les parties intéressées peuvent le saisir d'une requête aux fins de désignation de la juridiction compétente.

La requête expose les données de fait et de droit ainsi que l'objet du litige et est accompagnée de la copie des décisions intervenues.

**Art. 38.** – Le recours devant le Tribunal des conflits est introduit dans les deux mois à compter du jour où la dernière en date des décisions d'incompétence est devenue irrévocable.

## I-B/ LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE

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

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

### « I-/ EXPOSE DES MOTIFS

Mesdames et Messieurs les Députés,

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

\*

\*\*\*

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

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

.../...

## II- PROPOSITION DE LOI CONSTITUTIONNELLE

« *Vu le principe de prééminence du Droit,*

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

*Vu la Convention européenne des droits de l'homme,*

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

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

### Article 1er

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

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

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

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

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

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

## Article 2

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

\*

Fait à Marseille, le 18 Décembre 2012

**Maître Philippe KRIKORIAN**

### NOTES

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

.../...

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

\*

\*\*\*

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

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

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

Le présent **recours pour excès de pouvoir** dirigé contre le **décret n°2015-233 du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles** ( **JORF 1er Mars 2015**, texte 9 sur 45 ) ( *pièce n°1* ), de même que celui dont est actuellement saisi le **Tribunal administratif de Paris** ( **n°1422561/6-1** dirigé contre l'**arrêté de nomination de Madame Clémence HOURDEAUX**, en qualité d'Avocat associé auprès du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, pris par le **Garde des sceaux** en date du 09 Septembre 2014 s'inscrivent dans la problématique ci-dessus rappelée.

## II-DISCUSSION

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

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

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

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

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

( ... )

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

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

( ... ) »

## II-B/ LA RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE

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

### II-B-1/ LES CONDITIONS DE RECEVABILITE RELATIVES AUX REQUERANTS

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

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

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

##### **Article R 432-1**

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

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

##### **Article R 432-2**

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

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

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

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

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

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

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

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

Etant lui-même **Avocat**, **Maître KRIKORIAN**, est, en tout état de cause, au vu notamment de la jurisprudence de la **Cour européenne des droits de l'homme** ( **CEDH 11 Février 2014, Masirevic c. Serbie**, n°3067/08 ), en mesure d'assurer la représentation d'autrui, ainsi que sa **propre représentation**, comme il l'a fait précédemment, via **TELERECOURS**, devant le **juge des référés** du **Tribunal administratif de Marseille** et, en **appel**, devant le **juge des référés** du **Conseil d'Etat** ( v. **ordonnance n°384871** du **Président de la Section du contentieux** du 1er Octobre 2014; également **recours pour excès de pouvoir n°386296**, en cours d'instruction devant le **Conseil d'Etat**, sixième sous-section).

**II-B-1-b/ LE DECRET N°2015-233 DU 27 FEVRIER 2015 PREJUDICIE  
AUX INTERETS PROFESSIONNELS DE MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN,  
AVOCAT INSCRIT AU BARREAU DE MARSEILLE, AINSI QU'AUX INTERETS  
PATRIMONIAUX ET EXTRA-PATRIMONIAUX DES AUTRES REQUERANTS QUI,  
DONC, ONT BIEN TOUS INTERET ET QUALITE A AGIR**

Il est constant que le **décret attaqué** a été pris en application de l'article **13, I** de la **loi n°2015-177 du 16 Février 2015** relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures relatives au Tribunal des conflits, entrant en vigueur le **1er Avril 2015**, en vertu du **III** dudit article et de l'article **50** du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015**.

Les requérants présentent la caractéristique commune d'être tous de **nationalité française** et, à ce titre, placés sous la **juridiction de la France**.

Il ne peut être exclu, dès lors, qu'ils aient, un jour ou l'autre, à saisir le **Tribunal des conflits**.

Cette **potentialité** est **actualisée** dans le chef de :

1°) **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN,**

2°) **Monsieur et Madame Jean AGOPIAN,**

3°) **Monsieur Jean-Marie AGOPIAN,**

4°) **Monsieur Gilbert BEGUIAN,**

5°) **Monsieur Jacques KURKDJIAN,**

6°) **Monsieur Jean JURAMY,**

lesquels ont, par **acte du 19 Novembre 2014**, saisi le **Tribunal des conflits**, sur le fondement de l'article **17** du **décret du 26 Octobre 1849**, aux fins de **faire cesser le déni de justice** résultant de la **double déclaration d'incompétence**, dans le **même litige**, des deux ordres de juridiction ( arrêt du **Conseil d'Etat** du **26 Novembre 2012 – pièce n°3** - et **arrêt** de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** du **30 Janvier 2014 – pièce n°4** ).

L'objet du litige – obtenir la **transposition adéquate** en droit interne de la **décision-cadre 2008/913/JAI** du **Conseil** du **28 Novembre 2008** sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal - est, certes, sensible, mais n'échappe pas à l'empire du Droit.

Les huit requérants susnommés ont, dès lors, un **intérêt spécial** à faire respecter le **principe de la légalité** aux fins de faire désigner, à tout le moins, une juridiction française apte à connaître de leurs demandes, ce que l'application du décret attaqué tend illicitement à leur refuser ( v. infra § **II-C** ).

Quant à **Maître Philippe KRIKORIAN**, auteur des différents recours introduits au nom et pour le compte des requérants, c'est sous l'angle notamment de la **concurrence déloyale** exercée par les **Avocats aux Conseils** au préjudice des **Avocats** ( v. infra § II-C ), que s'apprécie son **intérêt actuel** à obtenir l'**annulation** du décret litigieux.

Il est permis, ici, s'agissant d'un recours faisant fond sur le **contrat social**, cher à **Jean-Jacques ROUSSEAU**, une analogie tirée du **contrat de bail**.

En effet, de même que le **baillieur** doit en vertu de l'article **1719, 3°** du Code civil, une **jouissance paisible** au **locataire** muni du titre d'occupation, de même l'**Etat**, débiteur à l'égard des personnes placées sous sa juridiction, d'une **protection juridictionnelle complète et effective**, qui est tenu, à ce titre, de fournir aux **professionnels du droit** – spécialement ceux qui, comme les **Avocats**, sont investis d'une **mission constitutionnelle de défenseur** – les **moyens effectifs** de remplir les obligations qu'ils ont contractées auprès de leurs clients, doit **faire en sorte que ceux-ci ne soient pas troublés dans l'exercice de leur mission par d'autres professionnels**.

On imaginerait mal, dans cet ordre d'idées, qu'en France, les **huissiers de justice** puissent être **concurrencés** par d'autres professionnels libéraux ou officiers ministériels dans l'exercice de ce qui est leur **raison d'être**, en **amont** et en **aval** du **procès**, c'est dire la **signification des actes et l'exécution des décisions de justice**.

Ainsi, l'article 1er de l'**ordonnance n°45-2592 du 02 Novembre 1945** relative au statut des huissiers leur confère, à ce titre, un **monopole** :

*« Les huissiers de justice sont les officiers ministériels qui **ont seuls qualité** pour **signifier les actes et les exploits**, faire les **notifications** prescrites par les lois et règlements lorsque le mode de notification n'a pas été précisé et **ramener à exécution les décisions de justice**, ainsi que les actes ou titres en forme exécutoire. »*

Jouissent, encore au **XXI<sup>e</sup> siècle**, dans la **France républicaine**, d'un **semblable monopole** les **notaires**, en vertu de l'article **4, alinéa 1er** du **décret n°55-22 du 04 Janvier 1955** portant réforme de la publicité foncière, aux termes duquel :

*« Tout acte sujet à **publicité** dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la **forme authentique**. ( ... ) ».*

Il n'est pas inutile de rappeler que ce texte a été adopté en vertu de la « **loi n°54-809 du 14 Août 1954** autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre un programme d'équilibre financier, d'expansion économique et de progrès social », habilitant le Gouvernement à **légiférer** par « **décrets en conseil des ministres** » aux fins de « **prendre toutes mesures relatives à : 1° La poursuite de l'expansion économique et l'augmentation du revenu national : ( ... ) par la réforme du régime des hypothèques et des privilèges ( ... )** », mais **n'a jamais été ratifié**, des dispositions **réglementaires** ayant été conservées, pendant des décennies, dans le **domaine de la loi**, tel que fixé par l'article **34** de la **Constitution** du **04 Octobre 1958**.

Cette incongruité explique que l'article **4, alinéa 1er** du **décret n°55-22 du 04 Janvier 1955** précité ait été repris et précisé par l'article **710-1** du Code civil, ainsi qu'en atteste la **lettre** en date du **19 Janvier 2015** de **Madame la Garde des sceaux, ministre de la justice à Maître Bernard KUCHUKIAN**, Avocat au Barreau de Marseille, en **réponse à sa demande d'abrogation** de l'article **4** du **décret n°55-22 du 04 Janvier 1955** portant réforme de la publicité foncière ).

L'article **710-1** du Code civil, dans sa rédaction issue de la **loi n°2011-331 du 28 Mars 2011** de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées dispose, en effet :

*« Tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative. »*

Le **souci du législateur**, comme le rappelle dans la lettre susvisée le Garde des sceaux, fut, à cette occasion, de **« garantir la sécurité et la fiabilité des registres de publicité foncière »**.

Le même **monopole** se retrouve conféré au **greffiers des tribunaux de commerce**, il est vrai, contesté, à juste raison, par certains requérants, le **Conseil d'Etat** ayant été sensible à cette problématique. La Haute juridiction administrative a, en effet, très récemment, décidé, comme il l'avait fait le **10 Septembre 2014**, pour les **notaires**, de renvoyer la **question prioritaire de constitutionnalité** des dispositions de l'article **91** de la **loi du 28 Avril 1816**, en tant qu'elles sont applicables aux **greffiers des tribunaux de commerce** ( **CE, 16 Janvier 2015**, n°385787 – pièce n°49 ), aux motifs suivants :

*« ( ... ) que les dispositions du premier alinéa de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, en tant qu'elles portent sur les greffiers des tribunaux de commerce, doivent être regardées comme applicables à ce litige au sens et pour l'application de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ; qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution, dès lors que la décision visée ci-dessus du Conseil constitutionnel du 21 novembre 2014 se prononce sur l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 en tant seulement qu'il porte sur les notaires ; que le moyen tiré de ce que les dispositions en cause portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au principe d'égal accès aux places, dignités et emplois publics protégé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en ce qu'elles permettent aux greffiers des tribunaux de commerce de disposer d'un 'droit de présentation' de leurs successeurs, alors qu'ils participent directement au service public de la justice commerciale et que les usagers ne sont pas libres du choix du greffier du tribunal de commerce dont ils requièrent les services, soulève une question qui présente un caractère sérieux ; ( ... ) »*

A l'inverse, le législateur a organisé et maintenu une **concurrence partielle et inégale** entre **Avocats** et **Avocats aux Conseils**, notamment aux articles **4** et **5** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et **13** de la nouvelle **loi n°2015-177 du 16 Février 2015**.

Cependant, la **coexistence** entre **Avocats** et **Avocats aux Conseils**, dès lors qu'elle n'est pas adéquatement conçue ni vécue, **nuit à la défense efficace des justiciables**, ainsi qu'à une **bonne administration de la justice**.

Il s'agit, donc, de deux professions **distinctes ( 1 )**, mais, néanmoins, **concurrentes ( 2 )**.

En outre, la **concurrence déloyale** des Avocats aux Conseils au préjudice des Avocats nuit à la défense des justiciables ( **3** ).

## 1.-/ DEUX PROFESSIONS DISTINCTES MAIS, NEANMOINS, CONCURRENTES

Des textes nationaux en vigueur, il ressort que, dans la France du **XXI<sup>o</sup>** siècle, **deux professions radicalement distinctes, malgré des similitudes apparentes**, se partagent, **de façon inégale, le monopole de la représentation et de l'assistance** des parties en justice :

1<sup>o</sup>) la profession d'**Avocat** reconnue – et non pas créée - par la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ( article **1er, I** : « *Une nouvelle profession dont les membres portent le **titre d'avocat** est substituée aux professions d'avocat, d'avoués près les cours d'appel et de conseil juridique. ( ... )* » ) et prétendument organisée par les **décrets n°91-1197 du 27 Novembre 1991** et n°2005-790 du **12 Juillet 2005**.

L'organisation de la profession d'Avocat en **corporation** est le fruit de l'histoire, mais non sa vocation. C'est, ainsi, que par la **loi des 16 Août - 2 Septembre 1790**, la **Constituante** a, sur le rapport de **BERGASSE**, Député de Lyon, **supprimé l'Ordre des Avocats** :

*« Toute partie aura le droit de plaider sa cause elle-même, si elle le juge convenable et afin que le ministère des avocats soit aussi libre qu'il doit l'être, les avocats cesseront de former une corporation ou un ordre, et tout citoyen ayant fait les études et ayant subi les examens nécessaires, pourra exercer cette profession : il ne sera plus tenu de répondre de sa conduite qu'à la loi. »*

Inspirée par la **sagesse républicaine**, cette loi sera remise en cause par **l'Empire ( Décret impérial du 14 Décembre 1810** qui rétablit les **Ordres** ). La liberté de courte durée qu'ils avaient votée à la quasi-unanimité, les Avocats la perdront sur la décision d'un seul homme, **NAPOLÉON**, dont l'hostilité qu'il vouait aux Avocats plaidants se traduit dans la formule aujourd'hui tristement célèbre : « **Je veux qu'on puisse couper la langue à un avocat qui s'en sert contre le gouvernement** ».

Pour autant, ce décret impérial ne trouve, aujourd'hui, aucun prolongement dans les normes **législatives** en vigueur.

Ainsi, l'article **4** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ( version consolidée au **1er Janvier 2014** ) n'a pour objet que de **réserver**, dans le **principe**, aux **Avocats**, l'exercice à **titre professionnel**, du **mandat de représentation et d'assistance en justice** ( **mandat ad litem** par opposition au **mandat ad agendum** ), mais non de faire obstacle à la défense **in propria persona** :

*« Nul ne peut, s'il n'est **avocat**, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des **dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**.*

*Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à l'application des dispositions législatives ou réglementaires spéciales en vigueur à la date de publication de la présente loi et, notamment, au libre exercice des activités des organisations syndicales régies par le code du travail ou de leurs représentants, en matière de représentation et d'assistance devant les juridictions sociales et paritaires et les organismes juridictionnels ou disciplinaires auxquels ils ont accès.*

*Nul ne peut, s'il n'est **avocat**, assister une partie dans une procédure participative prévue par le code civil. »*

De même, en droit positif, seul le **Barreau** – et non pas l'**Ordre** - a la **personnalité civile** : « Chaque **barreau** est doté de la personnalité civile. », indique l'article **21, alinéa 1er** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Le **Barreau** constitue l'**ensemble des Avocats** et se rattache à un **Tribunal de grande instance** : « Les avocats font partie de **barreaux** qui sont établis auprès des tribunaux de grande instance. » ( article **15, al. 1er** de la loi ).

Le **Conseil de l'Ordre** est, en réalité, le **conseil d'administration** du Barreau ( article **15, al. 2** de la loi ). Il est présidé par le **Bâtonnier** qui n'en est pas issu et reçoit de la loi ( article **17** ) attribution de « *traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats ainsi qu'à la protection de leurs droits.* »

La distinction entre **Barreau** et **Ordre**, concernant les Avocats, n'est pas seulement sémantique. Elle rend compte de la **spécificité** de cette profession au sein des autres professions libérales, lesquelles sont organisées en véritables **ordres**.

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

( **Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, Quadrige, 10<sup>e</sup> édition, Janvier 2014, v° ORDRE, page 716 ).

Sous cet angle, l'**Ordre des Avocats**, par commodité de langage, pourra désigner le **Barreau organisé**.

\*

Les déclarations de **Monsieur Arnaud MONTEBOURG, Ministre de l'Economie, du Redressement productif et du Numérique**, lors de la présentation à Bercy, le 10 Juillet 2014, de la « *feuille de route pour le redressement économique de la France* » ( v. la vidéo sur le site officiel du Ministère ) - avant sa brutale **éviction** du Gouvernement quelques semaines après – permettent de voir dans les **monopoles des professions réglementées** un obstacle indu à la **libre concurrence**, laquelle est une exigence du **droit de l'Union européenne**.

Encore faut-il s'entendre sur le sens de « **profession réglementée** ».

L'expression est justifiée pour désigner une **activité économique** dont l'accès est soumis à une **qualification professionnelle** ( obtenue par des **diplômes** que délivre un **établissement d'enseignement supérieur** ) et dont, en conséquence, le **titre** doit être **protégé**, comme étant garant d'une **éthique professionnelle** et d'une **compétence technique** ou **scientifique**.

.../...

En revanche, elle doit être **absolument récusée**, en ce qui concerne la **profession d'Avocat**, si l'on entend ainsi définir une profession placée sous la **tutelle du Pouvoir réglementaire** ( **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de **déontologie** de la profession d'Avocat ; **décret n°2002-76 du 11 Janvier 2002** relatif à la **discipline** des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ).

L'Avocat n'est pas un *auxiliaire de justice* ( *auxiliaris* ), mais un *auxiliaeur en justice*, digne héritier du **Tribun de la Plèbe** de la **Rome antique** ( *auxiliator* - **cinquième siècle av. J.-C** ), une **autorité de la Société civile à statut constitutionnel** ( **CC, 80-127 DC des 19-20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes** ; article de doctrine de **Maître Philippe KRIKORIAN** « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* », *Gazette du Palais* **2-4 Décembre 2007** ), référencé sur le site officiel du **Conseil constitutionnel** [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) – *Revue doctrinale française et étrangère* et [www.philippekrikoriant-avocat.fr](http://www.philippekrikoriant-avocat.fr) ; article **Culture Droit**, Mars 2010, p. 77 : « *Nous ne sommes pas des auxiliaires de justice !* » ), **qui n'a de comptes à rendre qu'au Droit** ( la *Raison universelle*, selon la belle et judicieuse expression de l'illustre **PORTALIS**, Avocat et père fondateur du Code civil ).

S'agissant d'une **profession libérale et indépendante** ( article **1er, I** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ) à **statut constitutionnel** – qu'une **loi ordinaire** ne pourrait, partant, supprimer, - la **déontologie** de l'Avocat ( **l'âme de la profession** ) ne peut relever que du **législateur organique** et certainement pas du **Premier ministre** ( v. le **recours pour excès de pouvoir** que **Maître KRIKORIAN** a porté le **17 Octobre 2013** devant le **Conseil d'Etat** tendant à la **consécration du statut constitutionnel de l'Avocat défenseur et à l'instauration d'une garantie des droits effective**, publié sur son site [www.philippekrikoriant-avocat.fr](http://www.philippekrikoriant-avocat.fr) – *pièce n°1* ).

La question de **l'identité professionnelle de l'Avocat** ne concerne pas seulement chacun des membres du **Barreau**, mais au-delà, l'ensemble des **justiciables** en droit de **savoir par qui ils vont être défendus et comment**.

Cette problématique se pose avec une **acuité particulière** devant les **Cours Suprêmes françaises** ( notamment la **Cour de cassation**, le **Conseil d'Etat** et le **Tribunal des conflits** ) dont le **règlement - et non pas la loi** – a prétendu **limiter l'accès** en instaurant un **ministère obligatoire d'Avocat aux Conseils** ( **Cour de cassation** – art. **973** du Code de procédure civile ( **CPC** ) ; **Conseil d'Etat** - articles **R. 432-1, R. 821-3 et R. 834-3** du Code de justice administrative ( **CJA** ) ; **Tribunal des conflits**, article **17** du **décret du 26 Octobre 1849** réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits, remplacé par l'article **5** du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, présentement attaqué), spécialement sous l'angle de l'application du **droit de l'Union européenne** et plus précisément :

1°) de la **directive 77/249/CEE** du Conseil du **22 Mars 1977** tendant à **faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats** ( **JOUE L 78 du 26 Mars 1977**, p. 17 ) ;

2°) de la **directive 98/5/CE** du **16 Février 1998** du **Parlement européen et du Conseil** visant à **faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise** ( **JOUE L 77 du 14.03.1998**, p. 36 ).

2°) En effet, le **raisonnement** et l'**action** d'un Avocat ayant acquis sa **qualification** dans un autre Etat membre de l'Union ( ci-après « *l'Avocat de l'Union* » ) et désirant **prester en France** ( **directive 77/249/CEE** ) ou **exercer en France de manière permanente sous son titre d'origine** ( **directive 98/5/CE** ), seraient conditionnés par la **qualification juridique** qu'il donnerait, sous réserve, précisément, d'interprétation par la **CJUE** du droit de l'Union, comme le demande parallèlement **Maître KRIKORIAN** à la **Cour de cassation**, à l'**Ordre des Avocats aux Conseils**, au regard de l'article **5, § 3, second alinéa** de la **directive 98/5/CE**, lequel laisse la latitude aux Etats membres d' « *établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés.* », toutefois, « *sans faire obstacle à l'intégration des avocats des États membres qui rempliraient les conditions requises;* », comme le précise le considérant **11** de ladite directive.

En d'autres termes, les membres de cette profession – **très peu nombreux**, de l'ordre de la **centaine** ( « *On en recense 105 au 1er Janvier 2013 – dernier chiffre publié* » - **Lexique des termes juridiques**, Dalloz, 22° édition 2014-2015, sous la direction de **Serge GUINCHARD** et **Thierry DEBARD**, v° Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, p. 111 ), en considération des **60 000 Avocats** exerçant en France ( soit, en prenant en considération le nombre de **108** - aujourd'hui **110** - indiqué par les représentants de cette profession lors de leur audition en Octobre 2014 par la **Mission d'information sur les professions juridiques réglementées** ), une proportion de **0,18%** ou encore **moins de deux** Avocats aux Conseils pour **mille** Avocats – peuvent-ils être assimilés à des **Avocats inscrits à un Barreau français**?

Il est permis de répondre par la négative au vu notamment du **rapport** de la **Mission d'information sur les professions juridiques réglementées** et la **proposition** de sa seule Présidente, **Madame Cécile UNTERMAIER**, Députée, de « *supprimer les charges d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* » ( page **37/240** du **rapport** ) et de faire des Avocats aux Conseils des « *Avocats spécialisés* », preuve qu'ils n'appartiennent pas, aujourd'hui, à la profession d'Avocat dont seul le **titre** est reconnu par les **directives 77/249/CEE** et **98/95/CE**.

En outre, comme relevé par **Madame UNTERMAIER**, sans son **rapport** ( page **38/240** ) :

« ( ... ) *Si sophistiquée que soit la technique de cassation, sa maîtrise ne semble pas hors de portée pour des avocats à la cour dont M. Jean-Michel Darrois a souligné lors de son audition qu'ils étaient d'ores et déjà habilités à plaider devant des juridictions où la procédure est complexe ( Conseil constitutionnel, Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne ).* ( ... ) »

La question se pose, dès lors, de savoir si « *avocat* » et « *avocats spécialisés* » sont des **notions autonomes** du droit de l'Union européenne.

Autrement dit, la **profession d'Avocat aux Conseils** est-elle, en France, une « *catégorie déterminée d'avocats* », à l'instar de certains avocats, au Royaume-Uni et en Irlande, exerçant en **matière successorale et immobilière** ou, à l'inverse, s'agit-il d'une « *profession différente de celle de l'avocat* », comme le sont les professions de **notaire**, **huissier de justice**, **greffier de tribunal de commerce** dont les membres sont tous des **officiers ministériels**?

Convient-il, dans cet ordre d'idées, de s'attacher au **statut juridique** que l'Etat membre donne à cette profession ( **officier ministériel** ) ou doit-on, dans une vision plus **sociologique**, privilégier la **fonction** ( **représentation des parties** notamment devant les cours suprêmes )?

La profession d'**Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** ( ci-après « **Avocat aux Conseils** » ) est encore régie, sous la **République**, par l'**ordonnance royale** du 10 Septembre 1817 « *qui réunit, sous la dénomination d'**Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement, le nombre des titulaires, et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'ordre** » de **nature hybride**, mi-législative et mi-réglementaire ( v. notamment pour son article **13** : **Cass. 1<sup>o</sup> Civ. 1er Décembre 2011, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Ordre des Avocats aux Conseils**, n<sup>o</sup>Q 11-18.181, arrêt QPC n<sup>o</sup>1226 F-D ), mise à jour par le **décret** n<sup>o</sup>91-1125 du 28 Octobre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et le **décret** n<sup>o</sup>2002-76 du 11 Janvier 2002 relatif à la discipline des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ( JORF 18 Janvier 2002 ).*

La **Doctrine** voit dans l'**Avocat aux Conseils** :

- un « **auxiliaire de justice ayant la qualité d'officier ministériel qui jouit du monopole de représenter les parties et de plaider devant la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits** ( et a le droit de **plaider** devant les juridictions de droit commun ); en nombre limité, les avocats aux Conseils sont constitués en compagnie ( ordre ). » ( **Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF Quadrige, 10<sup>e</sup> édition mise à jour Janvier 2014, v<sup>o</sup> **AVOCAT**, sens 2, pp. 114 – 115 ) ;

- un « **Officier ministériel assistant et représentant les plaideurs devant le Conseil d'Etat et devant la Cour de cassation. Appelé parfois avocat aux Conseils. On en recense 102 au 1er octobre 2011 ( dernier chiffre publié par le ministère en novembre 2012 ).** » ( **Lexique des termes juridiques**, Dalloz, 21<sup>e</sup> édition 2014, sous la direction de **Serge GUINCHARD** et **Thierry DEBARD**, v<sup>o</sup> **Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**, p. 104 ).

La France se distingue, à cet égard, par sa **singularité**, la profession d'Avocat aux Conseils **n'ayant pas d'équivalent en Europe**, comme le relève à bon escient la doctrine autorisée :

« ( ... )

**157. – Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation – On ne trouve pas dans les autres États européens de véritable **équivalent** de la profession d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (ou avocats aux conseils), membres d'une profession réglementée et **autonome** par rapport à la **profession d'avocat** ([JCL. Procédure civile, Fasc. 761](#)).**

À des degrés divers, on peut y rencontrer des **avocats spécialisés** devant les juridictions suprêmes ou certaines d'entre elles. Un **barreau spécialisé** et limité en nombre existe devant la juridiction supérieure de l'ordre judiciaire en Belgique (Cour de cassation), en Autriche, en République fédérale d'Allemagne (Bundesgerichtshof), la situation étant nettement différente dans ce pays pour ce qui concerne la juridiction supérieure de l'ordre administratif (Bundesverwaltungsgericht), **au prétoire de laquelle ont accès tous les avocats et les professeurs de droit.**

.../...

D'une autre manière, certains États connaissent un tableau particulier des avocats qualifiés devant les juridictions supérieures (Danemark, Grèce, Italie, Norvège, notamment), l'inscription à ce tableau étant conditionnée à une **certaine ancienneté**, et parfois à la réussite à un examen.

La **spécialisation** peut aussi être **de pur fait**, comme aux Pays-Bas, en Espagne et au Portugal (J. Boré, *La fonction d'avocat auprès des cours supérieures* : D. 1989, chron. p. 159).

( ... ) »

( **Jacques PERTEK**, Avocat au Barreau de Carpentras, Professeur agrégé de droit public, Président de la Fondation pour les Etudes Européennes / Foundation for european studies, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 731 : Professions juridiques et judiciaires. - Libre circulation. Reconnaissance mutuelle des qualifications. - Equivalence des autorisations d'exercice. Application des règles de concurrence, 11 Janvier 2014, § 157 ).

Il échet de préciser immédiatement que la dénomination d'**Avocat** commune à ces deux professions et fruit de l'histoire, marquée du sceau de l'**Ancien régime**, ne doit pas abuser. Les **Avocats – autorités de la Société civile à statut constitutionnel** ( v. CC 80-127 DC des 19-20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes et Maître Philippe KRIKORIAN, « *Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur* », Gaz. Pal. Doctrine 2-4 Décembre 2007 - et les **Avocats aux Conseils – officiers ministériels** – constituent **deux professions différentes**. Les premiers tirent leur existence professionnelle de leur **seule prestation de serment ( régime de la déclaration )**, tandis que les seconds sont **nommés par le Pouvoir exécutif, plus précisément par le Garde des sceaux ( régime de l'autorisation )**.

La **paronymie** des expressions « *Avocat* » et « *Avocat aux Conseils* » ne suffit donc pas à confondre les deux professions, pas plus que l'appellation d'**Avocat général** fait de ce magistrat du Ministère public un Avocat :

« **magistrat du Parquet général** près la Cour de cassation, la Cour des comptes, la Cour de sûreté de l'Etat ou les cours d'appel qui participe à l'exercice des fonctions du **ministère public** sous la direction du **procureur général** et porte la parole, au nom de celui-ci, devant la Chambre à laquelle il est affecté ou aux audiences de la cour d'appel. » ( *ibid.* v° AVOCAT, sens 3, p. 114 )

Par « **officier** », le droit français entend spécialement « **Titulaire d'un office** ». (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, 9<sup>e</sup> édition Août 2011, v° OFFICIER, pages 702 – 703 ).

Est un **officier ministériel** le « **Titulaire d'un office rattaché à l'administration de la justice** ( *ex. avocat au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation, avoué à la Cour, notaire, huissier, greffiers des tribunaux de commerce. V. ci-dessous* ). » ( *ibid.* )

De même, l'**officier public** est le « **Titulaire d'un office non rattaché à l'administration de la justice** ( *ex. agent de change, commissaire-priseur* ); distinction non absolue ( les notaires sont à la fois officiers publics et ministériels ) qu'atténuent : 1 / la **réglementation, en partie commune aux 'officiers publics ou ministériels'**; 2 / le fait qu'ils sont tous **propriétaires de leur office et rémunérés par leur clientèle**. » ( *ibid.* )

.../...

Ces dénominations ( **officier ministériel** et **officier public** ) qui correspondent à des **activités professionnelles totalement distinctes**, en France, de la **profession d'Avocat**, sont rendues plus précises par l'explicitation de la notion d'**office** lequel est défini comme la « **Charge qui donne à son titulaire le droit viager d'exercer des fonctions indépendantes en vertu d'une investiture de l'autorité publique et qu'il peut transmettre avec l'agrément de celle-ci; entité au sein de laquelle l'analyse traditionnelle distingue le titre ( la fonction, élément extrapatrimonial, hors commerce ) et la finance ( valeur patrimoniale de l'office dans l'exercice du droit de présentation )**. Ex. office ministériel. ( ... ) »

( **Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, 9<sup>e</sup> édition Août 2011, v<sup>o</sup> OFFICE, page 702 ).

Comme susdit, la profession d'Avocat se place sous le **principe de la déclaration (prestation de serment)**, tandis que celle d'Avocat aux Conseils est régie par le **principe de l'autorisation ( investiture de l'autorité publique )**.

Doit, à cet égard, être souligné le **lien étroit** qui unit les **officiers ministériels** que sont les Avocats aux Conseils et le **Pouvoir exécutif**, notamment le **Garde des Sceaux, ministre de la justice** qui dispose du **pouvoir discrétionnaire de nomination** à leur égard, tel qu'il est prévu au **titre IV du décret n°91-1125 du 28 Octobre 1991** relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ( « **Nomination aux offices d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** » ) dont l'article **19** dispose :

« *Sans préjudice des dispositions relatives à la nomination des avocats associés auprès du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, les **nominations d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** sont prononcées par **arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice**, dans les conditions définies ci-après.* »

Le décret distingue **deux types de nomination** :

- la **nomination sur présentation ( Titre IV, Chapitre Ier, articles 20 à 23 )**;
- la **nomination dans un office vacant ou créé ( Titre IV, Chapitre II, articles 24 à 30 )**.

La **nomination sur présentation** est régie par les articles **20 à 23** du décret susvisé :

#### **Article 20**

Le **candidat** à la succession d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation **sollicite l'agrément du garde des sceaux, ministre de la justice**, dans les formes prévues aux articles suivants.

#### **Article 21**

La **demande de nomination** est présentée au procureur général près la Cour de cassation. Elle est accompagnée de toutes pièces justificatives, et notamment des conventions intervenues entre le titulaire de l'office ou ses ayants droit et le candidat, ainsi que, lorsque ce dernier doit contracter un **emprunt**, d'un **plan de financement** prévoyant de **manière détaillée** les conditions dans lesquelles il entend faire face à ses échéances en fonction de ses revenus et d'un budget prévisionnel.

## Article 22

Le procureur général près la Cour de cassation recueille **l'avis motivé du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** sur la **moralité** et sur les **capacités professionnelles** de l'intéressé ainsi que sur ses **possibilités financières** au regard des engagements contractés. Si quarante-cinq jours après sa saisine par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le conseil de l'ordre n'a pas adressé au procureur général l'avis qui lui a été demandé, il est réputé avoir émis un avis favorable.

## Article 23

Le procureur général près la Cour de cassation transmet le dossier, avec son **avis motivé** et celui du **premier président de la Cour de cassation**, au garde des sceaux, ministre de la justice, qui le communique au **vice-président du Conseil d'Etat** afin de recueillir son **avis motivé**.

La **nomination dans un office vacant ou créé** suit, quant à elle, les règles prévues par les articles **24 à 30** du même décret :

## Article 24

Lorsqu'il n'a pas été ou qu'il n'a pas pu être pourvu par l'exercice du **droit de présentation** à un office d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation dépourvu de titulaire, cet office est **déclaré vacant** par décision du garde des sceaux, ministre de la justice.

## Article 25

Modifié par Décret n°2009-452 du 22 avril 2009 - art. 17

Les **nominations aux offices vacants ou créés** sont faites **au choix** par le **garde des sceaux, ministre de la justice**, sur proposition de la commission dont la composition est fixée par l'article 28. *NOTA* : Décret n° 2009-625 du 6 juin 2009 article 1 : Les dispositions réglementaires instituant les commissions administratives à caractère consultatif dont la liste est annexée au présent décret sont prorogées pour une durée de cinq ans (Commission de proposition de nominations aux offices vacants d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation).

Conformément à l'article 1 du décret n° 2014-591 du 6 juin 2014, la Commission de proposition aux offices vacants d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est renouvelée pour une durée d'un an à compter de l'entrée en vigueur du présent décret (8 juin 2015).

## Article 26

Modifié par Décret n°2009-452 du 22 avril 2009 - art. 17

La **garde des sceaux, ministre de la justice**, fixe par **arrêté** la **date limite du dépôt des candidatures à chaque office** ainsi que, pour les **offices vacants**, le **montant de l'indemnité**. Le délai imparti aux candidats ne peut être inférieur à trente jours à compter de la publication de l'arrêté au Journal officiel de la République française.

## Article 27

Chaque **candidature** est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au procureur général près la Cour de cassation. La candidature doit être accompagnée d'un **engagement de payer l'indemnité fixée par le garde des sceaux, ministre de la justice**, ainsi que, lorsque le candidat doit contracter un **emprunt**, d'un **plan de financement** prévoyant de **manière détaillée** les conditions dans lesquelles il entend faire face à ses échéances.

Le procureur général près la Cour de cassation, après avoir recueilli l'**avis motivé** du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation dans les conditions prévues à l'article 22, transmet avec son **avis motivé** et celui du premier président de la Cour de cassation le dossier au garde des sceaux, ministre de la justice, qui le communique au vice-président du Conseil d'Etat, afin de recueillir son **avis motivé**.

## Article 28

La commission instituée à l'article 25 est composée comme suit :

- un conseiller d'Etat ;
- un conseiller à la Cour de cassation ;
- deux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

La commission est présidée alternativement par le conseiller d'Etat et par le conseiller à la Cour de cassation. La première commission sera présidée par le conseiller d'Etat. Le président et les membres de la commission sont désignés pour une durée de trois ans renouvelable une fois par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice. Le conseiller d'Etat est désigné sur proposition du vice- président du Conseil d'Etat, le conseiller à la Cour de cassation sur proposition du premier président de la Cour de cassation et les deux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sur proposition du conseil de l'ordre. Des suppléants sont nommés en nombre égal et dans les mêmes conditions. Le secrétariat de la commission est assuré par un magistrat ou un fonctionnaire du ministère de la justice. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

## Article 29

Pour chaque office, la commission propose les candidats par ordre de préférence au choix du garde des sceaux, ministre de la justice.

## Article 30

En l'absence de toute candidature ou si aucun candidat ne fait l'objet d'une proposition de la commission, le garde des sceaux, ministre de la justice, peut, dans les conditions prévues à l'article 26, ouvrir un délai pour le dépôt de nouvelles candidatures. Celles-ci sont instruites et font l'objet de propositions conformément aux dispositions des articles 27 à 29.

Ces dispositions sont également applicables **si le garde des sceaux, ministre de la justice, ne retient aucun des candidats proposés par la commission.**

Ce décret est l'application de la **loi de finances du 28 Avril 1816** ( Bull. des lois, 7° S., B. 81, n°623 ) dont l'article **91**, toujours en vigueur, en ce qui concerne les **Avocats aux Conseils, les notaires et les greffiers de tribunaux de commerce**, dispose quant au **droit de présentation** :

*« Les avocats à la Cour de cassation ( ... ) pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par les lois. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués. Les successeurs présentés à l'agrément, en application du présent alinéa, peuvent être des personnes physiques ou des sociétés civiles professionnelles.*

*Il sera statué, par une **loi particulière**, sur l'exécution de cette disposition, et sur les moyens d'en faire jouir les héritiers ou ayants cause desdits officiers.*

*Cette faculté de présenter des successeurs ne déroge point, au surplus, au **droit de Sa Majesté de réduire le nombre desdits fonctionnaires.** »*

Il est à observer, à cet égard, que par **arrêt du 10 Septembre 2014** ( n°381108 ), le **Conseil d'Etat** a, après transmission par le **Tribunal administratif de Paris** ( **ordonnance n°1315399/6-1 du 05 Juin 2014 – affaire THIOLLET** ), renvoyé au **Conseil constitutionnel** la **question prioritaire de constitutionnalité** du texte précité, aux motifs que *« le moyen tiré de ce que ces dispositions, en ce qu'elles prévoient que les notaires disposent d'un 'droit de présentation' de leurs successeurs, méconnaissent le principe d'égal accès aux places, dignités et emplois publics protégé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, soulève une question qui présente un caractère sérieux; ( ... ) »*

Aux termes de sa décision n°2014/429 QPC ( **M. Pierre T.** ) rendue le 21 Novembre 2014, le **Conseil constitutionnel** a déclaré conforme à la Constitution *« Le mot 'notaires' figurant dans la première phrase du premier alinéa de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 modifiée sur les finances »*, après avoir considéré :

*« ( ... ) 8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, s'ils participent à l'exercice de l'autorité publique et ont ainsi la qualité d'officier public nommé par le garde des sceaux, les notaires titulaires d'un office n'occupent pas des « dignités, places et emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, le grief tiré de ce que le droit reconnu au notaire de présenter son successeur à l'agrément du garde des sceaux méconnaîtrait le principe d'égal accès aux dignités, places et emplois publics est inopérant ;*

*9. Considérant que la nomination d'un notaire ne constitue pas une commande publique ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la commande publique est également inopérant ;*

*( ... ) »*

Toutefois, comme susdit, cette décision n'a pas fait obstacle au renvoi par le **Conseil d'Etat** de la **question prioritaire de constitutionnalité** des dispositions de l'article **91** de la **loi du 28 Avril 1816** en tant, cette fois-ci, « *qu'elles sont applicables aux greffiers des tribunaux de commerce* » ( **CE, 16 Janvier 2015**, n°385787 – affaire **PUIG** ), aux motifs suivants :

« ( ... ) que les dispositions du premier alinéa de l'article **91** de la **loi du 28 avril 1816**, en tant qu'elles portent sur les greffiers des tribunaux de commerce, doivent être regardées comme applicables à ce litige au sens et pour l'application de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ; qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution, dès lors que la décision visée ci-dessus du Conseil constitutionnel du 21 novembre 2014 se prononce sur l'article **91** de la **loi du 28 avril 1816** en tant seulement qu'il porte sur les notaires ; que le moyen tiré de ce que les dispositions en cause portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au **principe d'égal accès aux places, dignités et emplois publics** protégé par l'article **6** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen**, en ce qu'elles permettent aux greffiers des tribunaux de commerce de disposer d'un '**droit de présentation**' de leurs successeurs, alors qu'ils **participent directement au service public de la justice commerciale** et que les usagers ne sont pas libres du choix du greffier du tribunal de commerce dont ils requièrent les services, soulève une question qui présente un caractère sérieux ; ( ... ) »

L'affaire a été inscrite à l'ordre du jour de l'audience publique devant le **Conseil constitutionnel** du 17 Mars 2015, 09h30 ( affaire **2015-459 QPC** ).

Dans sa **décision n°2015-459 QPC** du 26 Mars 2015, le **Conseil constitutionnel** énonce :

« Article 1er.- Le mot « **greffiers**, » figurant dans la première phrase du premier alinéa de l'article **91** de la **loi du 28 avril 1816** modifiée sur les finances est conforme à la Constitution. »,

aux motifs suivants :

« ( ... ) 9. ( ... ) qu'ainsi, les greffiers des tribunaux de commerce exercent une **profession réglementée** dans un **cadre libéral** au sens du paragraphe I de l'article 29 de la loi du 22 mars 2012 susvisée ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, s'ils **participent à l'exercice du service public de la justice** et ont la qualité d'**officier public et ministériel** nommé par le **garde des sceaux**, les greffiers des tribunaux de commerce **titulaires d'un office** n'occupent pas des '**dignités, places et emplois public**' au sens de l'article **6** de la **Déclaration de 1789** ; que, par suite, le grief tiré de ce que le droit reconnu aux greffiers des tribunaux de commerce de présenter leurs successeurs à l'agrément du garde des sceaux méconnaîtrait le principe d'égal accès aux dignités, places et emplois publics est **inopérant** ;

11. Considérant que la **nomination** d'un greffier de tribunal de commerce **ne constitue pas une commande publique** ; que, par suite, le mot '**greffiers**' figurant dans la première phrase du premier alinéa de l'article **91** de la **loi du 28 avril 1816**, qui n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré **conforme à la Constitution**, ».

Il résulte de cette décision, qui est **parfaitement similaire** à la décision n°2014/429 QPC (M. Pierre T. ) que le **Conseil constitutionnel** a rendue le 21 Novembre 2014, que l'article **91** de la **loi du 28 Avril 1816** n'est pas contraire à la Constitution, en tant qu'il s'applique aux **notaires et greffiers des tribunaux de commerce**.

Ces décisions valident, donc, le **droit de présentation** de ces catégories d'officiers publics et/ou ministériels.

Cependant, rien ne permet de préjuger de la **constitutionnalité** et/ou de la **conventionnalité** des mêmes dispositions législatives dès lors qu'elles sont applicables aux **Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**.

En effet :

D'une part, il y a lieu d'observer que la première décision n°2014/429 QPC que le **Conseil constitutionnel** a rendue le 21 Novembre 2014 ( M. Pierre T. - QPC de l'article **91** de la **loi** sur les finances du 28 Avril 1816 en tant qu'il s'applique aux **notaires** ) n'a pas constitué une **fin de non-recevoir** à l'examen de la seconde QPC ( **PUIG** ) relative à la même disposition législative en tant, cette fois-ci, qu'elle est applicable aux **greffiers des tribunaux de commerce**.

C'est, donc, que **chacun des mots** constituant la liste des officiers publics et ministériels doit être examiné dans sa **constitutionnalité**, indépendamment des autres.

De deuxième part, la situation des **Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** est différente des autres bénéficiaires du droit de présentation prévu par l'article **91** de la **loi** sur les finances du 28 Avril 1816 en ce que leur **mission de représentation des justiciables** devant les cours suprêmes touche de près au **droit constitutionnel** à une **protection juridictionnelle effective**, garanti notamment par l'article **16 DDH**, qu'il leur revient de mettre en œuvre et non pas d'abolir.

Or, ce droit est, aussi, garanti par l'**Union européenne**, notamment l'article **19 du Traité sur l'Union européenne ( TUE )** aux termes duquel :

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

Il échet de préciser, ici, concernant le **droit à une protection juridictionnelle effective**, que selon la **Cour de justice de l'Union européenne** ( ci-après « CJUE » ), « *Il incombe, en effet, aux Etats membres de prévoir un **système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect de ce droit** ( arrêt Union de Pequeños Agricultores / Conseil, précité, point 41 ) ( CJUE, 13 Mars 2007, UNIBET, aff. C-432/05, point 42 ) spécialement s'il ressort « de l'économie de l'ordre juridique national en cause **qu'il n'existe aucune voie de recours permettant, même de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire** ( voir, en ce sens, arrêt du 16 décembre 1976, Rewe, précité, point 5, et arrêts précités Comet, point 16, ainsi que Factortame e.a., points 19 à 23 ). » ( ibid, point 41 ).*

En outre, aux termes de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ( TFUE ) :

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

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

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

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

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

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

On sait, quant à l'**obligation de renvoi préjudiciel** qui pèse sur les juridictions nationales suprêmes :

« ( ... )

**Considérant** que si, aux termes de l'article 55 de la Constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions à valeur constitutionnelle ; qu'eu égard aux dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, selon lesquelles « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences », dont découle une **obligation constitutionnelle de transposition des directives**, le **contrôle de constitutionnalité** des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des **dispositions précises et inconditionnelles** ; qu'alors, si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au **juge administratif**, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une **disposition** ou d'un **principe de valeur constitutionnelle**, de rechercher **s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire** qui, eu égard à sa **nature** et à sa **portée**, tel qu'il est **interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire**, garantit par son application l'**effectivité du respect de la disposition** ou du **principe constitutionnel** invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, **en l'absence de difficulté sérieuse**, d'**écarter le moyen invoqué**, ou, dans le **cas contraire**, de **saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle**, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la

.../...

Communauté européenne ; qu'en revanche, **s'il n'existe pas** de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, **il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité** des dispositions réglementaires contestées ;

( CE, Ass. 08 Février 2007, ARCELOR, n°287110 )

Le Conseil d'Etat applique le principe ci-dessus dégagé en relevant que « **le principe d'égalité, dont l'application revêt à cet égard valeur constitutionnelle, constitue un principe général du droit communautaire**; qu'il ressort de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que la méconnaissance de ce principe peut notamment résulter de ce que **des situations comparables sont traitées de manière différente**, à moins qu'une telle différence de traitement soit **objectivement justifiée**; que la portée du principe général du droit communautaire garanti, au regard du moyen invoqué, l'effectivité du respect du principe constitutionnel en cause; **qu'il y a lieu, dès lors, pour le Conseil d'Etat, de rechercher si la directive du 13 octobre 2003, en tant qu'elle inclut dans son champ d'application les entreprises du secteur sidérurgique, ne contrevient pas à cet égard au principe général du droit communautaire qui s'impose à elle**;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les industries du plastique et de l'aluminium émettent des **gaz à effet de serre identiques** à ceux dont la directive du 13 octobre 2003 a entendu limiter l'émission; que ces industries produisent des matériaux qui sont **partiellement substituables** à ceux produits par l'industrie sidérurgique et se trouvent donc placées en **situation de concurrence** avec celle-ci; **qu'elles ne sont cependant pas couvertes, en tant que telles, par le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre**, et ne lui sont indirectement soumises qu'en tant qu'elles comportent des installations de combustion d'une puissance calorifique supérieure à 20 mégawatts; que si la décision de ne pas inclure immédiatement, en tant que telles, les industries du plastique et de l'aluminium dans le système a été prise en considération de leur part relative dans les émissions totales de gaz à effet de serre et de la nécessité d'assurer la mise en place progressive d'un dispositif d'ensemble, la question de savoir si la différence de traitement instituée par la directive est **objectivement justifiée** soulève une **difficulté sérieuse**; que, par suite, il y a lieu pour le Conseil d'Etat de **surseoir à statuer** sur les conclusions de la requête dirigées contre le refus d'abroger l'article 1er du décret contesté jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur la **question préjudicielle de la validité de la directive du 13 octobre 2003 au regard du principe d'égalité** en tant qu'elle rend applicable le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre aux **installations du secteur sidérurgique, sans y inclure les industries de l'aluminium et du plastique**; ( ... ) »

( CE, Ass., 08 Février 2007, Société ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE et a. c/ Secrétariat Général du Gouvernement, n°287110 ).

Dans son arrêt sur renvoi préjudiciel du **Conseil d'Etat**, la **Cour de justice de l'Union européenne** rappelle que « 23. *Le principe général d'égalité de traitement, en tant que principe général du droit communautaire, impose que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié* ( voir, notamment, arrêts du 13 décembre 1984, *Sermide*, 106/83, Rec. p. 4209, point 28; du 5 octobre 1994, *Crispltoni e.a.*, C-133/93, C-300/93 et C-362/93, Rec. p. I-4863, points 50 et 51, ainsi que du 11 juillet 2006, *Franz Egenberger*, C-313/04, Rec. p. I-6331, point 33 )

( ... )

Sur le traitement différencié de situations comparables

25 *La violation du principe d'égalité de traitement du fait d'un traitement différencié présuppose que les situations visées sont comparables eu égard à l'ensemble des éléments qui les caractérisent.*

26 *Les éléments qui caractérisent différentes situations et ainsi leur caractère comparable doivent, notamment, être déterminés et appréciés à la lumière de l'objet et du but de l'acte communautaire qui institue la distinction en cause. Doivent, en outre, être pris en considération les principes et objectifs du domaine dont relève l'acte en cause ( voir, en ce sens, arrêt du 27 octobre 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf*, 6/71, Rec. p. 823, point 14; du 19 octobre 1977, *Ruckdeschel e.a.*, 117/76 et 16/77, Rec. p. 1753, point 8; du 5 octobre 1994, *Allemagne/Conseil*, C-280/93, Rec. p. I-4973, point 74, ainsi que du 10 mars 1998, *T. Port*, C-364/95 et C-365/95, Rec. p. I-1023, point 83 ).*

( ... )

Sur un désavantage résultant d'un traitement différencié de situations comparables

39 *Selon la jurisprudence, pour qu'on puisse reprocher au législateur communautaire d'avoir violé le principe d'égalité de traitement, il faut qu'il ait traité d'une façon différente des situations comparables entraînant un désavantage pour certaines personnes par rapport à d'autres ( voir arrêts du 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke et Hoesch/Haute Autorité*, 17/61 et 20/61, Rec. p. 615, 652; du 15 janvier 1985, *Finsider/Commission*, 250/83, Rec. p. 131, point 8, ainsi que du 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, Rec. p. I-5197, point 115 ).*

( ... )

Sur la justification de différence de traitement

46 *Le principe d'égalité de traitement ne s'avère, toutefois, pas être violé pour autant que la différence de traitement entre le secteur de la sidérurgie, d'une part, et les secteurs de la chimie et des métaux non ferreux, d'autre part, soit justifiée.*

47 *Une différence de traitement est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et que cette différence est proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné ( voir, en ce sens, arrêts du 5 juillet 1977, *Bela-Mülle Bergmann*, 114/76, Rec. p. 1211, point 7; du 15 juillet 1982, *Edeka Zentrale*, 245/81, Rec. p. 2745, point 11 et 13; du 10 mars 1998, *Allemagne/Conseil*, C-122/95, Rec. p. I-973, point 68 et 71, ainsi que du 23 mars 2006, *Unitymark et North Sea Fishermen's Organisation*, C-535/03, Rec. p. I-2689, points 53, 63, 68 et 71 ).*

48 Etant donné qu'il s'agit d'un acte législatif communautaire, **il appartient au législateur communautaire d'établir l'existence de critères objectifs avancés au titre d'une justification et d'apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification par celle-ci de l'existence desdits critères** ( voir, en ce sens, arrêts du 19 octobre 1977, *Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson et Providence agricole de la Champagne*, 124/76 et 20/77, Rec. p. 1795, point 22, ainsi que du 10 mars 1998, *Allemagne/Conseil*, précité, point 71 ).

#### *Appréciation de la Cour*

57 La Cour a reconnu au législateur communautaire, dans le cadre de l'exercice des compétences qui lui sont conférées, un **large pouvoir d'appréciation**, lorsque son action implique des **choix de nature politique, économique et sociale** et lorsqu'il est appelé à effectuer des **appréciations et des évaluations complexes** ( voir arrêt du 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, C-344/04, Rec. p. I-403, point 80 ). En outre, lorsqu'il est appelé à **restructurer ou à créer un système complexe**, il lui est loisible de recourir à une approche par **étapes** ( voir, en ce sens, arrêts du 29 février 1984, *Rewe-Sentrale*, 37/83, rec. p. 1229, point 20; du 18 avril 1991, *Assurances du crédit/Conseil et Commission*, C-63/89, Rec. p. I-1799, point 11, ainsi que du 13 mai 1997, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-233/94, Rec. p. I-2405, point 43 ) et de procéder notamment en fonction de **l'expérience acquise**.

58 Toutefois, même en présence d'un tel pouvoir, **le législateur communautaire est tenu de baser son choix sur des critères objectifs et appropriés par rapport au but poursuivi par la législation en cause** ( voir, en ce sens, arrêts du 15 septembre 1982, *Kind/CEE*, 106/81, Rec. p. 2885, point 22 et 23, ainsi que *Sermide*, précité, point 28 ), **en tenant compte de tous les éléments factuels ainsi que des données techniques et scientifiques disponibles au moment de l'adoption de l'acte en question** ( voir, en ce sens, arrêt du 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech*, C-284/95, Rec. p. I-4301, point 51 ).

59 En exerçant son pouvoir d'appréciation, **le législateur communautaire doit, en plus de l'objectif principal de protection de l'environnement, tenir pleinement compte des intérêts en présence** ( voir, concernant des mesures en matière d'agriculture, arrêts du 10 mars 2005, *Tempelman et van Schaijk*, C-96/03 et C-97/03, Rec. p. I-1895, point 48, ainsi que du 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow*, C-504/04, Rec. p. I-679, point 37 ). Dans le cadre de l'examen de contraintes liées à différentes mesures possibles, il y a lieu de considérer que, si l'importance des objectifs poursuivis est de nature à justifier des conséquences économiques négatives, mêmes considérables, pour certains opérateurs ( voir, en ce sens, arrêts du 13 novembre 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, Rec. p. I-4023, points 15 à 17, ainsi que du 15 décembre 2005, *Grèce/Commission* C-86/03, Rec. p. I-10979, point 96 ), l'exercice du pouvoir d'appréciation du législateur communautaire ne saurait produire des résultats manifestement moins adéquats que ceux résultant d'autres mesures également appropriées à ces objectifs.

( ... ) »

( CJUE, Grande Chambre, 16 Décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. C/ Premier ministre, Ministre de l'Ecologie et du Développement durable, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, n°C-127/07 ).

Les critères ainsi dégagés par la **Cour de Luxembourg** conduisent à retenir une **discrimination** lorsque la différence de traitement entre deux situations comparables n'est pas fondée sur un **critère objectif et raisonnable**.

Or, en l'espèce, ne peut être apprécié comme **objective et raisonnable** la **différence de traitement** qui consiste à réserver aux Avocats aux Conseils le **monopole de la représentation** en justice devant les Cours suprêmes, tout en leur donnant accès aux prétoires des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, **concurrentement** avec les Avocats.

\*

Le **Conseil constitutionnel** a fini, lui-même, par reconnaître l'applicabilité de l'article **267 § 3 TFUE** aux procédures dont il est saisi dans le cadre du **contrôle a posteriori de constitutionnalité ( QPC )** :

« ( ... )

*7. Considérant que, pour juger de la conformité du quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale aux droits et libertés que garantit la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de déterminer si la disposition de ce texte qui prévoit que la chambre de l'instruction « statue sans recours dans le délai de trente jours... à compter de la réception de la demande » **découle nécessairement** de l'obligation faite à l'autorité judiciaire de l'État membre par le paragraphe 4 de l'article 27 et le c) du paragraphe 3 de l'article 28 de la décision-cadre de prendre sa décision au plus tard trente jours après la réception de la demande ; qu'au regard des termes précités de la décision-cadre, une appréciation sur la possibilité de prévoir un recours contre la décision de la juridiction initialement saisie au-delà du délai de trente jours et suspendant l'exécution de cette décision exige qu'il soit préalablement statué sur l'**interprétation** de l'acte en cause ; que, conformément à l'article **267** du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne est **seule compétente** pour se prononcer à titre préjudiciel sur une telle question ; que, par suite, il y a lieu de la lui renvoyer et de surseoir à statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité posée par M. F. ;*

*8. Considérant que, compte tenu du délai de trois mois dans lequel le Conseil constitutionnel est tenu, en application de l'article 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, d'examiner la question prioritaire de constitutionnalité, de l'objet de la question préjudicielle posée relative à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et de la privation de liberté dont le requérant fait l'objet dans la procédure à l'origine de la présente question prioritaire de constitutionnalité, il y a lieu de demander la mise en œuvre de la procédure d'urgence prévue par l'article 23 bis du protocole n°3 au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne,*

DECIDE :

*Article 1er. – Il y a lieu de demander à la Cour de justice de l'Union européenne de **statuer à titre préjudiciel** sur la question suivante :*

.../...

*Les articles 27 et 28 de la décision-cadre n° 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que les États membres prévoient un recours suspendant l'exécution de la décision de l'autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande, soit afin de donner son consentement pour qu'une personne soit poursuivie, condamnée ou détenue en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, pour une infraction commise avant sa remise en exécution d'un mandat d'arrêt européen, autre que celle qui a motivé sa remise, soit pour la remise d'une personne à un État membre autre que l'État membre d'exécution, en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant sa remise ?*

*Article 2.— Il est demandé à la Cour de justice de l'Union européenne de statuer selon la procédure d'urgence.*

*Article 3.— Il est sursis à statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Jeremy F.*

*Article 4.— La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française, notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-II de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ainsi qu'au président de la Cour de justice de l'Union européenne.*

**( CC, décision n°2013-314 QPC du 04 Avril 2013, M. Jeremy F. )**

Le **Conseil constitutionnel** a dû, dans la décision sur le fond de la **QPC** dont il était saisi, prendre en considération l'arrêt préjudiciel rendu le par la CJUE, aux termes duquel :

« (...) »

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

***Les articles 27, paragraphe 4, et 28, paragraphe 3, sous c), 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 États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que les États membres prévoient un recours suspendant l'exécution de la décision de l'autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande, afin de donner son consentement soit pour qu'une personne soit poursuivie, condamnée ou détenue en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, pour une infraction commise avant sa remise en exécution d'un mandat d'arrêt européen, autre que celle qui a motivé cette remise, soit pour la remise d'une personne à un État membre autre que l'État membre d'exécution, en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant ladite remise, pour autant que la décision définitive est adoptée dans les délais visés à l'article 17 de la même décision-cadre.***

**( CJUE, Deuxième Chambre, 30 Mai 2013, Jeremy F. c. Premier ministre, C-168/13 PPU )**

« (...) »

7. *Considérant que, saisie à titre préjudiciel par la décision du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 susvisée, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que : « Les articles 27, paragraphe 4, et 28, paragraphe 3, sous c), 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 États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que les États membres prévoient un recours suspendant l'exécution de la décision de l'autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande, afin de donner son consentement soit pour qu'une personne soit poursuivie, condamnée ou détenue en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, pour une infraction commise avant sa remise en exécution d'un mandat d'arrêt européen, autre que celle qui a motivé cette remise, soit pour la remise d'une personne à un Etat membre autre que l'État membre d'exécution, en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant ladite remise, pour autant que la décision définitive est adoptée dans les délais visés à l'article 17 » ;*

8. *Considérant que, par suite, en prévoyant que la décision de la chambre de l'instruction est rendue « sans recours », le quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale ne découle pas nécessairement des actes pris par les institutions de l'Union européenne relatifs au mandat d'arrêt européen ; qu'il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, de contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit ;*

9. *Considérant qu'après la remise de l'intéressé aux autorités judiciaires de l'État d'émission d'une personne arrêtée en France en exécution d'un mandat d'arrêt européen, la chambre de l'instruction, saisie, conformément à l'article 695-46 du code de procédure pénale, d'une demande d'extension des effets dudit mandat à d'autres infractions, éventuellement plus graves que celles qui ont motivé la remise, ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure privative de liberté, est tenue de procéder aux vérifications formelles et aux appréciations de droit relatives aux infractions, condamnations et mesures visées ; qu'en privant les parties de la possibilité de former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre de l'instruction statuant sur une telle demande, les dispositions contestées apportent une restriction injustifiée au droit à exercer un recours juridictionnel effectif ; que, par suite, au quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale, les mots « sans recours » doivent être déclarés contraires à la Constitution ;*

( ... )

#### DECIDE :

*Article 1er.– Les mots « **sans recours** » figurant au quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale sont **contraires à la Constitution**.*

*Article 2.– La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet à compter de la publication de la présente décision dans les conditions prévues au considérant 11.*

.../...

*Article 3. – La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.*

**( CC, décision n°2013-314 QPC du 14 Juin 2013, M. Jeremy F. )**

\*

Les contributions écrites de **Maître Philippe KRIKORIAN** adressées les 17 et 27 Octobre 2014 à la **Mission d'information sur les professions juridiques réglementées** ont été **publiées** dans le **rapport** enregistré le 17 Décembre 2014 à la Présidence de l'Assemblée nationale en **Annexe 8** ( page **240/240** ), sous la forme synthétique suivante :

**« EVOLUTION DE LA PROFESSION D'AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT ET A LA COUR DE CASSATION**

*Les Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ne sont pas des **avocats** mais des **Officiers Publics Ministériels**. Or, les deux fonctions sont **incompatibles**.*

*Les règles de **monopole** sont **incompatibles** avec la **Directive 98/5/CE**. »*

\*

Ainsi que **Maître KRIKORIAN** l'a explicité dans la **lettre ouverte** en date du 11 Septembre 2014 qu'il a adressée à **Monsieur le Président du Conseil National des Barreaux** et à **Monsieur le Président de l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**, complétée de sa **déclaration solennelle de représentation et d'assistance en justice et d'inopposabilité à l'Avocat du ministère obligatoire d'Avocat aux Conseils** ( articles **5** des directives **77/249/CEE** du 22 Mars 1977 et **98/5/CE** du 16 Février 1998 ), les différences entre les deux professions se synthétisent de la façon suivante, l'une procédant de la **Raison**, l'autre de la **Tradition** :

### 1°) UNE ORGANISATION ET UN FONCTIONNEMENT DIFFERENTS DES DEUX PROFESSIONS

Comme susdit, la profession d'**Avocat** et celle d'**Avocat aux Conseils** connaissent une **organisation** et un **fonctionnement différents**.

L'article **7** de l'**ordonnance** du 10 Septembre 1817 ( Créé par Ordonnance 1817-09-10 Bulletin des lois, 7è S., B. 175, n° 2823 Modifié par Décret 88-1087 1988-11-30 art. 1 JORF 2 décembre 1988 ) enseigne, à ce propos :

*« Il y a, pour la **discipline intérieure** de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, un **conseil de discipline** composé d'un président et de onze membres. Deux de ces membres auront la qualité des syndics ; un troisième, celle de secrétaire-trésorier. »*

De même, l'article **13** précité se propose-t-il de régler notamment la procédure à suivre pour les **actions en responsabilité civile professionnelle** formées contre un Avocat aux Conseils :

#### **Article 13**

Modifié par LOI n°2011-331 du 28 mars 2011 - art. 28

*« Le conseil se prononce définitivement, lorsqu'il s'agit de **police** et de **discipline intérieure**, sauf le cas où il statue en **formation disciplinaire**. Dans ce cas, il est procédé conformément aux dispositions du [décret n° 2002-76 du 11 janvier 2002](#) relatif à la discipline des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.*

*Les **actions en responsabilité civile professionnelle** engagées à l'encontre d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sont portées, après avis du conseil de l'ordre, devant le Conseil d'Etat, quand les faits ont trait aux fonctions exercées devant le tribunal des conflits et les juridictions de l'ordre administratif, et devant la Cour de cassation dans les autres cas.*

*Le conseil de l'ordre peut, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession.*

*Le titre d'avocat honoraire au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation peut être conféré par délibération du conseil de l'ordre aux avocats qui ont été inscrits au tableau pendant vingt ans et qui ont donné leur démission.*

*Les avocats honoraires restent soumis à la juridiction disciplinaire du conseil de l'ordre. Leurs droits et leurs devoirs sont déterminés par un règlement intérieur arrêté par le conseil de l'ordre. »*

.../...

Ainsi, ce texte, avec ceux auxquels il renvoie pour son application, prétend régir de façon **autonome** la profession d'Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, organisée en un **Ordre unique – et non pas en un Barreau** -, qui apparaît, dans ces conditions, comme une **profession différente** de la **profession d'Avocat** dont les membres sont inscrits à un **Barreau français**, le **Conseil National des Barreaux** n'étant pas, à l'inverse, un **Ordre national** et ne jouissant d'**aucun pouvoir disciplinaire** à l'égard des Avocats ni, a fortiori, des Avocats aux Conseils.

Précisément, quant à la **discipline** des Avocats aux Conseils, elle est régie par le **décret** n°2002-76 du 11 Janvier 2002 relatif à la discipline des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ( JORF 18 Janvier 2002 ) dont l'article **13** retire au **Conseil de l'Ordre** siégeant en formation disciplinaire le pouvoir de prononcer « *la radiation du tableau des avocats ou de la liste du stage* », décision qui relève logiquement – en application du principe de **parallélisme des formes** - du **Garde des sceaux, ministre de la justice**, investi du **pouvoir de nomination** de l'Avocat aux Conseils ( article **1er** du **décret** n°88-814 du 12 Juillet 1988 relatif à la nomination et à la cessation de fonctions des officiers publics et ministériels et article **19** du **décret** n°91-1125 du 28 Octobre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ).

Le **Règlement général de déontologie**, que le **Conseil de l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** a cru pouvoir adopter le 02 Décembre 2010, bien qu'**aucun texte ne lui confie un quelconque pouvoir réglementaire** – à la différence du **CNB** ( article **21-1, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 ) - « ( ... ) *réuni dans sa séance du 2 décembre 2010 sous la présidence de M. Didier Le Prado* », Règlement qui vise notamment la **directive 98/5/CE**, confirme la **césure profonde** entre la profession d'Avocat et l'Ordre des Avocats aux Conseils, lequel **revendique cette différence** et **refuse toute confusion avec les membres du Barreau**.

Son article **1er** énonce, en effet, quant aux « *principes essentiels de la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* » :

« *La profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est une profession libérale et indépendante qui s'exerce au sein d'un ordre professionnel.*

*L'avocat aux Conseils ne peut, pour l'exercice de sa profession, se soumettre à des règles déontologiques autres que celles émanant de l'ordre.* »

La **différence** entre les **mentalités** respectives des Avocats inscrits à un Barreau français et les Avocats aux Conseils est telle qu'elle a rendu nécessaire l'adoption le **17 Juin 2010** d'une « **Charte organique de collaboration** » entre l'Ordre des Avocats aux Conseils et le Conseil National des Barreaux, - toutefois **inopposable aux Avocats** - dont le **Préambule** précise :

« ( ... ) *La charte organique qu'ils ont décidé d'adopter est destinée à favoriser la régulation de cette collaboration dans l'intérêt des justiciables, clients communs des avocats aux Conseils et des avocats aux barreaux, d'une bonne administration de la justice et de l'élaboration de la jurisprudence; cette charte permettra de favoriser dans la transparence et la concertation l'instruction et l'enrichissement des dossiers soumis aux cours suprêmes.* »

Il est évident que si les Avocats et les Avocats aux Conseils appartenait à la même **profession d'Avocat**, cette Charte de collaboration aurait été **inutile**, dès lors que les règles de déontologie sont fixées, nationalement, en ce qui concerne les premiers, par le **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat ( JORF 16 Juillet 2005 ) et le **Règlement Intérieur National de la profession d'Avocat ( R.I.N. )**, règles que récuse, précisément, l'article **1er** du **Règlement général de déontologie** précité des Avocats aux Conseils.

**2°) L'INCOMPATIBILITE ENTRE LA PROFESSION D'AVOCAT ET L'EXERCICE D'AUTRES PROFESSIONS** est affirmée par l'article **115, alinéa 1er** du **décret n°91-1197** modifié du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat :

« *La profession d'avocat est **incompatible** avec l'exercice de **toute autre profession**, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires particulières. »*

On déduit de ce texte qu'en France, en l'absence de telles dispositions législatives ou réglementaires, la profession d'avocat, reconnue par la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971, est **incompatible** avec l'exercice de la **profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** encore régie au **XXI<sup>e</sup> siècle** par l'**ordonnance royale** du 10 Septembre 1817 de nature **hybride**, mi-législative et mi-réglementaire.

Il n'existe, dès lors, **aucune perméabilité** entre les deux professions.

On s'étonne, dès lors, de lire, dans le **rapport** de la **Mission d'information sur les professions juridiques réglementées** ( pages **36-37** - *pièce n°59* produite devant le **Tribunal administratif de Paris** ) :

« (...) *Si les **108 officiers ministériels membres de la profession d'avocat aux conseils parviennent aujourd'hui à faire face aux 40 000 pourvois jugés par la Cour de cassation et le Conseil d'État en 2014, c'est en grande partie grâce au renfort de collaborateurs qui sont soit des avocats à la cour (et c'est le cas le plus fréquent), soit des universitaires (professeurs de droit, maîtres de conférences, docteurs ou doctorants en droit).***

*Ces collaborateurs sont amenés à traiter des dossiers de façon plus ou moins régulière, selon que la collaboration est pour eux une préparation à une carrière d'avocat aux conseils, ou une étape préalable à d'autres carrières (universitaires, avocats, magistrats, notamment de l'ordre administratif). La plupart collaborent dans un cadre libéral, soit à titre exclusif pour un office, soit au dossier (le cas échéant pour plusieurs offices). Certains collaborateurs travaillent à la fois en interne pour un office, tout en traitant des dossiers, en externe, pour un ou plusieurs autres offices.*

*D'après les données fournies par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les collaborateurs sont rémunérés soit au forfait, soit au dossier, à hauteur d'environ **500/600 euros hors taxes par dossier** pour un débutant, jusqu'à **750/850 euros hors taxes par dossier** pour un collaborateur confirmé. Votre rapporteure rappelle que, lors de leur audition, les représentants de cet ordre ont indiqué que le chiffre d'affaires global annuel de la profession s'élevait à **130 millions d'euros**, ce qui représente un chiffre d'affaires annuel d'environ **1,2 million d'euros par officier ministériel**.*

*La mission n'est pas parvenue à obtenir une évaluation précise du nombre de ces collaborateurs. Lors de leur audition, le chiffre d'un millier environ a été avancé tant par le procureur général près la Cour de cassation, M. Jean-Claude Marin, que par les représentants de l'Ordre des avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'État. Celui d'environ 500 a été indiqué dans la contribution écrite que ces derniers ont fournie à la mission.*

( ... ) »

La **pratique**, telle celle qui prévaut dans l'ensemble des cabinets d'Avocats aux Conseils, consistant à embaucher, en qualité de **collaborateurs** des **Avocats**, ne se concilie guère avec la **prohibition** de l'article **115, alinéa 1er** du **décret** précité n°91-1197 modifié du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat.

**Maître KRIKORIAN** ne pourrait donc pas conserver sa qualité d'Avocat s'il entendait devenir Avocat aux Conseils.

**3°) LE STATUT D'OFFICIER MINISTERIEL EST INCOMPATIBLE AVEC L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT, PROFESSION LIBERALE ET INDEPENDANTE ( article 1er de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 ) DE RANG CONSTITUTIONNEL ( CC, 80-127 DC du 19-20 Janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes )**

Prétendre conférer la qualité d'Avocat à un **officier ministériel** relève de l'oxymore.

Le premier procède du régime de la **déclaration** ( la **prestation de serment** ), le second du régime de l'**autorisation** ( l'**agrément** et la **nomination** par le **Garde des Sceaux, ministre de la justice** ).

La qualité d'**indépendance** est, en effet, la première que doit remplir l'Avocat.

Or, la **nomination** dans un **office** par le Pouvoir exécutif **relativise l'indépendance** dont peut ou doit jouir un professionnel, telle qu'elle est exprimée dans le **serment** qu'il prête avant son entrée de fonctions, à l'instar de celui que, « *Dans le mois de leur nomination, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation prêtent ( ... ) devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation en ces termes :*

*Je jure, comme Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, **indépendance**, probité et humanité. »*

( article **31** du **décret** n°91-1125 du 28 Octobre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ).

Est flagrante, à cet égard, la **différence de niveau normatif** : tandis que le serment des Avocats est **légal**, depuis la **loi** n°82-506 du 15 Juin 1982 relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l'audience par un avocat ( JO du 16 Juin 1982, p. 1899 ) :

« *Je jure, comme avocat, d'exercer la défense et le conseil avec **dignité, conscience, indépendance et humanité.** »*,

complété par la **loi** n°90-1259 du 31 Décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, article **2** entré en vigueur le 1er Janvier 1992 en vertu de l'article **67** de ladite loi :

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

donnant à l'article **3, alinéa 2** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, sa version actuelle,

le serment des Avocats aux Conseils est seulement **réglementaire**.

La différence prend toute sa signification en considération des développements qui suivent.

Il doit, ici, être rappelé que le **serment** se définit comme « *Affirmation ou promesse solennelle faite en invoquant un être ou un objet sacré ( qui sert de garantie et sur lequel le jureur transfère la responsabilité ), et, par extension, se référant à une valeur morale reconnue, comme gage de sa bonne foi. ( ... )* » ( Dictionnaire culturel en langue française, sous la direction d'**Alain REY**, Editions Le Robert 2005, Tome IV, v° Serment, p. 734 ).

Son étymologie le rapproche du latin « *spondeo, c'est-à-dire garantir, répondre de quelque chose* » ( **Emile BENVENISTE**, le Vocabulaire des institutions indo-européennes, Les Editions de Minuit 1969, tome II, pp. 164-165 et 173 ).

S'agissant d'une **promesse**, d'un **engagement solennel**, par lequel « *Celui qui jure met en jeu quelque chose d'essentiel pour lui, une possession matérielle, sa parenté, même sa propre vie, pour garantir la véracité de son affirmation.* » ( *ibid.*, p. 164 ), il ne peut être prêté que par un **être libre dont la pensée est pure et les sentiments nobles** : « *Sachez une fois pour toutes, mon père, que les manants et les bourgeois disent les choses, mais que les gentilshommes les jurent.* » ( **Shakespeare**, Un conte d'hiver, II, 5, trad. C.-A. Puget, cité in Dictionnaire culturel en langue française, sous la direction d'**Alain REY**, Editions Le Robert 2005, Tome IV, v° Serment, p. 737 ).

La **force du serment** est aussi dans la **sanction du parjure** : « *On associe au serment la qualité de sacré, la plus redoutable qui puisse affecter l'homme : le 'serment' apparaît ici comme une opération consistant à se rendre sacer conditionnellement. Rappelons-nous que l'homme déclaré sacer pouvait être tué par n'importe qui. ( ... ) L'expression dévoile la phénoménologie du serment. Le jurant se voue à la malédiction en cas de parjure, et il solennise son acte en touchant l'objet ou la substance investie de ce pouvoir terrible.* » ( **Emile BENVENISTE**, *ibid.*, pp. 168-169 ).

« *Sacramentum est un dérivé, non de sacer, mais du verbe dénominatif sacrare, 'déclarer sacer', 'déclarer anathème' celui qui commet tel délit. Le sacramentum est proprement le fait ou l'objet par lequel on anathématise par avance sa propre personne ( sacramentum militaire ) ou encore le gage déposé ( dans le sacramentum judiciaire ). Dès que la parole est prononcée dans les formes, on est potentiellement dans l'état de sacer. Cet état devient effectif et appelle la vengeance divine si on transgresse l'engagement pris. Dans toutes les circonstances, la procédure de l'engagement s'ordonne de la même manière et, dans une certaine mesure, les termes le laissent apercevoir.* » ( *ibid.*, pp. 172-173 )

« ( ... ) *Dans une scène figurée sur le bouclier d'Achille, on voit deux hommes qui discutent, et se querellent au sujet de la poignée pour racheter le meurtre d'un homme. Tous deux vont chez un istor pour la décision.*

*Il est difficile de comprendre qu'il s'agisse d'un témoin, puisque sa présence aurait évité le débat; il s'agit d'un 'arbiter'. Pour nous, le juge n'est pas le témoin; cette variation de sens gêne l'analyse du passage. Mais c'est précisément parce que istor est le témoin oculaire, le seul qui tranche le débat, qu'on a pu attribuer à istor le sens de 'qui tranche par un jugement sans appel sur une question de bonne foi'.*

*Du même coup on saisit aussi le sens propre du terme latin arbiter qui désigne l' 'arbitre'. Comme il a été exposé plus haut, arbiter désigne en fait deux fonctions : 1) d'abord le 'témoin' ( sens le plus ancien ); c'est le seul sens chez Plaute et, encore dans la période classique, remotis arbitris signifie 'sans témoins'. Et puis : 2) l' 'arbitre'. En réalité, ce sens s'explique par la fonction propre du iudex arbiter. Comme on l'a vu, arbiter est*

étymologiquement '**celui qui survient**', en **tiers**, à une action dont il se trouve être témoin sans avoir été vu, celui par conséquent dont le témoignage tranche le débat. En vertu de la loi, le iudex arbiter a le pouvoir de trancher comme s'il était l'arbitre témoin, **comme s'il avait assisté à la scène même**.

Tout cela est évoqué aussi par la formule du serment homérique. Pourquoi convoque-t-on les dieux? C'est parce que **le châtement du parjure n'est pas une affaire humaine**. Aucun code indo-européen ancien ne prévoit une sanction pour le parjure. **Le châtement est censé venir des dieux puisqu'ils sont garants du serment**. Le parjure est un délit contre les dieux. Et s'engager par un serment, c'est toujours se vouer par avance à la vengeance divine, puisqu'on implore les dieux de 'voir' ou d'"entendre", d'être en tout cas présents à l'acte qui engage. » ( *ibid.*, p. 175 ).

L'histoire atteste de l'importance du serment pour la vie sociale et institutionnelle : « *Au dehors du champ judiciaire, la pratique des serments promissoires demeure omniprésente à travers tout le Moyen Age. Sacre du roi, foi du vassal, intronisation du juge, du maire, de l'échevin, aucun pouvoir; aucune fonction publique laïque n'est pensable sans le serment de son titulaire. Comme les traités, les paix sont jurées; jurées aussi, fréquemment, les législations nouvelles octroyées par le prince. (...)* » ( **Dictionnaire du Moyen Age**, sous la direction de **Claude GAUVARD, Alain de LIBERA, Michel ZINK**, PUF, Quadrige Dicos Poche Octobre 2004, quatrième tirage Mai 2012, v° Serment, p. 1328 ).

De même, sous l'**Ancien Régime**, « **Le serment faisait partie de la cérémonie du sacre**. Il y avait d'abord une promesse de protection à l'Eglise, que le Roi prononçait assis et couvert, puis venait le 'serment du royaume', en latin, par lequel le souverain promettait au peuple chrétien de 'faire conserver en tout temps à l'Eglise de Dieu la paix par le peuple chrétien', d'empêcher 'toutes rapines et iniquités', de faire observer la justice et la miséricorde pour que Dieu répandît sur le prince sa miséricorde, enfin de bannir les hérétiques du royaume. Il tenait les mains sur les Evangiles : il prenait Dieu pour témoin et pour juge. Le Roi prêtait deux autres serments, comme grand maître des ordres du Saint-Esprit et de Saint-Louis, puis un dernier pour faire respecter l'édit sur les duels.

C'était aussi un grand honneur de prêter serment dans les mains du Roi et là il s'agissait d'un hommage vassalique. M. Marion ( *Dictionnaire*, p. 510 ) énumère les principaux dignitaires qui avaient ce droit : archevêques et évêques, le grand maître de l'ordre de Saint-Lazare, les dix grands prieurs de l'Ordre de Malte, le grand maître de France, le grand chambellan, les quatre premiers gentilshommes de la chambre, le grand maître de la garde-robe, le grand écuyer, le premier écuyer, les capitaines des gardes du corps, des Cent Suisses, des gardes de la porte, le grand prévôt de l'hôtel, le grand maréchal des logis, le surintendant des bâtiments, le grand veneur, le grand fauconnier, le grand louvetier, le premier médecin, les grands officiers de la Couronne, les chevaliers des ordres du Saint-Esprit et de Saint-Louis, le gouverneur du Dauphin et des Enfants de France, les gouverneurs et lieutenants des provinces, le grand maître des armes et blasons de France, les premiers présidents des cours souveraines, le prévôt des marchands et échevins de Paris. En 1713, le cardinal de Polignac, comme maître de la chapelle du Roi, aurait dû prêter serment dans les mains du grand maître de la Maison du Roi, alors le duc de Bourbon, prince du sang; pour ne pas humilier un cardinal, Louis XIV profita d'une absence du prince pour que Polignac pût prêter serment entre ses mains.

( ... )

*Dans toutes les sociétés, la pratique du serment était une pratique courante. C'était souvent un engagement qui prenait à témoin Dieu, ou la transcendance, sans qu'un lien personnel fût en cause.*

( ... )

*Néanmoins, le serment normal, voire légal, surtout dans le monde catholique, consistait à toucher les Evangiles. Le pasteur J. de La Placette dans son Traité sur le serment de 1701 s'opposait aux Quakers dont le refus du serment troublait l'ordre social. Il considérait que le geste servait d'accompagnement au serment qui était pour lui promesse orale d'abord, mais ce geste rendait plus solennel l'engagement. Enfin, l'Encyclopédie décrit ainsi le serment : 'La forme de prêter serment pour les laïcs est de lever la main droite, laquelle doit être nue et non gantée. Les ecclésiastiques mettent la main ad pectus.' Il y aurait là une évolution, les contractants invoquant 'soit le ciel cosmique et abstrait, soit le for intérieur' ( D. Nordman ). Dans le Serment des Horace ( 1784 ), les trois frères lèvent la main droite et tendent le bras vers les armes que tient leur père, mais ils regardent au-delà de ces armes.*

( **Dictionnaire de l'Ancien Régime**, PUF, Quadrige Dicos Poche, sous la direction de Lucien BELY, v° Serments, p. 1159 )

De nos jours, dans une **Société démocratique et laïcisée**, comme l'est et doit le demeurer la France, le **serment** n'est plus acte d'allégeance au pouvoir mais, à l'inverse, le signe et le premier acte de **l'indépendance**. En s'engageant solennellement et en prenant à témoin la **prééminence du Droit** ( venue remplacer la **puissance divine** ), le jureur s'affranchit de toute volonté humaine étrangère à cette autorité suprême. Il se place au-dessus de la **contingence** et se hisse au niveau de la **nécessité**.

Pour l'Avocat, cette **volonté d'indépendance** qui est, en même temps, une **obligation**, est d'autant plus prégnante que le terme figure expressément dans le **serment légal** : « *Je jure, comme Avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, **indépendance**, probité et humanité.* » ( article **3, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ).

**L'Avocat ne reçoit d'ordre de personne.** Les actes qu'il diligente dans le cadre du mandat de représentation et d'assistance en justice ne sont que l'exécution de sa propre volonté, conjointe à celle de son client. Le serment qui lie l'Avocat au **Droit seul** l'exclut de tout rapport hiérarchique.

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

Or, le régime disciplinaire n'a de sens qu'au sein d'un système hiérarchisé. Le pouvoir disciplinaire est, en effet, le prolongement du pouvoir hiérarchique. **L'indépendance est, donc, exclusive de la discipline.**

.../...

La sanction de l'éventuelle défaillance de l'Avocat devra être trouvée dans le droit commun. Elle sera d'abord civile, plus précisément procédurale ( annulation de l'acte accompli en méconnaissance de la déontologie ); exceptionnellement pénale lorsque le comportement adopté sera **manifestement incompatible** avec le serment préalablement prêté à l'exercice des fonctions et s'il conduit à rendre inefficace le **droit à un procès équitable**.

De **l'incompatibilité radicale** entre, d'une part, les **nécessaires immunités** dont jouit l'Avocat pour le bon accomplissement de sa **mission constitutionnelle de défenseur** et, d'autre part, le **régime disciplinaire** auquel la loi prétend le soumettre, on déduit que les dispositions de la loi précitée sont **réputées être implicitement abrogées** ( **CE, Ass. 16 Décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice; CE, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 24 Juillet 2009, n°305314** ).

En effet, en donnant **rang légal** au serment de l'Avocat ( **loi n°82-506 du 15 Juin 1982** relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l'audience par un avocat - JO du 16 Juin 1982, p. 1899 -, puis article **2** de la **loi n°90-1259 du 31 Décembre 1990** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, entré en vigueur le 1er Janvier 1992 en vertu de l'article **67** de ladite loi ), dans lequel est inscrit le principe d'**indépendance**, le législateur a introduit une **contradiction** dans la loi qui ne peut être réduite qu'en considérant le **régime disciplinaire implicitement, mais nécessairement abrogé**, ce en vertu du principe de droit *Lex posterior derogat priori*.

En outre, les conditions mises à l'accès à la profession d'Avocat par l'article **11** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** ( nationalité ou réciprocité; compétence; moralité ) n'en font pas, pour autant, une **profession réglementée** comme l'est la profession d'exploitant ou de chauffeur de taxi ( **CE, Ass. 2004, BENKERROU** ), comme toute profession qui se range résolument sous **l'autorité du pouvoir réglementaire**.

Contrairement à l'Avocat dont le **serment légal** est insusceptible d'être atteint par le Premier ministre, celui de l'Avocat aux Conseils peut, à tout moment, subir des modifications du pouvoir réglementaire de nature à altérer la mission de celui qui va recevoir mission de représenter les parties devant les **Cours suprêmes**, mais aussi devant les **tribunaux administratifs** et les **cours administratives d'appel** ( v. infra ).

On peut, dès lors, sérieusement douter de l'**effectivité de l'indépendance** dont se prévalent les Avocats aux Conseils, toujours soumis au **XXI<sup>e</sup> siècle**, en leur qualité d'**officiers ministériels**, à la **surveillance** du **Procureur général** :

« *Les procureurs généraux ( ... ) auront la surveillance de tous les officiers ministériels du ressort.* » ( article **45** de la **loi du 20 Avril 1810** Sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, Bull. des lois 4° S, B. 282, n°5351 ).

On doit rappeler, ici, que le **pouvoir disciplinaire** est le prolongement nécessaire du **pouvoir hiérarchique**.

En ce qui concerne les **Avocats aux Conseils**, le Garde des Sceaux a **délégué son pouvoir de sanction** au **Conseil de l'Ordre**, sauf pour « *la radiation du tableau des avocats ou de la liste du stage* » ( article **13** du **décret** n°2002-76 précité du 11 Janvier 2002 relatif à la discipline des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ), décision qui appartient, comme susdit, au Garde des Sceaux, ministre de la justice, susceptible de recours juridictionnel devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation.

A l'inverse, **l'Avocat n'est jamais considéré comme un collaborateur du service public de la justice** :

« ( ... ) *Mais attendu que l'arrêt attaqué a exactement retenu qu'à l'égard d'un avocat, qui est le conseil représentant ou assistant l'une des parties en litige et non un collaborateur du service public de la justice, la responsabilité de l'Etat en raison d'une faute commise par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions ne peut, selon l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, être engagée qu'en cas de faute lourde;* » ( **Cass. 1ère Civ., 13 Octobre 1998, M. Jean MELOUX et a. c/ Agent judiciaire du Trésor, n°A 96-13.862** ).

**IV°) LE NUMERUS CLAUSUS QUI S'ATTACHE A LA NOMINATION DES OFFICIERS PUBLICS ET MINISTERIELS EST INCOMPATIBLE AVEC LE PRINCIPE DE LIBRE CONCURRENCE**

Les articles **101 à 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ( TFUE )** posent le principe de l'**interdiction générale des atteintes au libre jeu de la concurrence.**

Art. **101 TFUE** :

*1. Sont **incompatibles** avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont **susceptibles d'affecter le commerce entre États membres** et qui ont pour **objet** ou pour **effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence** à l'intérieur du marché intérieur, et **notamment** ceux qui consistent à : ( ... ) »,*

la liste fixée à cet article n'étant pas limitative, mais seulement **indicative**, comme l'exprime l'emploi de l'adverbe « *notamment* ».

Il est évident, dans ces conditions, que les textes français ( en particulier l'article **19 du décret n°91-1125 du 28 Octobre 1991** relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ) qui **limitent le nombre d'offices ( numerus clausus )** et réservent au Garde des Sceaux le **pouvoir de nomination** de ces **officiers ministériels** que sont les **Avocats aux Conseils**, privant, ipso facto, les **Avocats de l'Union** d'accéder librement à cette profession, comme la **directive 98/5/CE** leur en reconnaît pourtant le droit, **faussent le jeu de la concurrence** à l'intérieur de l'Union européenne.

En effet, dans l'hypothèse où le titre d'**Avocat** serait reconnu aux Avocats aux Conseils français, aux fins des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE**, ceux-ci auraient la faculté de **prester** en dehors de la France, d'**exercer de façon permanente** avec ce titre dans un autre Etat membre et, au-delà, d'**accéder à la profession d'Avocat** de cet Etat membre, **sans réciprocité** pour les Avocats y exerçant à titre permanent.

La **déloyauté** dans la concurrence ressort également des textes internes.

\*

2.-/ DEUX PROFESSIONS CONCURRENTES : LE PARTAGE  
( INEGAL ) DU MONOPOLE DE REPRESENTATION ET D'ASSISTANCE EN  
JUSTICE

La **concurrence** est classiquement ( 1559 ) définie comme la « *Rivalité entre plusieurs personnes, plusieurs forces poursuivant un même but.* » ( Dictionnaire Le Petit Robert 2014, v° CONCURRENCE, page 500 ).

Elle est, aujourd'hui, synonyme de **compétition, concours, rivalité** ( ibid. ).

Economiquement elle s'apprécie depuis 1748, comme le « *rapport entre entreprises, commerçants qui se disputent une clientèle.* » ( ibid. ).

Le **vocabulaire juridique** retient le même sens :

« *Compétition économique ; offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle. (...)* »

( **Vocabulaire juridique** Gérard CORNU, PUF, Quadrige ; 10° édition Janvier 2014, v° CONCURRENCE, p. 225 ).

La **langue philosophique** y ajoute pertinemment :

« *Une rivalité objective, qui tient moins à l'amour-propre qu'au conflit des intérêts. Les concurrents, c'est l'origine du mot, 'courent ensemble' vers un même point, qu'ils ne peuvent tous atteindre en même temps, ou convoitent un même bien, qu'ils ne peuvent tous posséder. Ils s'opposent donc, directement ou indirectement, les uns aux autres. C'est la logique de la vie, du marché, de la politique et du sport de compétition. La concurrence est utile pour l'espèce, la société ou le spectacle ; souvent cruelle pour l'individu. Les économistes la supposent volontiers 'pure et parfaite', tout en sachant qu'elle ne l'est jamais. Aussi a-t-on besoin du droit pour la protéger, la réguler, la limiter. C'est vrai en particulier du marché du travail. 'Il a été scientifiquement démontré, me dit un jour l'économiste Jean-Paul Fitoussi, que dans une société ultralibérale, où l'Etat ne s'occupe absolument pas d'économie, le plein-emploi est assuré... pour tous les survivants.' Reste à décider ce qu'on fait pour les autres, si possible avant qu'ils ne soient morts. La concurrence n'y pourvoit pas ; c'est donc à la politique et à l'Etat de le faire. Il reste qu'un marché où chacun peut entrer librement sera ordinairement plus favorable au progrès et aux consommateurs qu'un marché fermé ou contrôlé par quelques monopoles. La concurrence, même impure et imparfaite, comme elle est toujours, vaut mieux que pas de concurrence du tout.* »

( **Dictionnaire philosophique**, André COMTE – SPONVILLE, PUF Quadrige 4° édition Septembre 2013, v° CONCURRENCE, p. 197 ).

Le **monopole**, à l'inverse, qui relève de la **sphère économique** ( du latin *monopolium* et du grec *monopôlion*, de *pôlein*, vendre ) s'entend d'une « *Situation d'un marché où la concurrence n'existe pas, une seule entreprise étant maître de l'offre* » ( **Dictionnaire Le Petit Robert 2014**, v° MONOPOLE, p. 1628 ).

La langue juridique, bien que plus précise, rend compte de la **même connotation péjorative**, dès lors que **toute concurrence est abolie**, de droit ou en fait :

*« Régime de droit ( **monopole de droit** ) ou situation de fait ( **monopole de fait** ) ayant pour objet ou pour résultat de **soustraire à toute concurrence** sur un marché donné une entreprise privée ou un organe ou établissement public. Ex. le monopole de fabrication et de vente dont bénéficie le titulaire d'un brevet. ( ... ) »*

( **Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF 9° édition Août 2011, v° MONOPOLE, p. 663 ).

\*

A un **partage horizontal** des deux professions, selon le **contentieux** ( judiciaire / administratif ), le législateur a préféré un **partage vertical**, selon le **degré de juridiction**.

Ainsi, d'une part, après la **disparition des avoués près les tribunaux de grande instance** et des **agréés près les tribunaux de commerce** ( article **1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques - JORF **05 Janvier 1972**, p. 131 ), puis des **conseils juridiques** ( article **1er** de la **loi n°90-1259 du 31 Décembre 1990** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques - JORF **05 Janvier 1991**, p. 219 ) et, en dernier lieu, des **avoués près les Cours d'appel** ( article **1er** de la **loi n°2011-94 du 25 Janvier 2011** portant réforme de la représentation devant les cours d'appel – JORF **26 Janvier 2011** ), les **Avocats** se voient désormais confier le **monopole** de la représentation et de l'assistance en justice devant les **Tribunaux de grande instance** ( article **751** du Code de procédure civile - CPC ) et les **Cours d'appel** ( article **899** CPC ).

Quant aux **Avocats aux Conseils**, d'autre part, ils persistent à jouir indûment du **monopole de représentation** devant les **juridictions suprêmes**, savoir, **Conseil d'Etat** ( articles **R. 432-1**, **R. 821-3** et **R. 834-3** CJA ), **Cour de cassation** ( article **973** CPC ) et **Tribunal des conflits** ( article **17** du **décret du 26 Octobre 1849** et, depuis le **1er Avril 2015**, article **5** du **décret n°233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles ).

Toutefois, les textes en vigueur ( articles **R. 431-2** et **R. 431-11** du Code de justice administrative - CJA ) s'écartent de ce schéma séparateur, **au seul profit des Avocats aux Conseils**, en leur permettant de représenter et d'assister les parties devant les **juridictions administratives des premier et second degrés** :

.../...

- Article **R. 431-2** CJA ( **représentation des parties devant le tribunal administratif** ) :

*« Les requêtes et les mémoires doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés soit par un avocat, soit par un **avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**, lorsque les conclusions de la demande tendent au paiement d'une somme d'argent, à la décharge ou à la réduction de sommes dont le paiement est réclamé au requérant ou à la solution d'un litige né d'un contrat.*

*La signature des requêtes et mémoires par l'un de ces mandataires vaut **constitution et élection de domicile** chez lui. ».*

- Article **R. 431-11** CJA ( **représentation des parties devant la cour administrative d'appel** ) :

*« Les requêtes et les mémoires doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés soit par un avocat, soit par un **avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**.*

*Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux recours pour excès de pouvoir ni aux demandes d'exécution d'un arrêt définitif.*

*La signature des requêtes et mémoires par l'un de ces mandataires vaut **constitution et élection de domicile** chez lui. »*

**Aucune réciprocité** n'existe en faveur des Avocats qui ne peuvent toujours pas, en droit positif interne, sous réserve de l'application des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE**, représenter les parties devant les **juridictions suprêmes** ( Conseil d'Etat, Cour de cassation, Tribunal des conflits ).

Ce partage n'est, donc, **pas égal** et ne sert pas la défense des justiciables à laquelle, en réalité, elle **nuit**.

\*

### 3.-/ LA CONCURRENCE DELOYALE DES AVOCATS AUX CONSEILS AU PREJUDICE DES AVOCATS NUIT AUX JUSTICIABLES : LA SOLUTION DE CONTINUITÉ DANS LA STRATÉGIE DE DÉFENSE

Constitue une **concurrence déloyale** :

« Fait constitutif d'une **faute** ( au sens de l'a. 1382 C. civ., fondement des condamnations ) qui résulte d'un **usage excessif**, par un **concurrent**, de la **liberté de la concurrence**, par emploi de tout procédé malhonnête dans la recherche de la clientèle, dans la compétition économique. Ex. confusion volontairement créée entre deux marques, notamment au moyen de la publicité, imitation des produits d'un concurrent, désorganisation de l'entreprise rivale, parasitisme, dumping, dénigrement. ( ... ) »

( **Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF, Quadrige ; 10<sup>e</sup> édition Janvier 2014, v<sup>o</sup> CONCURRENCE, p. 225 ).

D'une part, la **concurrence déloyale** faite aux Avocats par les Avocats aux Conseils se traduit par une **inégalité dans l'accès aux juridictions ( 3-1 )**.

D'autre part, cette **concurrence déloyale nuit aux justiciables** en raison de la **solution de continuité qu'elle crée dans la stratégie de défense ( 3-2 )**.

#### 3-1.-/ L'INEGAL ACCES AUX JURIDICTIONS

Comme il a été observé précédemment, la **dualité professionnelle** entre Avocats et Avocats aux Conseils est le fruit de l'histoire, qui ne saurait, pour autant, selon le mot de **RABAUT SAINT ETIENNE** ( « *Notre histoire n'est pas notre code !* » ), être le **code immuable** de la Société, comme l'ADN l'est pour les animaux, à l'exception de l'homme.

Les causes historiques et politiques ( **tentation de l'absolutisme royal** ) de la réunion par l'**ordonnance** du 10 Septembre 1817 « *sous la dénomination d'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ( de ) l'ordre des avocats aux conseils et ( du ) collège des avocats à la Cour de cassation* » ne sauraient justifier que les Avocats aux Conseils puissent intervenir librement dans **tout le contentieux administratif et à tous les degrés de juridictions** sans, qu'en contrepartie, les Avocats aient accès au prétoire des Cours suprêmes, en cassation.

Il résulte, donc, des textes en vigueur un **partage inégal** du marché de la représentation et de l'assistance en justice entre les Avocats et les Avocats aux Conseils, qui **nuit aux justiciables**.

### 3-2.-/ LA SOLUTION DE CONTINUITÉ DANS LA STRATÉGIE DE DÉFENSE NUI AUX JUSTICIABLES

Les requérants dénoncent, ici, l'**incongruité manifeste** qui résulte des textes en vigueur lesquels créent, **sans aucune raison d'intérêt général**, une **solution de continuité nuisible à la stratégie de défense** que définissent ensemble l'Avocat et son client.

Pourquoi, dans cet ordre d'idées, l'Avocat qui connaît le dossier de son mandant depuis plusieurs années, dans les moindres détails, serait-il contraint, en **cassation**, de céder la place à l'Avocat aux Conseils, uniquement parce que le Pouvoir réglementaire l'a décidé, alors même que la défense devra être poursuivie devant une **juridiction supranationale ( Cour de justice de l'Union européenne**, notamment dans le cadre du **renvoi préjudiciel** prévu par l'article 267 § 3 TFUE, ou **Cour européenne des droits de l'Homme** dont la saisine nécessitera, à peine d'irrecevabilité, qu'elle ait été spécialement envisagée en amont et que soient expressément invoquées devant le juge de cassation les violations de la Convention européenne des droits de l'homme dont on voudra ensuite saisir la Cour de Strasbourg ) ou, encore, devant le **Conseil constitutionnel**, saisi d'une **question prioritaire de constitutionnalité ( QPC )**, - **comme en l'espèce** - juridictions devant lesquelles **l'Avocat est pleinement habilité à représenter les parties ?** ( v. supra **rapport de la Mission d'information sur les professions juridiques réglementées**, page 38/240 ).

Les conséquences de la **dualité professionnelle** ne sont pas seulement théoriques, sous l'angle de la **protection juridictionnelle complète et effective** que l'Etat doit aux justiciables, en vertu de l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 ( droit à un recours juridictionnel effectif )**.

La **dualité** est, en effet, classiquement définie comme le « *Caractère de ce qui est **double en soi; coexistence de deux éléments de nature différente**. La dualité de l'être humain : l'âme et le corps. Une dualité d'éléments. 'Alors s'établit en moi une **lutte** ou plutôt une **dualité** qui a été le secret de toutes mes opinions ( Renan, Souvenirs d'enfance ). 'Ce que Danton demande à la Convention, c'est d'abolir la **dualité du pouvoir délibérant et du pouvoir exécutif** ( Jaurès, Hist. Socialiste de la révolution ). » ( **Dictionnaire Culturel en langue française**, Le Robert 2005, Tome II, v° **Dualité**, p. 217 ).*

De même, l'adjectif **dual** connote « **Double ( avec un caractère de réciprocité ) ( ...)** 'Alors, la leçon double du bachelardisme trouverait sa vérité duale ( ... ) ( Michel Serres, Hermès I ) » ( ibid. v° Dual, ale, als, ales, p. 216 ).

On se souvient, ici, que dans l'**analyse transcendantale kantienne** « *Le schème de la communauté ( réciprocité ), ou de la causalité réciproque des substances par rapport à leurs accidents, est la **simultanéité** des déterminations de l'une avec celles de l'autre suivant une règle générale.*

( ... )

*Le schème de la nécessité est l'existence d'un objet en tout temps. ( ... )* »

( **Emmanuel KANT, Critique de la raison pure**, Analytique transcendantale, Editions Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade 1980, p. 889 ).

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

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

On en déduit logiquement que la **nécessité** constitue l'une des **sources du Droit, naturelle en tant qu'elle est indépendante de la volonté des hommes et figure de la volonté implicite du Constituant**.

Rapportée à l'**ordre juridictionnel** auquel président la **garantie des droits** et la **séparation des pouvoirs** réunies dans l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 ( **DDH** ), la **dualité** rend compte à la fois d'une **division** ( des ordres judiciaire et administratif ) et d'une **unité** ( l'**obligation** – traduction en logique déontique de la **nécessité** de la logique formelle - de l'Etat d'assurer aux justiciables, en tout temps et sur tout le territoire de la République, une **protection juridictionnelle complète et effective** ).

De même qu'on ne saurait imaginer, en considération de l'obligation de l'Etat d'assurer aux justiciables une **protection juridictionnelle complète et effective**, que les juridictions de l'un des deux ordres soient investies de compétences ou pouvoirs moindres que leurs homologues de l'autre ordre, il est inconcevable que les **Avocats** ne puissent assurer une **défense complète et effective** de leurs clients **devant toutes les juridictions – y compris en cassation –**, comme peuvent le faire les **Avocats aux Conseils** devant **toutes les juridictions administratives**.

Le **monopole de représentation en justice** devant les **juridictions suprêmes** attribué, pour des **raisons politiques** ( permettre au pouvoir royal d'assurer un contrôle strict et a priori, sous peine de **sanctions disciplinaires**, de la défense devant les plus hautes juridictions du pays ), aux **Avocats aux Conseils**, ne leur confère **aucune supériorité** en dignité, compétences ou droits, sur les **Avocats inscrits à un Barreau français**, lesquels jouissent tous, en cette qualité, du **statut constitutionnel**, dont ne peuvent se prévaloir les premiers.

C'est le lieu de rappeler les **justes mots** de l'illustre **PORTALIS**, Avocat de son état et père du Code civil :

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

.../...

*hommes qui sachent les ennoblir. Les orateurs pourront manquer aux circonstances, mais les circonstances ne manqueront jamais aux orateurs.* » ( Eloge du Président Séguier, p. 40 in Portalis, père du Code civil par **Jean-Luc A. CHARTIER**, Fayard 2004, p. 51 ).

Deux cas concrets illustrent parfaitement les **effets désastreux sur la défense** causés par le **monopole de représentation** indûment octroyé aux Avocats aux Conseils devant les juridictions suprêmes ( **affaire Gérard VALENCHON c/ MORLET et BETTI**; **affaire époux ROUQUIE c/ BENOIT** - *pièces n°21 à 40* produites devant le **Tribunal administratif de Paris** ).

Il est avéré que, dans ces espèces, le comportement adopté par l'Avocat aux Conseils a eu l'**effet inverse** de celui qu'il était censé produire, en termes d'**accès au juge de cassation**.

En effet, en refusant, **contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation** ( **Cass., 1<sup>o</sup> Civ., 16 Mai 2012, Me Philippe KRIKORIAN c/ Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, n°Q 11-18.181** ), de déposer le **mémoire ampliatif** rédigé par **Maître KRIKORIAN, Maître Julien OCCHIPINTI**, Avocat aux Conseils, s'est **illicitement immiscé** dans le mandat de représentation et d'assistance en justice confié à **Maître KRIKORIAN** par ses clients ( respectivement **Monsieur Gérard VALENCHON** – – et les **époux ROUQUIE** ) et a paralysé le libre exercice des droits de la défense en **empêchant l'accès effectif au juge de cassation**.

Ce **comportement nocif** de l'Avocat aux Conseils – qui est la **négation de la protection juridictionnelle** - est allé jusqu'à **réduire à néant** tous les efforts de l'Avocat de **Monsieur VALENCHON** pour accéder à la **Cour de cassation**, puisque celui-ci, troublé par l'attitude de **Maître OCCHIPINTI** s'est, sur les conseils hasardeux de ce dernier, **désisté de son pourvoi en cassation** ( v. les **réserves expresses** de **Maître Philippe KRIKORIAN** dans ses courriels des 12 Août 2014, 16h33 – et 12 Septembre 2014, 09h56 – ).

On ne peut, dans cet ordre d'idées, que s'associer au légitime grief que **Monsieur le Premier Avocat général JEOL** avait développé dans ses conclusions à l'encontre du refus de commission d'office annulé par l'**Assemblée Plénière** de la **Cour de Cassation** le 30 Juin 1995 ( **Aff. BELHOMME n°94-20.302** ) :

*« ( ... ) les prérogatives reconnues aux avocats aux Conseils sont certainement utilisées à 'contre emploi' lorsqu'au lieu de faciliter l'accès à la justice, elles l'interdisent ou le gênent. »*

Comme on le voit, la question de l'**identité professionnelle de l'Avocat** ne concerne pas seulement chacun des membres du **Barreau**, mais au-delà, l'ensemble des **justiciables** en droit de **savoir par qui ils vont être défendus et comment**.

Cette problématique, comme susdit, se pose avec une **acuité particulière** devant les **Cours Suprêmes françaises** ( notamment la **Cour de cassation**, le **Conseil d'Etat** et le **Tribunal des conflits** ) dont le **règlement - et non pas la loi -** a prétendu **limiter l'accès** en instaurant un **ministère obligatoire d'Avocat aux Conseils** ( **Cour de cassation - art. 973** du Code de procédure civile ( **CPC** ) ; **Conseil d'Etat - articles R. 432-1, R. 821-3 et R. 834-3** du Code de justice administrative ( **CJA** ) ; **Tribunal des conflits**, article **17** du **décret du 26 Octobre 1867** réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits ), spécialement sous l'angle de l'application du **droit de l'Union européenne** et plus précisément :

1°) de la **directive 77/249/CEE** du Conseil du **22 Mars 1977** tendant à **faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats** ( **JOUE L 78** du **26 Mars 1977**, p. 17 ) ;

2°) de la **directive 98/5/CE** du **16 Février 1998** du **Parlement européen et du Conseil** **visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise** ( **JOUE L 77** du **14.03.1998**, p. 36 ).

Il résulte de ce qui précède que le raisonnement de l'**Avocat de l'Union** suivra l'**alternative à deux branches** suivante :

- Soit, les **Avocats aux Conseils**, eu égard notamment à leur statut d'**officier ministériel** et leur **organisation fermée ( théorie de l'apparence )** ne peuvent pas, aux fins de la **directive 98/5/CE**, être considérés comme des **Avocats** et la France sera réputée avoir fait le **choix normatif de ne pas réserver le monopole de représentation devant les cours suprêmes** à des **avocats spécialisés**, le prétoire des juridictions nationales étant ouvert à **tous les Avocats notamment ceux qui exercent de façon permanente sous leur titre d'origine**, quelles que soient leurs éventuelles mentions de spécialisation.

Il est évident, dans cette hypothèse, que le **principe d'égalité ( prohibition de la discrimination à rebours )** qui exige du juge national qu'il procure aux **Avocats inscrits** à un Barreau français les mêmes droits que ceux que l'**Avocat exerçant** à titre permanent sous son titre d'origine tire du droit de l'Union ( **CJUE, Cinquième Chambre, 21 Février 2013, Ministero per i beni e le attività culturali e.a. c/ Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia e.a.**, C-111/12 et, déjà, dans le même sens : **CJUE 05 Décembre 2000, GUIMONT**, C-448/98, point **23**; **CJUE, Sixième Chambre, 05 Mars 2002, REISCH**, C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, point **26**; **CJUE, Deuxième Chambre, Ord. 17 Février 2005, MAURI**, C-250/03, point **21**; **CJUE, Troisième Chambre, 30 Mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl**, point **29**; **CJUE Grande Chambre, 05 Décembre 2006, Federico CIPOLLA**, C-94/04 et C-202/04, point **30**; **CJUE Grande Chambre, 1er Juin 2010, José Manuel BLANCO PEREZ et Maria del Pilar CHA GOMEZ**, C-570/07 et C-571/07, point **39**; **CJUE, Troisième Chambre 21 Juin 2012, Marja-Liisa SUSISALO e.a.**, C-84/11, point **20**; et *a contrario* **CJUE, Première Chambre, 1er Juillet 2010, Emanuela SBARIGIA**, C-393/08, point **23**; **CJUE, Première Chambre 22 Décembre 2010, OMALET NV**, C-245/09, point **15** ), doit conduire chacune des **Cours suprêmes françaises** à recevoir des procédures à elle présentées sous le ministère d'un **Avocat**, alors même que les textes réglementaires susmentionnés réservent l'accès au **juge de cassation** aux seuls **Avocats aux Conseils** ( v. à cet égard, la **Déclaration solennelle** en date du **11 Septembre 2014 de représentation et d'assistance en justice et d'inopposabilité à l'Avocat du ministère obligatoire d'Avocat aux Conseils** - articles **5** des

**directives 77/249/CEE du 22 Mars 1977 et 98/5/CE du 16 Février 1998** – adressée par **Maître Philippe KRIKORIAN** à chacune des Cours suprêmes françaises - *pièce n°9* ).

- Soit, prenant en compte la **tradition** – qui ne peut, cependant, aller contre la **Raison universelle** ( le **Droit**, comme l'appelle justement **PORTALIS** ) - ou des considérations d'ordre **sociologique**, les **Avocats aux Conseils** sont admis, aux fins de la **directive 98/5/CE**, si la **Cour de justice de l'Union européenne le dit pour droit** – ce qu'à ce jour elle n'a pas fait – eu égard à leurs fonctions de **représentation et d'assistance en justice**, à condition de **renoncer** à leur **organisation**, à leur **fonctionnement** et à leur **titre** d'Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, à se prévaloir du titre d' « **Avocat** », seul reconnu, pour la France, par son article **1er**, ce qui est susceptible, le cas échéant, de les faire considérer comme des « *avocats spécialisés* » en **procédure de cassation**, au sens de l'article **5 § 3 second alinéa** de ladite directive ( comme les **anciens avoués** près les cours d'appel ont reçu de l'article **1er, I** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 la reconnaissance d'une **mention de spécialisation en procédure d'appel** ) et, dans cette hypothèse, les Avocats de l'Union, y compris ceux inscrits à un **Barreau français** – pour éviter une **discrimination à rebours** – doivent pouvoir **ipso facto accéder à cette spécialité**, par leur seule **qualité d'Avocat, sans autre condition**.

Dans les deux cas, que les **Avocats aux Conseils** puissent ou non, aux fins de la **directive 98/5/CE**, être assimilés à des **Avocats**, la France ne pouvait pas **laisser subsister des dispositions réglementaires** ni continuer de faire application de **règles nationales écrites ou non écrites, incompatibles avec l'objectif défini par la directive 98/5/CE, savoir faciliter l'exercice à titre permanent de la profession d'Avocat sous le titre d'origine et, au-delà, permettre l'accès à la profession d'Avocat de l'Etat membre d'accueil** ( **CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés, n°298348 ; TC, 17 Octobre 2011, SCEA du Chéneau et a. c/ Inaporc et a., 3828, 3829** ).

Il en résulte, en toute hypothèse, que les dispositions réglementaires précitées ( article **973 CPC** ; articles **R. 432-1, R. 821-3 et R. 834-3 CJA**; article **17 du décret du 26 Octobre 1849** réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits et, aujourd'hui, article **5 du décret n°2015-233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles ), en tant qu'elles réservent indûment aux **Avocats aux Conseils le monopole de la représentation des parties devant les Cours Suprêmes françaises** sont **incompatibles avec l'objectif** susmentionné de la **directive 98/5/CE** et doivent, partant, - sauf à pouvoir recevoir une **interprétation conforme** au droit de l'Union - être **écartées** par les Hautes juridictions toutes les fois qu'elles en seront requises par l'Avocat représentant une partie et réclamant à bon droit le bénéfice des **normes de l'Union** susvisées ( v. la **déclaration solennelle** que **Maître KRIKORIAN** a invité chaque Avocat souhaitant exercer à plein sa **mission constitutionnelle de défense**, à adresser aux Chefs des Cours suprêmes françaises ).

En tout état de cause, l'Avocat ne doit pas être empêché d'accéder au prétoire de **cassation**.

Aux fins des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE** dont l'application ne saurait être paralysée ni gênée par des dispositions de droit interne qui leur sont contraires, tous les textes nationaux dans lesquels sont mentionnées les expressions « *avocat(s) au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* », ou « *avocat(s) au Conseil d'Etat* », ou « *avocat(s) aux Conseils* » doivent être lus « *avocat(s)* ».

C'est la conséquence logique qu'on tire, sous l'angle de la **réciprocité**, de l'application que la CJUE elle-même fait de son **Statut** et de son **Règlement de procédure**.

Aux termes de l'article **19 §§ 3 et 4** du **Statut de la Cour de justice de l'Union européenne ( Protocole n°3 annexé au TUE et au TFUE )** :

« ( ... )

*Les autres parties doivent être représentées par un **avocat**.*

*Seul un **avocat** habilité à exercer devant une juridiction d'un Etat membre ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen peut représenter ou assister une partie devant la Cour.*

( ... ) »

De même, l'article **44** ( Qualité des représentants des parties ) du **Règlement de procédure** de la CJUE du 25 Septembre 2012 dispose :

« 1. Pour bénéficier des privilèges, immunités et facilités mentionnés à l'article précédent, justifient préalablement de leur qualité :

( ... )

b) *les avocats, par un document de légitimation certifiant qu'ils sont habilités à exercer devant une juridiction d'un Etat membre ou d'un autre Etat partie à l'accord EEE et, lorsque la partie qu'ils représentent est une personne morale de droit privé, par un mandat délivré par cette dernière ;*

( ... ) »

Ainsi, les parties autres que les Etats membres de l'Union européenne et les Etats parties à l'Accord sur l'Espace Economique Européen ( EEE ) doivent être représentées par un **Avocat**, au sens et pour l'application de la **directive 77/249/CEE** et de la **directive 98/5/CE**, qui ne reconnaissent, en ce qui concerne la France, que le titre d' « *avocat* ».

Nul autre texte ne mentionne les **Avocats aux Conseils** comme représentants des parties devant la CJUE.

Ces textes n'empêchent pas, pour autant, la CJUE d'admettre les Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation comme représentants des parties ( v. notamment CJUE, **Deuxième Chambre, 30 Mai 2013, Jeremy F. c ; Premier ministre**, n°C-168/13 PPU, instance au cours de laquelle Monsieur Jeremy F. était représenté par **Maître Claire WAQUET**, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, que la Cour de Luxembourg qualifie d' « *avocate* » ).

Il est, ainsi, établi qu'aux yeux de la **Cour de Luxembourg** dont l'application qu'elle fait des normes européennes à l'occasion du jugement d'une affaire de sa compétence ( notamment question préjudicielle ) lui est pleinement opposable, ainsi qu'aux Etats membres, aux fins des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE**, **Avocats** et **Avocats aux Conseils** **doivent être considérés comme équivalents dans leur mission de représentation en justice.**

On en déduit immédiatement que les **prérogatives de défense** dont jouissent les Avocats aux Conseils, sous le titre d'**Avocat**, au sens et pour l'application des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE**, doivent être reconnues aux **Avocats** inscrits à un Barreau de l'Union européenne.

C'est bien dire que, dans cette logique, tous les textes nationaux dans lesquels sont mentionnées les expressions « *avocat(s) au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* », ou « *avocat(s) au Conseil d'Etat* », ou « *avocat(s) aux Conseils* » doivent être lus « *avocat(s)* ».

\*

Il est patent, au vu des considérations qui précèdent, qu'un Avocat désireux d'exercer à **titre permanent en France et représenter les parties devant les cours suprêmes** ( Cour de cassation, Conseil d'Etat et Tribunal des conflits ) **ne pourra pas solliciter son inscription à un Barreau spécialisé**, au seul vu de l'**attestation** délivrée par l'autorité de l'Etat membre d'origine dès lors :

- d'une part, que l'**Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ne constitue pas un Barreau spécialisé d'Avocats**, mais une **corporation d'officiers ministériels** investis par le Garde des Sceaux, ministre de la justice;

- de deuxième part, que la décision d'admettre l'Avocat aux Conseils candidat **ne dépend pas de l'Ordre** qui ne rend qu'un **avis motivé** en vue de la nomination, laquelle relève **discrétionnairement** du **Garde des Sceaux, ministre de la justice**;

- de troisième part, que l'éventuelle nomination par le Garde des Sceaux, ministre de la justice, dans un office d'Avocat aux Conseils, **fait perdre ipso facto la qualité d'Avocat** inscrit à un Barreau français.

Le **choix cornélien** offert à l'Avocat souhaitant exercer en France sous son titre d'origine est le suivant :

- ou bien, accéder à la profession d'Avocat aux Conseils, avec l'agrément du Garde des Sceaux, ministre de la justice, mais **renoncer à l'inscription à un Barreau français**;

- ou bien, renoncer à devenir Avocat aux Conseils et à représenter les parties devant les cours suprêmes.

.../...

Ce **choix du Diable** ( « *double bind* » ou « *dead end* », disent **nos amis anglo-saxons** ), que le droit positif français impose de façon **incohérente** à l'Avocat est **contraire au droit de l'Union européenne**. Il n'est pas inutile, à ce titre, de rappeler que la **Cour de cassation** reconnaît, aujourd'hui, le **principe de cohérence**, selon lequel **nul ne peut se contredire au détriment d'autrui** ( **Cass. Ass. Plén. 27 Février 2009, Sté SEDEA ELECTRONIQUE c/ Sté PACE EUROPE et a.**, n°M 07-19.841 ; **Cass. Com. 20 Septembre 2011**, n°10-22.888, RTD civ. Octobre-Décembre 2011, p. 760 ).

Les textes réglementaires sont, partant, **incompatibles** avec la **directive 98/5/CE** en tant qu'en obligeant les parties à **constituer Avocat aux Conseils**, ils font illicitement obstacle à la représentation et à la défense de clients par l'Avocat inscrit à un Barreau français.

Ces textes doivent, dès lors, - sauf à être **interprétés** comme ne faisant pas entrave à la représentation par Avocat devant les cours suprêmes - être écartés en leur application dans tous les cas où un Avocat inscrit à un Barreau français sera **mandaté** pour saisir une juridiction suprême devant laquelle il **représentera** ses clients, dans les mêmes conditions que celles applicables à un Avocat aux Conseils.

Comme on le voit, l'application du droit de l'Union et, en particulier, de la **directive 98/5/CE** a pour conséquence de **généraliser la concurrence** dans la représentation des parties en justice, entre la profession d'Avocat et celle d'Avocat aux Conseils, concurrence qui n'existe, à ce jour, que devant les **tribunaux administratifs** ( article **R. 431-2** du Code de justice administrative - CJA ) et les **cours administratives d'appel** ( article **R. 431-11** CJA ).

Une telle **concurrence** ne pourra être supprimée – dès lors qu'elle est jugée **nocive aux consommateurs de droit** - que le jour où, à l'instar des anciens avoués de première instance, des anciens conseils juridiques et des anciens avoués d'appel, les **avocats aux Conseils**, quittant leurs **oripeaux d'Ancien Régime**, auront revêtu la **Robe, commune à tous les défenseurs** et, ainsi, pleinement intégré la **profession d'Avocat** au sein du « **Grand Barreau de France - GBF** » que **Maître KRIKORIAN** appelle de ses vœux.

L'**occasion historique** serait, ainsi, donnée à la France d'**élargir le champ d'action** de l'Avocat en lui conférant une **compétence nationale ( postulation universelle )** qu'il tirerait de **plein droit** de l'inscription à son **Barreau d'origine**, sur le modèle du **système scandinave**.

Serait, de la sorte, supprimée l'**incongruité manifeste** sus-dénoncée qui résulte des textes en vigueur, lesquels créent artificiellement une **solution de continuité nuisible à la stratégie de défense** que définissent ensemble l'Avocat et son client.

Une chose, en tous cas, est certaine : l'Avocat est la **condition nécessaire et suffisante de la défense** dans une **Société démocratique**, telle que l'est et doit le demeurer la France, **sans aucune nécessité** d'y ajouter d'**intermédiaires inutiles ( théorie du rasoir d'OCKHAM )**.

De même que les **privilegiés**, selon **Sieyès**, auteur du célèbre « *Qu'est-ce que le Tiers état ?* », « *qui en tant qu'ordres, n'appartiennent pas à la Nation, seront libres d'y rentrer 'en se purgeant de leurs injustes privilèges'* » ( **Sieyès**, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, préface de **Jean-Denis Bredin**, Flammarion, Champs classiques 1988, p. 18 ), de même, les **Avocats aux Conseils** ne pourront pas participer à l'aventure du **GRAND BARREAU DE FRANCE** d'essence **démocratique**, sans renoncer à leur **organisation**, à leur **fonctionnement** et à leur **titre d'Ancien Régime**.

\*

**Maître Philippe KRIKORIAN**, compte tenu de ce qui précède, tire de l'**annulation** de l'article **5** du **décret** du 27 Février 2015, telle que présentement demandée, un **double avantage** à la fois **patrimonial** et **extra-patrimonial** :

- D'une part, en qualité de **justiciable**, **Maître KRIKORIAN** a eu à souffrir de cette **règle archaïque** ( article **17** du **décret** du 26 Octobre 1849 ) imposant, à peine d'**irrecevabilité** de la requête, de recourir au ministère d'un Avocat aux Conseils ( v. décision du **Tribunal des conflits** du 17 Novembre 2014, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Consorts TASHAN**, n°3968 ). Le requérant a dû, en effet, attendre **plus de huit mois** avant que sa requête fût enregistrée par le **Tribunal des conflits**, faute de représentation par Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

- D'autre part, en considération de la **concurrence déloyale** exercée par les Avocats aux Conseils au détriment des Avocats, **Maître KRIKORIAN** a un **intérêt manifeste** à ne pas voir pérenniser, par des décisions, tel le **décret** présentement attaqué ou l'**arrêté de nomination d'un concurrent** ( v. procédure pendante devant le **Tribunal administratif de Paris** ), le système instauré par des **textes inconstitutionnels** et **contraires au droit de l'Union** ( notamment article **91** de la **loi sur les finances** du 28 Avril 1816, **ordonnance** du 10 Septembre 1817, **décret** n°91-1125 du 28 Octobre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ).

Exerçant la profession d'**Avocat**, **Maître Philippe KRIKORIAN** a, dès lors, **intérêt** et **qualité à agir**, et est par suite **recevable** à déférer au **Conseil d'Etat** le **décret** n°2015-233 du 27 Février 2015 ( v. **CE, Assemblée**, 9 Avril 1999, **Mme Toubol-Fischer, M. Bismuth**, req. N°196177: AJDA 20 Octobre 1999, p. 834: « ( ... ) *Considérant que Mme Toubol-Fischer et M. Bismuth, avocats, justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour attaquer les dispositions de l'article 5 du décret du 27 février 1998 qui concernent les contrats ayant pour objet des services juridiques; ( ... )* » ).

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

.../...

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

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

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

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

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

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

\*

**Maître KRIKORIAN** justifie, dans ces conditions, d'un **intérêt** lui donnant **qualité à agir** aux fins de demander l'**annulation**, pour **excès de pouvoir**, du **décret n°2015-233** du 27 Février 2015.

Il convient de rappeler, à cet égard, la signification et la portée de la notion d'**intérêt à agir**, telle qu'elle est définie en doctrine, au vu de la jurisprudence du **Conseil d'Etat**.

L'**intérêt pour agir** est défini, en doctrine, comme « *l'utilité que présente pour le requérant la solution du litige qu'il demande au juge d'adopter. (...)* » ( **Gilles PELISSIER**, Docteur en droit, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, Recours pour excès de pouvoir – conditions de recevabilité — Janvier 2010, mise à jour Octobre 2014, § 249, p. 29 ).

Dans son **arrêt de section** du 13 Décembre 2006, **Commune d'Issy-les-Moulineaux** ( n°264115 ) ( cité par le **Garde des sceaux**, dans son **mémoire en défense au fond** du 19 Décembre 2014, page **3/3** devant le **Tribunal administratif de Paris** ), si la Haute juridiction a jugé que la Commune susmentionnée « *ne justifiait pas d'un **intérêt suffisamment direct** de nature à lui permettre de contester l'arrêté du 21 janvier 1999 par lequel le préfet des Hauts-de-Seine a agréé l'association 'Val-de-Seine Vert' pour la protection de l'environnement* » c'est au motif que la décision attaquée « *n'a pas, par elle-même, **pour effet de susciter des recours contentieux contre les décisions de la COMMUNE D'ISSY-LES-MOULINEAUX**, et ne porte pas une atteinte suffisamment directe et certaine aux intérêts de la commune pour justifier son intérêt à agir;* » ( page **4/5** de l'arrêt ).

.../...

A contrario, si la décision litigieuse avait été de nature à provoquer des recours contre les décisions de la commune concernée, celle-ci aurait justifié d'un intérêt lui donnant qualité à agir aux fins d'en demander l'annulation.

Cette décision doit être approuvée.

Il est évident qu'une décision qui ne fait pas grief ne crée aucun intérêt à agir.

En revanche, dès lors que les conditions de vie ou d'exercice professionnel, comme en l'espèce, sont susceptibles d'être altérées par un acte de l'Administration, celui-ci détermine dans le chef de la **personne ainsi lésée un intérêt direct et certain** lui conférant **qualité à agir** pour obtenir la suppression des effets nuisibles.

C'est bien l'application de l'article **5** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 ( **DDH** ), à **pleine valeur constitutionnelle** :

*« 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. »*

Ce texte, combiné avec l'article **16 DDH** consacrant la **garantie des droits** dont procède le **droit à un recours juridictionnel effectif**, commande que toute personne lésée par une décision individuelle ou à caractère général de la Puissance publique trouve une **voie de droit** apte à remédier à la situation préjudiciable.

Le **recours pour excès de pouvoir** est l'une de ces voies de droit. Ouvert, **même sans texte**, il a pour objet et pour effet, conformément aux principes généraux du droit, d'**assurer le respect de la légalité** ( **CE, Ass. 17 Février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte**, Rec. p. 110 ). Cette fonction – veiller à la légalité de l'action administrative – explique la nature à la fois **objective** et **d'ordre public** que présente le **recours pour excès de pouvoir** ( v. **Gilles PELISSIER**, Docteur en droit, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, Recours pour excès de pouvoir – conditions de recevabilité – Janvier 2010, mise à jour Octobre 2014, § 9, p. 4 ).

On tire de ce qui précède qu'aucun acte de la Puissance publique **faisant grief** ne saurait a priori jouir d'une **immunité juridictionnelle**, puisqu'**une personne**, au moins, est susceptible d'être atteinte par les effets de la décision litigieuse.

Pour conserver à ce principe son effectivité, on est conduit à considérer, eu égard au caractère **objectif** et **d'ordre public** du **recours pour excès de pouvoir** - que l'invocation de l'intérêt à agir ne suffit pas à évacuer - que la catégorie de justiciables susceptibles d'être lésés par un tel acte **n'est pas réduite à l'ensemble vide**.

En d'autres termes, il existe une **présomption d'existence d'une catégorie de justiciables** recevables à déférer un tel acte administratif au **contrôle de légalité**. Le requérant doit seulement justifier qu'il appartient à cette catégorie, définie par **compréhension** à l'aide de **critères objectifs et raisonnables**, et non pas prouver que ladite catégorie existe.

Or, suivre le raisonnement du Garde des sceaux, dans l'espèce précitée, conduit à cette **solution extrême** dans laquelle **aucun justiciable** ne pourrait contester la légalité de l'arrêté de nomination d'un **Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**, ce professionnel n'étant le **concurrent** que de l'**Avocat** qui, dans cette **hypothèse anti-juridique**, serait **irrecevable à agir, faute d'intérêt**.

Ce raisonnement est **manifestement erroné**, comme l'établit la jurisprudence du **Conseil d'Etat**. Qui, en effet, sinon l'**Avocat** peut attaquer la légalité de l'arrêté de nomination d'un **Avocat aux Conseils** et **mettre en cause le monopole de représentation** dont celui-ci jouit devant les cours suprêmes?

Il est, ainsi, jugé par le **Conseil d'Etat** qu'un **opérateur économique** a intérêt à demander le **maintien** d'une décision de l'Administration ( Autorité de la concurrence ) **défavorable** à l'un de ses **concurrents**. :

« ( ... ) *Sur les interventions, dans l'affaire n°362347, de la société Métropole Télévision ( M6 ) et des sociétés Télévision Française 1 ( TF1 ), TF1 Thématiques, Eurosport France SA, Histoire, Société paneuropéenne d'édition et d'exploitation de documentaires, Société d'exploitation de documentaires et TV Breizh :*

*3. Considérant que ces sociétés ont intérêt au maintien de la décision attaquée; qu'ainsi leurs interventions sont recevables;*

( ... ) »

( **CE, Ass., 21 Décembre 2012**, n°362347, 363542, 363703 ).

Le **Conseil d'Etat** avait déjà jugé dans le même sens, en décidant qu'un **juriste salarié d'un Cabinet d'Avocats** « *a intérêt au maintien du décret attaqué; qu'ainsi son intervention est recevable;* » ( **CE, Section, 25 Juillet 2007, Syndicat des Avocats de France**, n°288720 ).

\*

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

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

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

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

*( ... ) »*

La **publication** au journal officiel du décret attaqué étant intervenue le 1er Mars 2015, le délai du recours contentieux de **deux mois** n'est pas expiré le 30 Avril 2015, date à laquelle le présent **recours pour excès de pouvoir** est parvenu au **Secrétariat du contentieux** du **Conseil d'Etat** pour y être enregistré.

\*

La demande des requérants est, partant, entièrement **recevable**.

Elle n'en est pas moins **totale**ment fondée ( **infra § II-C** ).

**II-C/ LE TOTAL BIEN-FONDE DU PRESENT RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR: L'ILLEGALITE DU DECRET EN CONSEIL D'ETAT DU 27 FEVRIER 2015**

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

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

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

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

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

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

( ... )

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

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

( ... ) »

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

Le Conseil Constitutionnel adopte le même principe en jugeant:

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

.../...

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

( ... ) »

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

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

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

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

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

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

« ( ... )

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

\*

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

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

« ( ... )

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

( ... )

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

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

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

\*

.../...

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

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

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

**II-C-2/ LES DIFFERENTES ILLEGALITES DES ARTICLE 5, 32, 34, 37 ET 38 DU DECRET N°2015-233 DU 27 FEVRIER 2015 RELATIF AU TRIBUNAL DES CONFLITS ET AUX QUESTIONS PREJUDICIELLES**

La nature du décret n°2015-233 du 27 Février 2015 ( **II-C-2-a** ) commandait que celui-ci n'excédât pas les **limites** de l'habilitation législative ( **II-C-2-b** ), d'une part et édictât des **mesures nécessaires** à la mise en œuvre de la loi ( **II-C-2-c** ), d'autre part, ce qui ne fut pas le cas, en l'espèce.

En outre, l'**absence de mesures transitoires** méconnaît le **principe de sécurité juridique** et contrarie le **droit constitutionnel d'accès à un tribunal** ( **II-C-2-d** ).

**II-C-2-a/ LES ARTICLES 5, 32, 34, 37 ET 38 DU DECRET N°2015-233 DU 27 FEVRIER 2015 SONT DES MESURES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 13 DE LA LOI N°2015-177 DU 16 FEVRIER 2015**

1. -/ Le décret attaqué du 27 Février 2015 est intervenu, pour ce qui concerne son **TITRE Ier** ( « **LE TRIBUNAL DES CONFLITS** » ), en application de l'article **13** de la loi n°2015-177 du 16 Février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, composant à lui seul le **TITRE III** de ladite loi consacré aux « **DISPOSITIONS RELATIVES AU TRIBUNAL DES CONFLITS** ».

Il a, pour **objet**, comme il l'indique lui-même, dans sa **note explicative**, la « *modernisation des règles de fonctionnement et des procédures suivies devant le Tribunal des conflits et ( la ) création d'une procédure de questions préjudicielles entre les juridictions des deux ordres.* »

2. -/ Ce texte comprend donc :

- D'une part, en son **TITRE Ier** ( « **LE TRIBUNAL DES CONFLITS** » ), des **dispositions réglementaires d'application** de la loi n°2015-177 du 16 Février 2015;

- D'autre part, en son **TITRE II** ( « **LA QUESTION PREJUDICIELLE** » ), des **dispositions réglementaires autonomes** modifiant l'ordonnancement juridique et créant un mécanisme nouveau de **renvoi préjudiciel** entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, consacrant, de la sorte, celui qu'avait élaboré la jurisprudence du **Tribunal des conflits** ( v. en dernier lieu **TC, 17 Octobre 2011, SCEA du Chéneau et a. c/ Inaporc et a., 3828, 3829** ).

Ce mécanisme dénommé « **question préjudicielle** » sera utilisé lorsque la **solution d'un litige** dont est saisie une juridiction d'un des deux ordres dépend d'une **question** soulevant une **difficulté sérieuse** et relevant de la **compétence** d'une juridiction de l'autre ordre ( articles **47** et **48** du décret modifiant respectivement le code de justice administrative et le code de procédure civile ).

L'article 5 du décret attaqué, objet du présent recours, fait partie du **CHAPITRE Ier** du **TITRE Ier** dudit décret consacré aux « *Règles procédurales* » à suivre devant le **Tribunal des conflits**.

Quant aux articles 32, 34, 37 et 38 dudit décret, ils intègrent respectivement le **Chapitre III ( La prévention de conflit – art. 32 à 36 )** et le **Chapitre IV ( Le conflit négatif – art. 37 et 38 )**.

Il s'agit, donc, clairement de **dispositions d'application** de l'article 13 de la loi n°2015-177 du 16 Février 2015, prises pour **l'exécution de la loi** en vertu de l'article 21 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, la loi ( article 13, III ) renvoyant elle-même pour son **exécution**, conformément à l'article 1er du Code civil, à un « *décret en Conseil d'Etat* » fixant la date de son entrée en vigueur devant intervenir « *au plus tard six mois après la promulgation de la présente loi.* »

De même, l'article 12 de la loi du 24 Mai 1872 relative au Tribunal des conflits, dans la rédaction que lui en a donnée l'article 13 de la loi n°2015-177 du 16 Février 2015, dispose que « *Le Tribunal des conflits règle le conflit d'attribution entre les deux ordres de juridiction, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat :*

*1° Lorsque le représentant de l'Etat dans le département ou la collectivité a élevé le conflit dans le cas prévu à l'article 13;*

*2° Lorsque les juridictions de l'un et l'autre ordre se sont déclarées respectivement incompétentes pour connaître d'un litige ayant le même objet;*

*3° Lorsqu'une juridiction de l'un ou l'autre ordre lui a renvoyé la question de compétence soulevée dans un litige. »*

Or, l'on sait que le **Conseil d'Etat**, qui distingue, pour le régime juridique qu'il leur applique, entre les **règlements autonomes** ( art. 37 de la Constitution) et les **règlements d'exécution des lois** ( art. 21 ), contrôle, s'agissant de ces derniers, la question « *de savoir, non si les décrets sont bien intervenus en matière réglementaire, mais s'ils sont nécessaires à l'application de la loi ou s'ils n'ont pas excédé les limites de la mission attribuée au pouvoir réglementaire par la loi* » ( **Professeur René CHAPUS**, Droit administratif général, Tome 1, Domat droit public, Montchrestien, 15° éd. 2001, § 844, p. 664 ).

Si les articles 15 et 16 §§ 1 et 2 du décret n°56-1215 du 29 Novembre 1956 « *se bornent à déterminer les conditions d'application de la loi* ( du 11 Octobre 1946 modifiée par la loi du 25 Février 1956 ) *en fixant la procédure de communication des contrats à la caisse et en établissant à 15 ans la durée de la prolongation de la propriété littéraire au profit de la caisse, son article 16, § 3 attribue à cet organisme le droit de passer de nouveaux contrats et d'en percevoir les redevances; que cette dernière disposition étend illégalement le champ d'application de la prolongation de la propriété littéraire déterminée par le législateur;* »

( **CE, 10ème et 3ème sous-sections réunies, 22 Juin 1984, ROLLET, n°33752** ).

De même, « *si le dernier alinéa ( de l'article 416 du Code rural, issu de la loi n°84-512 du 29 Juin 1984 modifiée par la loi n°85-542 du 22 Mai 1985 relative à la pêche en eau douce et la gestion des ressources piscicoles ) précise que **les conditions d'adhésion** à ( des associations agréées de pêcheurs professionnels ) **sont fixées par décret en Conseil d'Etat, cette disposition n'autorisait pas le gouvernement, en l'absence d'une habilitation expresse, à soumettre l'accès à l'exercice de l'activité de pêcheur professionnel à d'autres limitations que celles qui découlent des dispositions précitées de la loi; ( ... ) les exigences relatives à la majorité et à la capacité apportent au libre accès à la profession, tel qu'il existait antérieurement, des restrictions qui ne sont pas prévues par la loi et qui excèdent les pouvoirs reconnus au gouvernement par les dispositions précitées de l'article 416 du code rural; »***

( CE, Ass. 16 Décembre 1988, Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne, Isle et Dordogne Maritimes, n°75544 ).

A l'identique, « *en exigeant du demandeur d'une autorisation d'expérimenter sur les animaux la justification qu'il n'a pas encouru de condamnation pénale ou disciplinaire pour des faits contraires à l'honneur ou à la probité, sans distinguer selon la nature des faits ayant motivé la condamnation ni selon la gravité de la sanction, le gouvernement a excédé les limites de l'habilitation reçue du législateur et méconnu son objet; que, dès lors, les requérants sont fondés à demander l'annulation des dispositions susanalysées de l'alinéa 3 de l'article 10 du décret attaqué, qui sont divisibles des autres dispositions dudit décret; ( ... ) » ( CE, 3ème et 5ème sous-sections réunies, 16 Décembre 1994, n°93399 ).*

En d'autres termes, le **décret d'application de la loi**, pris en application de l'article 21 de la Constitution, qui se borne à **expliquer ( énoncer formellement )** les dispositions législatives, devra réunir les deux conditions cumulatives d'être **nécessaire** et de ne pas avoir excédé les **limites de l'habilitation** tracées par la loi.

On retrouve, ici, la référence implicite au **jugement analytique**, pivot de la **philosophie transcendantale** d'Emmanuel KANT.

- Le **jugement analytique** est celui où le **prédicat** est compris dans le **sujet**: « *Tous les hommes sont mortels* »; « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

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

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

Ainsi s'exprime le grand philosophe:

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

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

La mission d'exécution que le législateur, en application de l'article 21 de la Constitution ( « Le Premier ministre ( ... ) assure l'exécution des lois. » ) confie au pouvoir réglementaire consiste, donc, à faire sortir de la loi tout ce qu'implicitement elle contient, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire à son entrée en vigueur.

Autrement dit, le décret d'application doit actualiser le potentiel normatif de la loi, dans les limites que celle-ci a décidées.

Devra, en outre, être appréciée l'existence ou l'absence d'un écran législatif susceptible de s'interposer entre le décret et la norme supérieure ( Constitution, droit de l'Union européenne, traité international – cf. CE, Ass. 03 Octobre 2008, Commune d'Annecy, n°297931; CE, 24 Juillet 2009, n°305314 ).

En effet, en l'absence d'écran législatif, le décret doit répondre directement de sa légalité devant les normes supérieures ( Constitution, droit de l'Union européenne, traité international ). Il sera, en conséquence, annulé pour incompétence s'il est intervenu dans une matière qui, constitutionnellement, relève du domaine de la loi ( CE, Ass. 03 Octobre 2008, Commune d'Annecy, n°297931; CE, 24 Juillet 2009, n°305314 ).

C'est, précisément, les conditions d'édiction du décret d'application de la loi qu'il convient, ici, de contrôler, aussi bien en ce qui concerne l'article 5 du décret ( II-C-2-b ), que ses articles 32, 34, 37 et 38 ( II-C-2-c ).

## II-C-2-b/ LES ILLEGALITES DE L'ARTICLE 5 DU DECRET DU 27 FEVRIER 2015

En raison de **l'absence d'écran législatif ( 1 )**, le décret attaqué ne peut s'abriter derrière aucun paravent normatif et doit, en conséquence, répondre directement de sa légalité devant les normes supérieures.

L'**illégalité externe** du décret tient à **l'incompétence du pouvoir réglementaire** pour créer un **ministère obligatoire** d'Avocat ou d'Avocat aux Conseils ( 2 ).

Son **illégalité interne** se caractérise, elle, par la **violation des règles de concurrence ( 3 )**.

### 1. -/ L'ABSENCE D'ECRAN LEGISLATIF

Si, comme susdit, l'article 5 du **décret du 27 Février 2015** est intervenu, conformément à l'article 13, III de la **loi n°2015-177 du 16 Février 2015**, pour permettre l'entrée en vigueur des I et II du même article 13, il n'en demeure pas moins que cette loi ne prévoit **aucune règle de fond** en ce qui concerne la **représentation des parties** devant le **Tribunal des conflits**.

Or, en **l'absence de toute règle de fond** fixée par la loi, celle-ci ne peut s'interposer entre l'acte du pouvoir réglementaire auquel elle donne seulement **compétence**, d'une part et la norme supérieure ( Constitution, droit de l'Union européenne, traité international ), d'autre part.

La doctrine s'exprime en ces termes, sur ce sujet :

« ( ... )

122. Dans l'arrêt de 2008, *Commune d'Annecy (CE, ass., 3 oct. 2008, req. no 297931)*, le Conseil d'État a jugé que la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux **ne fait pas écran**, annulant ainsi le décret attaqué pour méconnaissance de la compétence du législateur posée par l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui fait partie des normes constitutionnelles. Le Conseil d'État a vérifié s'il y a lieu à appliquer la théorie de la loi-écran, en s'interrogeant sur la portée réelle de la loi. Comme l'explique L. JANICOT : « Il vérifie si cette loi " se borne [...] à attribuer une **compétence** au pouvoir réglementaire, dont ce dernier ne fait qu'user" ou si, au contraire, elle "fixe [...] un certain nombre de **règles de fond**, dont le pouvoir réglementaire ne fait que tirer les **conséquences nécessaires**" ». Le Conseil d'État retient en définitive dans le cadre de sa jurisprudence « une **conception matérielle** » de l'écran législatif : « l'écran est opaque, parce qu'il y a de la "**matière**" législative » ; l'écran est transparent lorsque la loi se borne à permettre l'exercice de la compétence réglementaire. L'idée d'écran législatif suppose des **règles de fond** » (L. JANICOT, *La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement*, RFDA 2008. 1158).

( ... ) »

( **Michel VERPEAUX**, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris-1 – Dalloz, Répertoire de contentieux administratif, contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, 2<sup>o</sup>, actes, § 122 )

C'est, donc, au regard des **normes supra-législatives** que doit s'apprécier la **constitutionnalité** ou la **conventionnalité** de l'article 5 du **décret du 27 Février 2015**.

.../...

**2. -/ L'ILLEGALITE EXTERNE - L'INCOMPETENCE DU POUVOIR  
REGLEMENTAIRE : LA CREATION D'UN MINISTERE OBLIGATOIRE  
D'AVOCAT RELEVE, EN APPLICATION DES ARTICLES 34 ET 37 COMBINES DE  
LA CONSTITUTION, DE LA LOI ET NON PAS DU DECRET**

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

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

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

Le **Conseil d'Etat** juge, de même, que *« la **garantie** ainsi proclamée implique le **droit** pour les personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction; que la définition par le **pouvoir réglementaire** des modalités de mise en œuvre de ce droit devant la **juridiction administrative** ne saurait conduire à porter atteinte à sa **substance même**; ( ... ) »* ( CE, 4ème et 6ème sous-sections réunies, 21 Décembre 2001, M. et Mme HOFMANN, n°222862; CE, 4ème et 6ème sous-sections réunies, 30 Juillet 2003, M. M'BOW et autres, n°247376, 248089, 251088 ).

L'article 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 prévoit, de même :

*« La loi fixe les règles concernant :*

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

*( ... )*

*- ( ... ) la **création de nouveaux ordres de juridiction** ( ... ); »*

Le **Conseil constitutionnel** a eu l'occasion de faire application de cette norme, en jugeant :

*« ( ... )*

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

.../...

( ... )

4. *Considérant que ces diverses dispositions sont relatives à la procédure de redressement des impositions ;*

5. *Considérant que celles du premier alinéa, première phrase, du paragraphe 2 et du quatrième alinéa du même paragraphe posent le principe que doivent être **motivées** les notifications de redressement ainsi que les réponses par lesquelles l'administration rejette les observations du contribuable ; que **cette obligation de motiver** constitue une **garantie accordée aux contribuables** en matière d'assiette et de recouvrement des impositions ; qu'elle est, par suite, de la **compétence du législateur**.*

6. *Considérant qu'il en est de même de la disposition du troisième alinéa du paragraphe 3 prévoyant que "Si la taxation est conforme à l'appréciation de la commission, le redevable conserve le droit de présenter une **demande en réduction** par voie de **réclamation contentieuse**" ; qu'elle est, en effet, la conséquence, pour le redevable, de **son droit d'agir en justice** dont le **libre exercice** relève de la **loi** en vertu de l'article 34 de la Constitution ;*

7. *Considérant que les autres dispositions soumises au Conseil constitutionnel, qui concernent une **procédure ayant un caractère administratif**, ne mettent en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux qui ressortissent à la loi en application de l'article 34 de la Constitution ; qu'elles sont, dès lors, de nature réglementaire.*

*En ce qui concerne l'article 1649 quinquies A, paragraphe 3 (4e alinéa) et l'article 1731 A :*

8. *Considérant que ces dispositions prévoient, dans les cas qu'elles précisent, que la **preuve** incombe à l'administration ; que la **détermination de la charge de la preuve** affecte les **droits et obligations** du contribuable et met ainsi en cause les règles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions ; que, dès lors, elles sont du **domaine de la loi** ;*

*En ce qui concerne l'article 1651 bis-2 :*

9. *Considérant que cette disposition prévoit la **faculté** pour le contribuable de **se faire assister** devant la commission départementale par **deux conseils de son choix** ; qu'elle concerne une **procédure administrative** et ne porte sur aucune des règles ou aucun des principes fondamentaux qui sont de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution ; qu'elle relève, dès lors, du **pouvoir réglementaire** ;*

( ... ) »

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

A l'évidence, rendre **obligatoire** le ministère d'Avocat ou d'Avocat aux Conseils, à peine de nullité ou d'irrecevabilité de la demande, conditionne le **droit de saisir un juge, garantie fondamentale accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques** et relève, à ce titre, de la **compétence du législateur**, en vertu de l'article 34 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel juge, à cet égard, que l'**ouverture d'une voie de recours** est régie par des règles qu'il appartient au **seul législateur** de fixer :

.../...

« ( ... )

En ce qui concerne l'article 38 :

8. Considérant que l'article 38 de l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958, codifié à l'article L 13-25 du code précité, concerne trois dispositions relatives à la juridiction d'appel des jugements statuant en matière d'indemnités d'expropriation ;

9. Considérant que celles de la première phrase prévoient que l'arrêt rendu en appel est notifié par extrait à la requête de la partie la plus diligente ; que cette règle de procédure ne met en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux qui ressortissent à la compétence du législateur ; qu'elle relève, par suite, du pouvoir réglementaire ;

10. Considérant que, selon la deuxième phrase de l'article, l'arrêt " pourra être déféré à la Cour de cassation " ; que cette dernière disposition a trait à une **voie de recours** qui constitue pour les justiciables une **garantie fondamentale** dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient **seulement à la loi** de fixer les règles ;

( ... ) »

( CC, décision n°88-157 L du 10 Mai 1988, Nature juridique de dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, consid. 8 à 10 ).

Cependant, le **Conseil d'Etat** juge :

- que « *les dispositions de la **procédure à suivre devant les juridictions administratives** relèvent de la **compétence réglementaire** dès lors qu'elles ne **mettent en cause** aucune des matières réservées au législateur par l'article 34 ou d'autres dispositions constitutionnelles;*

*Considérant qu'il suit de là que le **Premier ministre a compétence** pour décider s'il y a lieu de **rendre obligatoire le ministère d'un avocat** dans les instances portées devant les **juridictions administratives** ou, le cas échéant, de les en **dispenser** en certaines matières ou selon la nature du recours introduit; ( ... ) »*

( CE, 4ème et 6ème sous-sections réunies, 21 Décembre 2001, M. et Mme HOFMANN, n°222862 );

- dans le même sens, que « *les dispositions de la **procédure applicable devant les juridictions administratives** relèvent de la **compétence réglementaire**, dès lors qu'elles ne **mettent en cause** aucune des matières réservées au **législateur** par l'article 34 de la Constitution ou d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle;*

*Considérant qu'il suit de là que le **Premier ministre** était **compétent** pour fixer, par l'article 10 du décret attaqué, les cas dans lesquels le **ministère d'avocat est obligatoire** dans les instances portées devant une **cour administrative d'appel** ainsi que, par l'article 11, les cas dans lesquels le **tribunal administratif statue en premier et dernier ressort**; qu'ainsi, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que lesdites dispositions seraient entachées d'incompétence; ( ... ) »*

( CE, 4ème et 6ème sous-sections réunies, 17 Décembre 2003 M. MEYET et autres, n°258253, 258254, 259196, 259602, 259669, 259671, 259689 ).

.../...

« ( ... ) 9. Considérant, en quatrième lieu, qu'il résulte des articles 34 et 37 de la **Constitution** que les **dispositions relatives à la procédure à suivre devant les juridictions** relèvent de la **compétence réglementaire** dès lors qu'elles ne concernent pas la **procédure pénale** et qu'elles **ne mettent pas en cause les règles ou les principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi**; qu'ainsi, il appartient au **pouvoir réglementaire** de préciser les **conséquences sur l'instance du défaut de paiement de la contribution pour l'aide juridique**; qu'il résulte, par ailleurs, des termes mêmes de l'article 1635 bis Q du code général des impôts que **le législateur a confié au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les conséquences du défaut de paiement**; qu'en application de cette disposition, le décret attaqué a pu prévoir que la contribution est exigée à peine d'**irrecevabilité** et que celle-ci doit être relevée d'office par le juge saisi de l'instance; qu'en prévoyant expressément que la demande de première instance, la requête d'appel et le pourvoi en cassation doivent justifier de l'acquiescement de la contribution pour l'aide juridique, le décret attaqué s'est également borné à tirer les **conséquences nécessaires** de l'article 1635 bis Q du code général des impôts qui dispose que, sauf dans les cas qu'il détermine, la contribution est exigible lors de l'introduction de toute instance devant une juridiction judiciaire ou administrative; que, par suite, le moyen tiré de **l'incompétence de l'auteur du décret attaqué** doit être écarté;

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

On doit, toutefois, rappeler que par **arrêt du 03 Février 2012**, le même **Conseil d'Etat** avait renvoyé la **question prioritaire de constitutionnalité ( QPC )** notamment de l'article 1635 bis Q du Code général des impôts que lui avait posée **Maître KRIKORIAN**, à l'occasion et à l'appui de son **recours pour excès de pouvoir** dirigé contre le décret n°2011-1202 du **28 Septembre 2011** relatif au droit affecté au fonds d'indemnisation de la profession d'avoué près les cours d'appel et à la contribution pour l'aide juridique.

Le juge suprême de l'ordre administratif avait, en effet, considéré que la **QPC** présentait un **caractère sérieux** :

« Considérant que les articles 54 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 et 54 de la loi du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 ont inséré dans le code général des impôts, respectivement, l'article 1635 bis P instituant un droit de 150 euros dû par les parties à l'instance d'appel lorsque la constitution d'avocat est obligatoire devant la cour d'appel et l'article 1635 bis Q instituant une **contribution pour l'aide juridique** de 35 euros par instance introduite devant certaines juridictions judiciaires et devant les juridictions administratives ; que, dans cette mesure, les dispositions de ces articles sont applicables au jugement des **recours pour excès de pouvoir** formés par **M.KRIKORIAN** et par la **CONFEDERATION FORCE OUVRIERE** contre le décret n° 2011-1202 du 28 septembre 2011, qui a été pris pour l'application des articles 1635 bis P et 1635 bis Q du code général des impôts ; que ces dispositions n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; que le **moyen tiré de ce qu'elles sont susceptibles, dans certaines situations, de porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution**, notamment au **droit d'exercer un recours juridictionnel effectif** garanti par l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, soulève une **question présentant un caractère sérieux** ; qu'ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité invoquées ; »

.../...

( CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 03 Février 2012, M. KRIKORIAN; CONFEDERATION FORCE OUVRIERE, n°354363, 354475 ).

La **Haute juridiction administrative** a eu l'occasion, plus récemment, d'appliquer son principe jurisprudentiel aux **Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** en jugeant que l'article 4, alinéa 1er de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est **applicable à un litige** soumis au **ministère obligatoire d'avocat aux Conseils** dès lors que ce texte a **pour effet « de réserver aux seuls avocats de cet ordre la représentation des parties devant le Conseil d'Etat lorsque le ministère d'avocat est rendu obligatoire par les règles de procédure applicables ; » :**

« ( ... )

Sur la question prioritaire de constitutionnalité :

2. Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 que le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée devant le Conseil d'Etat à la triple condition que la disposition soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution, dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux ;

3. Considérant qu'aux termes du **premier alinéa** de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : " Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, **sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.** " ; que ces dispositions, éclairées par leurs travaux préparatoires, ont **pour effet de réserver aux seuls avocats de cet ordre la représentation des parties devant le Conseil d'Etat lorsque le ministère d'avocat est rendu obligatoire par les règles de procédure applicables ;** qu'elles sont donc **applicables au présent litige**, qui tend à l'annulation d'une décision du président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation refusant de désigner un avocat d'office pour introduire devant le Conseil d'Etat un recours en révision, lequel, en vertu de l'article R. 834-3 du code de justice administrative, ne peut être présenté que par le **ministère d'un avocat au Conseil d'Etat ;**

( ... )

7. Considérant que les dispositions régissant la **procédure à suivre devant les juridictions administratives, qui ne mettent en cause aucune des matières réservées au législateur par l'article 34 ou par d'autres dispositions constitutionnelles, relèvent de la compétence réglementaire;** que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que les articles 1er à 3 du décret du 4 mai 2000 relatif à la partie réglementaire du code de justice administrative sont entachés d'**incompétence** en tant qu'ils codifient les dispositions relatives au **ministère d'avocat obligatoire ; ( ... ) »**

( CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 13 Janvier 2014, SARL Ennemond Preynat, n°360145 ).

Ce faisant, le **Conseil d'Etat** associe le **monopole de représentation en justice** dont jouissent les **Avocats aux Conseils** devant les cours suprêmes au **ministère obligatoire d'avocat** décidé par le **règlement autonome.**

.../...

A l'évidence, cette jurisprudence entre en **contradiction flagrante** avec celle du **Conseil constitutionnel – authentique et faisant foi** - qui, comme susdit :

1°) range dans le **domaine de la loi** les règles relatives à **l'ouverture d'une voie de recours** ( **CC, décision n°88-157 L du 10 Mai 1988, Nature juridique de dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique**, consid. 8 à 10 ) ;

2°) laisse au **pouvoir réglementaire** le soin de décider :

2-a°) une **simple faculté** d'être assisté par un Avocat :

- « ( ... )

*En ce qui concerne l'article 1651 bis-2 :*

*9. Considérant que cette disposition prévoit la **faculté** pour le contribuable de **se faire assister** devant la commission départementale par **deux conseils de son choix** ; qu'elle concerne une **procédure administrative** et **ne porte sur aucune des règles ou aucun des principes fondamentaux** qui sont de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution ; qu'elle relève, dès lors, du **pouvoir réglementaire** ;*

( ... ) »

( **CC, décision n°80-119 L du 02 Décembre 1980**, Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, consid. 9 ) ;

2-b°) de **dispenser** certaines actions du ministère d'Avocat :

« ( ... )

*En ce qui concerne l'article 43 in fine :*

*19. Considérant que l'article 43 de l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958, modifié et complété par les articles 42 et 43 de la loi n° 75-1328 du 31 décembre 1975, puis codifié à l'article L 21-3 du code précité, n'est soumis à l'appréciation du Conseil constitutionnel qu'en ce qui concerne sa dernière phrase selon laquelle " l'action en nullité est **dispensée du ministère d'avocat** " ; que la **dispense** ainsi édictée s'applique à l'action engagée à l'encontre du bénéficiaire de la cession ou de la concession d'immeubles expropriés en vue de la réalisation d'un certain nombre d'opérations d'intérêt public, pour le cas où ledit bénéficiaire aurait contrevenu aux stipulations des cahiers des charges fixant les conditions de la cession ou de la concession ;*

*20. Considérant que le texte soumis au conseil ne met en cause aucune règle non plus qu'aucun principe relevant du domaine de la loi ; qu'il ressortit, par suite, à la **compétence du pouvoir réglementaire** ;*

( **CC, décision n°88-157 L du 10 Mai 1988, Nature juridique de dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique**, consid. 19 et 20 ).

Ces décisions sont particulièrement intéressantes.

En effet, ce n'est que parce que le texte litigieux ( article **1651 bis-2** du Code général des impôts ) prévoyait une **simple faculté** de se faire assister devant la commission départementale – et non pas l'**obligation** d'être assisté ou représenté – par deux conseils laissés au choix du contribuable, que le **Conseil constitutionnel ( CC, décision n°80-119 L du 02 Décembre 1980, consid. 9 )** lui a donné un caractère **réglementaire**.

On en déduit nécessairement *a contrario* que dans l'hypothèse inverse ( **obligation** d'être assisté ), le juge constitutionnel aurait rangé ce texte dans le **domaine de la loi**, comme **mettant en cause** – et pas seulement **mettant en œuvre** - le **droit d'agir en justice** du redevable.

De même, si la **dispense** du ministère d'Avocat ressortit à la compétence du **pouvoir réglementaire** ( **CC, décision n°88-157 L du 10 Mai 1988, consid. 19 et 20** ), l'**assujettissement** de l'exercice d'une voie de droit à un tel **ministère obligatoire** met en **cause** – et pas seulement en **œuvre** - le **droit constitutionnel à un recours juridictionnel effectif** et relève, à ce titre, du **législateur seul**.

Il doit être rappelé, en outre, que l'article **62, alinéa 3** de la **Constitution** confère **autorité de la chose jugée erga omnes** au **dispositif** et aux **motifs** qui sont le fondement même et soutien nécessaire de celui-ci.

Très tôt, en effet, le **Conseil constitutionnel** a donné à cette norme une **portée maximale** en décidant que « *l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur **dispositif** mais aussi aux **motifs** qui en sont le **soutien nécessaire** et en constituent le **fondement même** ;* »

( **CC, décision n°62-18 L du 16 Janvier 1962**, Nature juridique des dispositions de l'article 31 - alinéa 2 - de la loi n°60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole ).

On déduit de cette jurisprudence que les **motifs** – et non pas seulement le **dispositif** - des décisions précitées ( **CC, décision n°80-119 L du 02 Décembre 1980**, Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, consid. 9CC ; **CC, décision n°88-157 L du 10 Mai 1988, Nature juridique de dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique**, consid. 8 à 10 ) s'imposent à toutes les juridictions nationales, y compris les **Cours suprêmes** ( Conseil d'Etat, Cour de cassation, Tribunal des conflits ).

Par ailleurs, le **Conseil d'Etat** a, logiquement, tiré les conséquences juridiques de l'intervention du pouvoir réglementaire dans le domaine que la Constitution a réservé au législateur : le décret – fût-il pris en Conseil d'Etat – est **annulé** comme émanant d'une **autorité incompétente** pour le prendre ( **CE, Ass. 03 Octobre 2008, Commune d'Annecy**, n°297931; **CE, 24 Juillet 2009**, n°305314 ).

L'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 ayant confié au **législateur** le soin de **fixer les règles** concernant « *les **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'exercice des **libertés publiques*** », au rang desquelles figure le **droit à un recours juridictionnel effectif** consacré par l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 ( **DDH** ), le **Premier ministre n'était pas compétent** pour subordonner l'accès au **Tribunal des conflits** à la représentation par Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Ce **mécanisme juridique distributif de compétence entre le législateur et le pouvoir réglementaire** selon la **nature** et la **portée** des mesures adoptées ( assujettir l'exercice d'une voie de droit au ministère d'Avocat obligatoire / dispenser les parties d'une telle obligation ) n'est pas sans rappeler les **règles de procédure pénale** qui s'appliquent aux mesures plus ou moins coercitives prises lors de la **mise en examen**, pendant l'instruction préparatoire ( articles **137** et suivants du code de procédure pénale – CPP - relatifs au **contrôle judiciaire**, à **l'assignation à résidence** et à la **détention provisoire**).

Ainsi, l'article **137** CPP commence-t-il, en son **alinéa 1er**, par poser le **principe de la liberté** de la « *personne mise en examen, **présumée innocente*** ».

Des **restrictions à la liberté** peuvent, toutefois, être apportées « *en raison des **nécessités de l'instruction** ou à titre de **mesure de sûreté*** » et se traduire, de façon progressive, par l'assujettissement de la personne mise en examen à « *une ou plusieurs obligations du **contrôle judiciaire** ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, ( à une **assignation** ) à **résidence avec surveillance électronique***. » ( art. **137**, al. **2** CPP ).

Ce n'est, donc, qu' « *A titre **exceptionnel**, si les obligations du **contrôle judiciaire** ou de **l'assignation à résidence avec surveillance électronique** ne permettent pas d'atteindre des objectifs* » que la personne mise en examen « *peut être placée en **détention provisoire***. » ( art. **137**, al. **3** CPP ).

Quant à la **compétence** pour ordonner la **mise en examen** et les différentes **mesures restrictives de liberté** susceptibles d'être prononcées à l'encontre de la personne mise en examen, elle s'articule de la façon suivante entre le **juge d'instruction** et le **juge des libertés et de la détention**.

Le **juge d'instruction** est **compétent** pour **mettre en examen** « *les personnes à l'encontre desquelles il existe des **indices graves et concordants** rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi*. »

La **détention provisoire**, mesure la plus grave, **privative de liberté**, prononcée contre la personne mise en examen, « *est ordonnée ou prolongée par le **juge des libertés et de la détention***. » ( art. **137-1**, al. **1er** CPP ).

Le **contrôle judiciaire** peut être ordonné par le **juge d'instruction** ( art. **137-2**, al. **1er** CPP ) ou le **juge des libertés et de la détention** ( « **JLD** » ) ( art. **137-2**, al. **2** CPP ).

L'**assignation à résidence avec surveillance électronique** est, de même, de la compétence du **juge d'instruction** ou du **JLD** ( art. **142-5**, al. **1er** CPP ).

La **fin** de ces mesures restrictives de liberté peut, « *En toute matière* », être décidée par le **juge d'instruction** ordonnant « *la **mise en liberté** assortie ou non du **contrôle judiciaire*** » ( art. **147**, al. **1er** CPP ).

Il ressort des dispositions qui précèdent que si seul le **JLD** peut ordonner l'**incarcération** de la personne mise en examen, le juge d'instruction est compétent pour prononcer une **mesure favorable** à celle-ci en la **mettant en liberté**.

De même, comme on l'a vu, la compétence du **pouvoir réglementaire** pour prévoir la **faculté – et non l'obligation** - d'être assisté par un Avocat ou pour **dispenser** une procédure du ministère d'Avocat ( **CC, décision n°80-119 L du 02 Décembre 1980**, Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, consid. 9CC ; **CC, décision n°88-157 L du 10 Mai 1988, Nature juridique de dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique**, consid. 8 à 10 ) ne signifie pas que cette compétence persiste dans des **hypothèses inverses** où le pouvoir normatif entendrait rendre **obligatoire** ce ministère.

Si, la règle du **double degré de juridiction** ne s'impose pas au **pouvoir réglementaire**, compétent pour les procédures contentieuses civile et administrative ( articles **34** et **37** combinés de la Constitution du 04 Octobre 1958 ), rien ne permet d'affirmer que cette solution est applicable en matière de procédure pénale, qui relève du **législateur** :

« ( ... )

3. *Considérant qu'il résulte des articles **34** et **37** de la **Constitution** que les dispositions relatives à la **procédure à suivre devant les juridictions** relèvent de la **compétence réglementaire** dès lors qu'elles ne concernent pas la procédure pénale et qu'elles ne mettent pas en cause les **règles** ou les **principes fondamentaux** placés par la Constitution dans le domaine de la loi ; qu'**aucun principe général du droit** ne consacre l'existence d'une **règle du double degré de juridiction** qui s'imposerait au pouvoir réglementaire ; que, dès lors, le Premier ministre était compétent pour fixer, par le 3° de l'article 2 du décret attaqué, les cas dans lesquels les recours contre les permis de construire ou de démolir un bâtiment à usage principal d'habitation ou contre les permis d'aménager un lotissement relèvent de la **compétence de premier et dernier ressort** des tribunaux administratifs ; qu'ainsi, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que ces dispositions seraient entachées d'incompétence ;*

( ... )

( **CE, 6ème et 1ère sous-sections, 23 Décembre 2014, Syndicat de la juridiction administrative, n°373469** )

**SCHOLIE 1 : L'AMBIVALENCE DU MINISTERE D'AVOCAT**

Selon le **Conseil d'Etat**, les dispositions réglementaires qui rendent **obligatoire le ministère d'Avocat** « *ont pour objet tant d'assurer aux justiciables la qualité de leur défense que de concourir à une bonne administration de la justice en imposant le recours à des mandataires professionnels offrant des garanties de compétence; qu'eu égard à l'institution par le législateur d'un dispositif d'aide juridictionnelle, l'obligation du ministère d'avocat ne saurait être regardée comme portant atteinte au droit constitutionnel des justiciables d'exercer un recours effectif devant une juridiction; ( ... )* »

( **CE, 4ème et 6ème sous-sections réunies, 21 Décembre 2001, M. et Mme HOFMANN, n°222862** );

De même,

« ( ... )

4. *Considérant, d'une part, que, lorsque le président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est saisi d'une demande de désignation d'un avocat de cet ordre pour former, devant le Conseil d'Etat, une requête en vue de laquelle l'intéressé n'a obtenu l'accord d'aucun avocat pour l'assister, une telle demande, qui a pour effet d'interrompre le délai du recours que l'intéressé envisageait d'introduire, ne peut être rejetée que si la requête projetée est manifestement dépourvue de chances raisonnables de succès ; que le Conseil d'Etat peut être saisi par l'intéressé d'un recours, lui-même dispensé du ministère d'avocat, afin de statuer sur la légalité d'une telle décision de rejet prise au nom de l'ordre ; que, dès lors, la requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en tant qu'elles réservent aux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation la représentation des parties devant le Conseil d'Etat, les dispositions de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 portent atteinte au droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; que la circonstance que les conditions d'exercice de ce pouvoir du président de l'ordre ne soient pas précisées par ces dispositions législatives n'est pas de nature à affecter, par elle-même, l'exercice des droits et libertés garantis par la Constitution ;*

( **CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 13 Janvier 2014, SARL Ennemond Preynat, n°360145, point 4** ).

« ( ... )

3. *( ... ) que s'il appartient au législateur de fixer les limites de la liberté d'entreprendre, la détermination des règles d'exercice d'une profession, et notamment des règles de déontologie, relève de la compétence du pouvoir réglementaire dès lors que ne sont mis en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux que la Constitution réserve à la loi; ( ... )* »

( **CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 18 Février 2015, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre, QPC, n°386296** ).

Ainsi, le mécanisme de la **commission d'office** conjugué au dispositif de l'**aide juridictionnelle** permettrait, aux yeux du **Conseil d'Etat**, d'assurer aux justiciables une **protection juridictionnelle effective**, telle que garantie par l'article 16 DDH.

Cependant, il doit être observé :

.../...

1°) Que l'octroi de l'aide juridictionnelle est subordonné à des **conditions de ressources financières** que tous les justiciables ne remplissent pas, compte tenu du plafond bas retenu par les textes, qu'excèdent les revenus de beaucoup de foyers fiscaux.

2°) Que la règle jurisprudentielle dégagée par la **Cour de cassation**, selon laquelle « *la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention* » ( Cass. Ass. Plén., 30 Juin 1995, **M. Jacques BELHOMME c/ Conseil de l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation**, n°94-20.302 : **annulation** de la décision en date du 23 Juillet 1992 du Conseil de l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation ayant dit n'y avoir lieu à commission d'office d'un Avocat aux Conseils ), n'est pas appliquée par l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

**Maître KRIKORIAN** a dû, à deux reprises, le 29 Juin 2010, puis, plus récemment, le 03 Avril 2015, saisir le **juge judiciaire des référés**, sur le fondement de l'article **809** du Code de procédure civile ( CPC ), aux fins de faire cesser le **trouble manifestement illicite** constitué par le **refus de commission d'office** que prétendait lui opposer le Président de l'Ordre.

Saisie par **Maître Philippe KRIKORIAN**, la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation** a confirmé que l'exercice effectif des droits de la défense « ( ... ) *oblige le président de l'ordre à procéder à la désignation d'office d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation pour assister un justiciable dans une procédure avec représentation obligatoire devant la Cour de cassation* ( ... ) » ( Cass., 1° Civ., 16 Mai 2012, **Me Philippe KRIKORIAN c/ Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**, n°Q 11-18.181 ).

Faisant fi de ce rappel, **Maître Hélène FARGE**, ès qualités de Président de l'Ordre, a réitéré le refus de commission d'office de l'un de ses confrères, circonstance justifiant la saisine, par la voie du **référé à heure indiquée**, du **Président du Tribunal de grande instance de Marseille** ( audience publique du Mardi 07 Avril 2015 à 14h00 ).

Aux termes de son **ordonnance de référé** rendue le 07 Avril 2015, **exécutoire au seul vu de la minute**, **Monsieur le Premier Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Marseille** a fait **injonction** à **Maître Hélène FARGE**, « *ès-qualité de Président de l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou toute autre personne venant à ses droits, en la même qualité, domiciliée 5 Quai de l'Horloge à Paris 1er, de désigner immédiatement au titre de la commission d'office, dès le prononcé de la présente ordonnance, pour la défense des intérêts de Me Philippe Krikorian, un Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation avec pour mission, pour régularité de la procédure,*

1) de signer la déclaration de pourvoi N° Q1560103 formée par Me Philippe Krikorian le 16 février 2015 portant moyens de cassation dirigée contre l'arrêt rendu le 5 février 2015 par la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du même jour, reçue le 6 février 2015,

2) de signer le mémoire de Me Krikorian portant question prioritaire de constitutionnalité de l'article 2 du code civil présentée à l'occasion et à l'appui dudit pourvoi,

.../...

3) de saisir, au nom et pour le compte de Me Philippe Krikorian, la Cour de cassation d'un pourvoi dirigé contre l'ordonnance rendue le 17 avril 2014 par le Conseiller délégué par le Premier Président de la Cour d'appel de Nîmes signifiée le 24 février 2015. »

Rappelant que l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est considéré comme étant « ( ... ) **un auxiliaire du service public de la justice;** » ( **CE, Section du contentieux, 22 Avril 2005, Magerand, n°257406** ), on ne peut, dans cet ordre d'idées, que s'associer au **juste grief** que **Monsieur le Premier Avocat général JEOL** avait développé dans ses conclusions à l'encontre du **refus de commission d'office** annulé par l'**Assemblée Plénière de la Cour de Cassation le 30 Juin 1995**:

« ( ... ) **les prérogatives reconnues aux avocats aux Conseils sont certainement utilisées à 'contre emploi' lorsqu'au lieu de faciliter l'accès à la justice, elles l'interdisent ou le gênent.** »

3°) Que ni la **Cour de cassation** ni le **Conseil d'Etat** ni même le **Tribunal des conflits** n'ont eu, à ce jour, à se prononcer sur la question de savoir quel régime juridique était applicable à un **refus de commission d'office** d'un Avocat aux Conseils pour une procédure portée devant le **juge du conflit**.

Devra-t-on, dans cette hypothèse, appliquer la règle de la **compétence liée** exercée, en la matière, par le **président de l'Ordre**, propre aux procédures portées devant la **Cour de cassation** ( **Cass. Ass. Plén., 30 Juin 1995, M. Jacques BELHOMME c/ Conseil de l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, n°94-20.302 ; Cass., 1° Civ., 16 Mai 2012, Me Philippe KRIKORIAN c/ Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, n°Q 11-18.181** ),

ou bien, celle consacrée par le **Conseil d'Etat**, selon lequel « ***l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est un auxiliaire du service public de la justice;*** », avec les conséquences juridiques que la Haute Assemblée en tire ( **CE, Section du contentieux, 22 Avril 2005, Magerand, n°257406** )?

Le **Conseil d'Etat** a, en effet, une conception sensiblement différente – sans doute plus pragmatique - du **droit constitutionnel** à un **recours juridictionnel effectif** que garantit l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 (DDH)** :

**Considérant** que l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est un auxiliaire du service public de la justice ; qu'à ce titre, il incombe à son président d'apprécier, **sous le contrôle du juge de la légalité**, s'il y a lieu de faire droit à une demande de désignation d'un avocat de cet ordre pour former **devant le Conseil d'Etat** une requête en vue de laquelle l'intéressé n'a obtenu l'accord d'aucun avocat pour l'assister ; qu'une telle demande a pour effet **d'interrompre le délai du recours** que l'intéressé envisageait d'introduire ; qu'elle ne peut être rejetée que si la requête projetée est **manifestement dépourvue de chances raisonnables de succès** ; qu'il appartient au **Conseil d'Etat**, saisi par un **pourvoi de l'intéressé lui-même dispensé du ministère d'avocat**, de statuer sur la légalité de la décision prise au nom de l'ordre ; que, compte tenu de ces garanties, la circonstance que l'ordre refuse de désigner l'un de ses membres, alors même que la recevabilité de la requête est subordonnée à sa présentation par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ne constitue pas, par elle-même, une méconnaissance du principe constitutionnel du droit pour les personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction, rappelé par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Le **Conseil d'Etat** a eu l'occasion, plus récemment, de réaffirmer sa position ( **CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 13 Janvier 2014, SARL Ennemond Preynat, n°360145, point 4** ).

4°) Seul le **législateur** a reçu mission du **Constituant** de fixer les règles concernant « **les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques** » ( art. 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 ) au rang desquels figure notamment le **droit à un recours juridictionnel effectif** ( art. 16 DDH ).

Il résulte de ce qui précède l'alternative à deux branches suivante :

- ou bien, comme le juge, à tort, le **Conseil d'Etat**, la formule utilisée par l'article 4 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971« , **sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** » est interprétée comme ayant « *pour effet de réserver aux seuls avocats de cet ordre la représentation des parties devant le Conseil d'Etat lorsque le ministère d'avocat est rendu obligatoire par les règles de procédure applicables ;* » ( **CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 13 Janvier 2014, SARL Ennemond Preynat, n°360145** ) et, dans cette hypothèse, cette disposition législative est entachée d'**incompétence négative** et, partant, est **contraire à la Constitution**, dès lors qu'il appartenait au **seul législateur** de prévoir **expressément un monopole de représentation** au profit des Avocats aux Conseils devant les **juridictions suprêmes**, ce qu'il n'a pas fait ;

- ou bien, les termes litigieux « , **sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** » s'entendent seulement comme plaçant les Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation **en concurrence** avec les Avocats de Barreaux et, dès lors, ceux-ci, par **réciprocité**, ne sauraient être privés du pouvoir de représenter les justiciables devant les **juridictions suprêmes**.

Cette réserve législative n'a pas pour but de **créer un monopole de représentation** au profit des Avocats aux Conseils, mais de **rappeler leur existence professionnelle** que la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** n'a pas pour objet de régir et qui résulte, encore à ce jour, de l'**ordonnance royale du 10 Septembre 1817**.

Il pourra, sous cet angle, être nécessaire que le **Conseil constitutionnel**, apporte aux articles **4** et **5** de la **loi n°71-1130 du 31 décembre 1971** une **réserve d'interprétation**.

L'**analyse critique** de la jurisprudence précitée du **Conseil d'Etat** privilégie la seconde branche de l'alternative.

**ANALYSE CRITIQUE DE CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 13 Janvier 2014, SARL Ennemond Preynat, n°360145**

Cette décision est entachée de **paralogisme** en ce que :

1°) Contrairement à ce qui y est énoncé au considérant **3**, l'article **4, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** n'a pas « *pour effet de réserver aux seuls avocats ( au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ) la représentation des parties devant le Conseil d'Etat lorsque le ministère d'avocat est rendu obligatoire par les règles de procédure applicables; ( ... )* ».

En effet, comme le **Conseil d'Etat** le souligne lui-même ( considérant **7**, première phrase de l'arrêt ), « *les dispositions régissant la procédure à suivre devant les **juridictions administratives**, qui **ne mettent en cause** aucune des matières réservées au législateur par l'article **34** ou par d'autres dispositions constitutionnelles, relèvent de la **compétence réglementaire**; ( ... )* »

C'est le **règlement** lui-même qui, de manière totalement **autonome** ( article **37** de la **Constitution** ) et dans un domaine où il n'existe pas, par nature, de prescriptions législatives, détermine les **règles de la procédure contentieuse** à suivre devant les **juridictions civiles et administratives**, la **procédure pénale** relevant, quant à elle, du **domaine de la loi**, en vertu de l'article **34** de la **Constitution** ( « *La loi fixe les règles concernant ( ... ) la **procédure pénale**; ( ... )* ».

En effet, de deux choses l'une :

- ou bien le règlement est **autonome** ( article **37** de la **Constitution** );
- ou bien il **exécute**, en l'**explicitant**, la **loi** ( article **21** de la **Constitution** ).

Il n'existe pas de troisième branche à l'alternative.

Est, en particulier, radicalement exclue l'hypothèse d'une **loi dont l'effet dépendrait d'un règlement autonome**. Il s'agirait, en effet, d'un **oxymore normatif**.

Il échet de rappeler, ici, les dispositions de l'article **1er** du Code civil :

« Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions **dont l'exécution nécessite des mesures d'application** est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

*En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.*

*Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels. »*

Il est clair qu'en application de ce texte, une loi sera :

- soit **auto-exécutoire**, en ce sens que **se suffisant à elle-même**, elle entrera en vigueur à la date qu'elle fixe ou, à défaut, le lendemain de sa publication, sans besoin de renvoi à un décret d'application;

- soit **exécutoire sous condition suspensive** de l'édiction d'un décret d'application, selon le vœu du législateur, dans l'hypothèse où ses dispositions ou certaines d'entre elles nécessiteront d'être explicitées par le règlement.

Mais, **en aucun cas, une loi ne saurait être empêchée de sortir ses effets en raison de l'absence d'un règlement autonome** dont, par **essence**, le législateur ne peut prévoir l'édiction.

Si, dans cette hypothèse, certains effets ne se produisent pas, c'est bien la preuve que la loi ne les avait pas décidés.

C'est ce que confirme la Doctrine :

« ( ... )

### **C. - Entrée en vigueur différée**

**212.** Le législateur peut retarder la date d'entrée en vigueur d'une loi (ou d'un règlement). Il le fait généralement afin de laisser le temps nécessaire aux sujets de droit et aux praticiens du droit pour étudier le texte de la loi et ses conséquences et pour leur permettre de prendre toutes dispositions utiles. Et c'est pourquoi ce sont, le plus souvent, les lois réalisant de grandes réformes, bouleversant des pans entiers de la législation, qui bénéficient d'une entrée en vigueur différée. C'est ainsi que la loi no 65-570 du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux (JO 14 juill.) a vu son entrée en vigueur retardée au 1er février 1966, ou que la loi no 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation est entrée en vigueur le 1er août 1972 (JO 5 janv.), ou encore que la loi no 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce (JO 12 juill.) est entrée en vigueur, pour la généralité de ses dispositions, le 1er janvier 1976. De même, la loi no 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs (JO 26 déc.), est entrée en vigueur le 1er juillet 1986. De même encore, l'entrée en vigueur du nouveau code pénal issu de quatre lois du 22 juillet 1992 a été reportée au 1er mars 1994 (mais le législateur peut aussi profiter du report de la date d'entrée en vigueur de

.../...

la loi pour corriger ses imperfections, comme ce fut le cas pour la loi no 2002-304 du 4 mars 2002 [JO 5 mars] relative au nom de famille qui a dû être modifiée par la loi no 2003-516 du 18 juin 2003 [JO 19 juin], relative à la dévolution du nom de famille !). L'entrée en vigueur de la loi est alors reportée à une date certaine.

**213.** Mais il arrive que le législateur reporte la date d'entrée en vigueur de la loi à une date incertaine parce qu'il fait dépendre celle-ci de la réalisation hypothétique d'un événement futur. C'est ainsi que la loi relative au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté comprenait un article 243 qui précisait que ses dispositions entreraient en vigueur à une date fixée par décret, au plus tard le 1er janvier 1986.

**214.** Dans les deux cas, aucune incertitude n'existe quant à la date (du moins limite) d'acquisition par la loi de son caractère obligatoire. En revanche, irritante est la difficulté, ou même l'impossibilité, d'appliquer parfois une loi par suite du seul **retard**, dont on ne sait combien de temps il durera, mis par le pouvoir exécutif à **édicter les dispositions réglementaires qui conditionnent son entrée en vigueur**. En effet, l'Administration peut alors, en contradiction avec le **principe de la séparation des pouvoirs**, paralyser la volonté du législateur. De fait, les exemples ne sont pas rares de lois n'ayant pu, pour cette raison, être appliquées qu'avec beaucoup de retard. C'est ainsi que la loi no 75-1351 du 31 décembre 1975 relative à la protection des occupants de locaux à usage d'habitation (JO 4 janv.) qui avait organisé diverses mesures de protection des locataires a vu plusieurs de ses dispositions suspendues jusqu'à la publication du décret no 77-742 du 30 juin 1977 (JO 9 juill.) ; de même, les textes réglementaires prévus par l'article 17 de la loi no 72-626 du 5 juillet 1972 (JO 9 juill.) qui avait institué un juge de l'exécution appelé à connaître de tout ce qui a trait à l'exécution forcée des jugements, n'ont jamais été édictés, avant que la loi no 91-650 du 9 juillet 1991 (JO 14 juill., rect. 12 mai 1992) portant réforme des procédures civiles d'exécution, n'ait prévu, de nouveau, l'institution d'un juge de l'exécution (*adde* : à titre d'exemple de retard inadmissible : CE 28 juill. 2000, Assoc. France Nature Environnement, Petites affiches 17 nov. 2000, p. 14, note Laquière : condamnation sous astreinte de l'État français à édicter dans un délai de six mois certains décrets d'application de la loi littorale de 1986 après... quatorze années de retard [V. *supra*, no **33**] ; sur l'obligation, pour le Premier ministre, chargé d'assurer l'exécution des lois [Const., art. 21], de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, V., aussi, CE 28 juin 2002, D. 2002, IR 2236 , RTD civ. 2002.785, obs. Hauser). Aussi bien, y eut-il plusieurs tentatives pour mettre fin à cette situation (G. LARCHER, Du vote de la loi à son application : vers une fracture réglementaire ?, RD adm. févr. 2004.5).

**215.** Le législateur, **en prévoyant des règlements d'application**, peut préciser que **l'entrée en vigueur de la loi sera retardée** jusqu'à la publication de ceux-ci ; dans ce cas, les tribunaux ne peuvent appliquer le texte tant qu'il est en attente de ses règlements (Cass. 3e civ. 3 oct. 1980, Bull. civ. III, no 145 ; Cass. soc. 5 nov. 1981, Bull. civ. V, no 864 ; Cass. soc. 25 mai 1982, Bull. civ. V, no 330 ; Cass. soc. 22 mars 1989, Bull. civ. V, no 242 ; Cass. 3e civ. 19 nov. 2003, Bull. civ. III, no 203). En revanche, en l'absence d'une telle précision, la Cour de cassation considère que la loi est **immédiatement applicable**, même si elle prévoit des actes réglementaires pour son exécution (Cass. civ. 18 mars 1952, Gaz. Pal. 1952.1.376 ; Cass. soc. 19 mars 1987, Bull. civ. V, no 172), **à la condition cependant que la loi se suffise à elle-même** (Cass. civ. 13 janv. 1943, S. 1943. I. 74 ; Cass. soc. 22 mars 1989, Bull. civ. V, no 242 ; Cass. 3e civ. 2 déc. 1981, Bull. civ. III, no 199 ; 4 nov. 1987, Gaz. Pal. 1988. I. 394 ;

Cass. crim. 1er mars 1990, Bull. crim., no 102 ; 18 sept. 1990, *ibid.*, no 325 ; sur la possible incertitude de la solution, V. J.-P. CLÉMENT, À propos de la date d'applicabilité de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 [Loi Doubin] aux contrats de franchise, Gaz. Pal. 1992. I, doct. 126 ; C. CHARBONNAUD, La loi du 31 décembre 1989 et la protection des franchisés, Mélanges Derruppé, 1991, Litec, p. 121 ; V. aussi, CA, Paris, 7 avr. 1993, D. 1995, somm. 75, obs. Ferrier) .

**216.** L'ordonnance du 20 février 2004 confirme les solutions jurisprudentielles lorsqu'elle dispose (C. civ., art. 1er) que l'entrée en vigueur des dispositions des lois et des actes administratifs autres qu'individuels publiés au Journal officiel « **dont l'exécution nécessite des mesures d'application** est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures ».

( ... ) »

( **Louis BACH**, Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de Caen-Basse-Normandie, Doyen honoraire - Lois et décrets, Répertoire de droit civil Dalloz, Septembre 2004, mise à jour Mars 2014, §§ 212 à 216 ).

\*

En l'espèce, le **Conseil d'Etat** reconnaît lui-même, au considérant **3** de l'arrêt précité, implicitement, mais nécessairement, en renvoyant aux « *règles de procédure applicables* », procédant de **règlements autonomes** de l'article **37** de la **Constitution** - que l'article **4, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 n'a nullement créé un ministère d'Avocat obligatoire**.

Il convient, ici, de bien distinguer, comme susmentionné :

- le **monopole de représentation et d'assistance en justice ( la défense des justiciables à titre professionnel )** que crée légitimement au profit des **Avocats** l'article **4, alinéa 1er** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 et qu'explicite son article **5**, d'une part,

- du **ministère obligatoire d'Avocat** qu'aucune disposition législative n'a décidé, d'autre part.

Le premier, qui relève du **droit de la concurrence**, procède de la volonté de préserver l'**identité** d'une profession dont le **titre est protégé**, comme la profession d'Avocat, des tentatives d'usurpation par d'autres professions ou officines non reconnues par l'Etat. Il s'agit de délimiter le « *périmètre du droit* » .

Le second, qui concerne au premier chef les **justiciables**, ne saurait contrarier le **droit constitutionnel** à un **recours juridictionnel effectif** garanti par l'article **16 DDH**.

.../...

En effet, de même qu'il ne serait pas concevable, au regard du **principe de protection de la santé** (alinéa 11 du **Préambule** de la **Constitution** du 27 Octobre 1946) et du **principe de précaution** (article 5 de la **Charte de l'environnement** de 2004), de confier le **pouvoir de prescription médicale** à des professionnels non médecins, de même il relève d'une **raison impérieuse d'intérêt général** que la **défense d'autrui à titre professionnel** soit réservée aux **Avocats, autorités de la Société civile à statut constitutionnel**, dignes héritiers du **Tribun de la Plèbe** de la Rome antique, investi du pouvoir d'*auxilium* (aider, secourir) et d'*intercessio* (s'opposer au pouvoir du Consul de Rome). L'Avocat est, donc, un **auxiliaeur en justice** (*auxiliator*) et **non pas un auxiliaire de justice** (*auxiliaris*).

En revanche, rien n'empêche le malade de s'administrer à lui-même, dans le respect de la posologie, les médicaments disponibles dans le commerce (pharmacie et bientôt, parapharmacie, selon le vœu du Gouvernement, dans le droit fil de sa politique de déréglementation) **sans ordonnance**.

Et le justiciable, investi de sa **pleine capacité de jouissance**, comme d'**exercice**, qui s'estime apte à se défendre lui-même, ne doit pas être **empêché** d'accéder au prétoire, quel que soit le degré de juridiction.

Ainsi que le prescrit l'article 5 DDH :

*« La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »*

Le **ministère d'Avocat** doit être conçu comme une **garantie supplémentaire en termes de sécurité juridique** (une **armure** contre l'arbitraire et l'injustice) et non pas comme une **contrainte** (un **carcan** étranglant la libre défense).

Son **caractère obligatoire** ne se justifie que **dans certaines circonstances**, laissant présumer que la partie ne jouit pas de ses pleines capacités physiques ou mentales (**incapables majeurs**).

La loi ne pourrait, donc, pas, en vertu de cette **norme constitutionnelle**, créer, de façon **générale et absolue**, un ministère d'Avocat obligatoire.

Comme susdit, à ce jour, le législateur ne s'est pas engagé sur cette voie.

2°) Est **manifestement erronée**, l'énonciation de l'arrêt critiqué (considérant 7, seconde phrase), selon laquelle « *les dispositions relatives au **ministère d'avocat obligatoire*** » relèveraient de « *la procédure à suivre devant les juridictions administratives* ».

En effet, le choix – qu'aucune norme supérieure n'impose, mais qu'à l'inverse l'article 16 DDH **prohibe** - de **subordonner l'accès au juge à la représentation par un Avocat ou un Avocat aux Conseils** (**mandat ad litem forcé**, par opposition au **mandat ad agendum librement consenti**), appartient au **législateur seul** qui a reçu mission du **Constituant** (article 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958) de notamment :

.../...

- fixer les **règles** concernant « *les **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » au nombre desquelles figurent les règles mettant en œuvre et rendant effectif le **droit constitutionnel à un recours juridictionnel effectif** ( art. 16 DDH), étant rappelé que le **libre exercice du droit d'agir en justice** « *relève de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution;* » ( CC, **décision n°80-119 L du 02 Décembre 1980**, Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, consid. 6 );

et

- de déterminer les **principes fondamentaux** « *du régime de la **propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales;*** » dont tout procès civil, pénal ou administratif est susceptible de faire application.

De même qu'il résulte « *de l'article 34 ( de la Constitution ) qu'il n'appartient qu'au législateur de déterminer les **principes fondamentaux des obligations civiles, au nombre desquels figure la fixation d'un délai de prescription pour l'action en paiement d'une créance;*** ( ... ) » ( CE, 1° et 6° ss., **27 Novembre 2006, M. CRAMPON**, n°296018 ), de même c'est au **législateur seul** qu'il revient de décider, s'il y a lieu, de **limiter le droit de se défendre soi-même en justice** ( *in propria persona*, selon la formule utilisée par la **Cour européenne des droits de l'homme** dans sa récente jurisprudence **CEDH, 11 Février 2014, MASIREVIC c. SERBIE**, § 49, n°30671/08 – irrévocable le 11 Mai 2014 ).

En d'autres termes, le **pouvoir réglementaire** est **radicalement incompétent** pour **créer ex nihilo un ministère d'Avocat obligatoire** devant les juridictions nationales.

Si, dans cet ordre d'idées, l'article **122 CPC**, issu d'un **décret autonome** de l'article **37 de la Constitution**, a pu ériger la **prescription en fin de non-recevoir**, la **fixation du délai** de prescription relève, quant à elle, comme susdit, de la **compétence exclusive du législateur** (CE, 1° et 6° ss., **27 Novembre 2006, M. CRAMPON**, n°296018 ).

Sortent, de même, de la sphère des **règles de la procédure à suivre devant les juridictions civiles et administratives**, les dispositions prétendant créer un **ministère d'Avocat obligatoire** devant certaines d'entre elles, dès lors que la sanction de la méconnaissance de cette prescription ( **nullité de l'acte** ou **irrecevabilité de la demande** selon l'ordre de juridiction saisi ) met en cause, en sa **substance**, le **droit constitutionnel à un recours juridictionnel effectif** garanti par l'article **16 DDH**.

Ainsi, sont frappées de **nullité** l'**assignation** devant le **Tribunal de grande instance** ( art. **752 CPC** ), la **déclaration d'appel** ( art. **901 CPC** ) et la **déclaration de pourvoi** ( art. **975 CPC** ), tandis que sont **irrecevables** la **requête** et les **mémoires** des parties qui ne seraient pas présentés :

- « *soit par un avocat, soit par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* » ( article **R. 431-2, alinéa 1er** CJA pour la représentation des parties devant le **tribunal administratif** « *lorsque les conclusions de la demande tendent au paiement d'une somme d'argent, à la décharge ou à la réduction de sommes dont le paiement est réclamé au requérant ou à la solution d'un litige né d'un contrat.* » et article **R. 431-11, alinéa 1er** CJA pour la représentation des parties devant la **cour administrative d'appel** );

.../...

- « par un *avocat au Conseil d'Etat* » ( **R. 432-1, alinéa 1er** CJA pour la représentation des parties devant le **Conseil d'Etat** ).

Or, le **législateur** n'a nullement imposé aux justiciables l'obligation d'être représenté par un Avocat ou un Avocat aux Conseils, obligation qui ne résulte, comme susdit, que de **textes réglementaires** manifestement entachés d'illégalité pour **incompétence de leur auteur, ce moyen étant d'ordre public**.

\*

La jurisprudence du **Conseil d'Etat** qui, jusque-là n'a pas été confrontée à celle du **Conseil constitutionnel**, procède, en réalité, d'un **diallèle ( pétition de principe indirecte )**.

En effet, le raisonnement de la Haute assemblée privilégie la référence aux **professionnels** ( Avocats et Avocats aux Conseils ) **au détriment des justiciables**.

Considérant qu'il s'agit de membres d'une **profession réglementée** – ce qui est vrai pour les Avocats aux Conseils, mais **faux pour les Avocats**, lesquels, à la différence des premiers, jouissent du **statut constitutionnel** ( **CC, 19 et 20 Janvier 1981**, décision n°80-127 DC, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes; v. **article de Maître Philippe KRIKORIAN « Le statut constitutionnel de l'Avocat défenseur »**, publié dans la **Gazette du Palais - Doctrine**, n°336 à 338 des 2-4 Décembre 2007, pp. **3 à 8**, sur le site Internet [www.philippekrikoriant-avocat.fr](http://www.philippekrikoriant-avocat.fr) et référencé sur le **site officiel du Conseil constitutionnel** [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) – Revue doctrinale française et étrangère -, laquelle décision en vertu de l'article **62 alinéa 3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 s'impose « *aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* » ), le **Conseil d'Etat** en déduit que les règles régissant leur **exercice professionnel** relèvent de la compétence du **pouvoir réglementaire** :

« ( ... )

3. ( ... ) *que s'il appartient au législateur de fixer les limites de la liberté d'entreprendre, la détermination des règles d'exercice d'une profession, et notamment des règles de déontologie, relève de la compétence du pouvoir réglementaire dès lors que ne sont mis en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux que la Constitution réserve à la loi; ( ... )* »

( **CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 18 Février 2015, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre, QPC, n°386296** ).

C'est, cependant, oublier que la **mission constitutionnelle** des **Avocats** consiste à mettre en œuvre le **droit à un recours juridictionnel effectif**, que consacre l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 ( **DDH** ).

Dans ces conditions, il est patent que les règles relatives à l'**exercice professionnel** des **Avocats** ne peuvent contrarier les **normes et principes fondamentaux** qui président à la **mission constitutionnelle de défense** dévolue, par nature, aux membres du Barreau.

.../...

En d'autres termes, ne relèvent du **pouvoir réglementaire** que les **mesures d'application** des règles que le **législateur** doit définir, en application de l'article **34** de la **Constitution**, au titre des « **garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques** ».

Or, le **ministère d'Avocat**, dès lors qu'il est rendu **obligatoire**, procède des **garanties fondamentales** précitées qu'il appartient au **seul législateur** de régir.

Le pouvoir réglementaire était, partant, **radicalement incompétent** pour décider d'imposer aux justiciables d'être représentés par un Avocat et/ou un Avocat aux Conseils.

L'**insécurité juridique** qui, en l'état du droit jurisprudentiel, entoure la saisine d'une juridiction suprême, spécialement le **Tribunal des conflits**, nuit, manifestement, au libre exercice du **droit d'accès à un tribunal**, garanti par l'article **16 DDH**.

\*

L'article **13** de la **loi** n°2015-177 du 16 Février 2015 dont le **décret** n°2015-233 du 27 Février 2015 est l'**application** ( article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 ), ne contient aucune disposition relative à la **représentation des parties** devant le Tribunal des conflits.

**Aucune disposition législative** n'impose, donc, le ministère d'un Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Comme susdit, les dispositions réglementaires litigieuses sont ou doivent être la **mise en œuvre** de la **loi** n°2015-177 du 16 Février 2015. Le Premier ministre ne jouissait pas, dans ces conditions, de la même marge de manœuvre que celle dont il dispose lorsqu'il agit en application de l'article **37** de la **Constitution**.

Le recours à un Avocat aux Conseils ne pouvait, en conséquence, être imposé par le décret d'application qui, ce faisant, ne se contente pas, comme il le devrait, d'**expliquer** la loi.

\*

**SCHOLIE 2 : LA CREATION D'UN MINISTERE OBLIGATOIRE D'AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT ET A LA COUR DE CASSATION POUR LES PROCEDURES PORTEES DEVANT LE TRIBUNAL DES CONFLITS N'EST PAS NECESSAIRE A LA DEFENSE DES JUSTICIABLES**

Il doit être rappelé que le nouvel article **1er** de la **loi** du 24 Mai 1872 relative au Tribunal des conflits, tel que rétabli par l'article **13, I, 3°** de la **loi** n°2015-177 du 16 Février 2015, entrée en vigueur le 1er Avril 2015, prévoit désormais :

*« Les conflits d'attribution entre la **juridiction administrative** et la **juridiction judiciaire** sont réglés par un **Tribunal des conflits** composé en nombre égal de membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. »*

Les articles **12** et **13** de la loi nouvelle disposent respectivement :

*« Art. 12. – Le **Tribunal des conflits** règle le **conflit d'attribution** entre les **deux ordres de juridiction**, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat :*

*« 1° Lorsque le représentant de l'Etat dans le département ou la collectivité a élevé le conflit dans le cas prévu à l'article 13 ;*

*« 2° Lorsque les juridictions de l'un et l'autre ordre se sont déclarées respectivement incompétentes pour connaître d'un litige ayant le même objet ;*

*« 3° Lorsqu'une juridiction de l'un ou l'autre ordre lui a renvoyé la question de compétence soulevée dans un litige. »*

*« Art. 13. – Lorsque le représentant de l'Etat dans le département ou la collectivité estime que la connaissance d'un litige ou d'une question préjudicielle portée devant une juridiction de l'ordre judiciaire relève de la compétence de la juridiction administrative, il peut, alors même que l'administration ne serait pas en cause, demander à la juridiction saisie de décliner sa compétence. »*

S'agissant de trancher une **question de compétence**, rien ne justifie que les parties aient nécessairement recours à un Avocat aux Conseils, dont la mission doit être circonscrite à la **procédure de cassation**.

On perçoit mal, en effet, la nécessité du ministère d'Avocat aux Conseils pour des litiges qui ont été portés originellement devant des **juridictions du fond**, devant lesquelles soit les parties pouvaient **se défendre librement** ( tribunal d'instance, tribunal administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir ), soit devaient se faire représenter par un **Avocat** ( tribunal de grande instance, cour d'appel, cour administrative d'appel pour un recours de plein contentieux ).

De plus, la mission du **Tribunal des conflits** est de désigner l'ordre de juridiction compétent pour connaître d'une affaire au fond.

Ainsi, qu'il s'agisse d'un **conflit positif** ( Titre Ier, Chapitre II- articles **18 à 31** du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** ), de la **prévention de conflit** ( Titre Ier, Chapitre III - articles **32 à 36** dudit décret ) ou d'un **conflit négatif** ( Titre Ier, Chapitre IV - articles **37 et 38**), le **Tribunal des conflits** ne tranche pas lui-même la question de fond et renvoie, pour ce faire, à la juridiction compétente.

Ce n'est que dans les cas prévus par les articles **15** ( **contrariété de décisions au fond conduisant à un déni de justice** ) et **16** ( **action en indemnisation pour durée excessive des procédures** ) de la **loi n°2015-177 du 16 Février 2015** que le **Tribunal des conflits** a reçu mission de **juger au fond** le litige « *à l'égard de toutes les parties en cause* » ( article **15, alinéa 2** ).

Or, la **mission de défense** est dévolue principalement aux **Avocats** inscrits à un barreau français ( article **4** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** ).

Il ne résulte d'aucune règle supérieure ni d'aucun principe fondamental que ceux-ci devraient être exclus du prétoire du **Tribunal des conflits**.

**2. -/ L'ILLEGALITE INTERNE – EN RAISON DU CONTENU DE L'ACTE - DE L'ARTICLE 5 DU DECRET DU 27 FEVRIER 2015 : LA VIOLATION DES REGLES DE CONCURRENCE - L'INCOMPATIBILITE AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE DES DISPOSITIONS LEGISLATIVES ET REGLEMENTAIRES APPLICABLES AU PRESENT LITIGE**

Les dispositions réglementaires attaquées sont contraires au droit de l'Union européenne en tant qu'elles ont pour **effet** de créer un **monopole** au profit des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au détriment des **Avocats** et de leurs **clients**.

Le **numerus clausus** qui s'attache à la **nomination** des officiers publics et ministériels par le Garde des sceaux est incompatible avec le **principe de libre concurrence** ( 2-1 ).

En outre, le système juridique adopté par la France **nuit à la défense des justiciables** en droit d'attendre de l'Etat qu'ils procurent aux Avocats les moyens de leur assurer une **protection juridictionnelle complète et effective** ( **directives 77/249/CEE et 98/5/CE** ) et non pas une **défense retenue** ( 2-2 ).

**2-1/ LE NUMERUS CLAUSUS QUI S'ATTACHE A LA NOMINATION DES OFFICIERS PUBLICS ET MINISTERIELS EST INCOMPATIBLE AVEC LE PRINCIPE DE LIBRE CONCURRENCE : L'ABUS DE POSITION DOMINANTE DES AVOCATS AU CONSEIL D'ETAT ET A LA COUR DE CASSATION**

Le *numerus clausus* ( 1908, **nombre fermé** ) reçoit, dans la langue administrative française la définition suivante :

*« **Limitation discriminatoire** ( d'abord contre les étudiants juifs, en Europe centrale ). 'Il était interdit aux Juifs de posséder, de diriger, de gérer aucune entreprise ; Vichy leur ordonna de se faire recenser et instaura pour les étudiants un numerus clausus' ( S. de Beauvoir, la Force de l'âge ). Par ext. **Limitation d'une catégorie de personnes** à l'accessibilité à une fonction, un grade ou une profession en vertu d'une loi ou d'une disposition réglementaire. »*

( **Dictionnaire culturel en langue française**, sous la direction d'**Alain REY**, Le Robert 2005, Tome III, v° NUMERUS CLAUSUS, p. 1037 ).

\*

Les articles **101 à 106** du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ( TFUE )** posent le principe de **l'interdiction générale des atteintes au libre jeu de la concurrence**.

Art. **101** TFUE :

1. Sont **incompatibles** avec le marché intérieur et interdits **tous accords entre entreprises**, toutes **décisions d'associations d'entreprises** et toutes **pratiques concertées**, qui sont **susceptibles d'affecter le commerce entre États membres** et qui ont pour **objet** ou pour **effet d'empêcher**, de **restreindre** ou de **fausser le jeu de la concurrence** à l'intérieur du marché intérieur, et **notamment** ceux qui consistent à : ( ... ) »,

.../...

la liste fixée à cet article n'étant pas limitative, mais seulement **indicative**, comme l'indique l'emploi de l'adverbe « *notamment* ».

Article **102 TFUE**

(ex-article 82 TCE)

*Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'**exploiter de façon abusive une position dominante** sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.*

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

1. a) **imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,**
2. b) **limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,**
3. c) **appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,**
4. d) **subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.**

Le **principe de libre concurrence** est parfaitement applicable aux Avocats.

La **Cour de justice de l'Union européenne** a, dans son arrêt **Wouters**, confirmé l'application du **droit de la concurrence** aux Avocats :

« (...) »

45 *Afin de déterminer si un règlement tel que la Samenwerkingsverordening 1993 doit être considéré comme une décision d'une association d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, il convient d'examiner, en premier lieu, si les avocats sont des entreprises au sens du droit communautaire de la concurrence.*

46 *Selon une jurisprudence constante, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (voir, notamment, arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21; du 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a., C-244/94, Rec. p. I-4013, point 14, et du 11 décembre 1997, Job Centre, dit « Job Centre II », C-55/96, Rec. p. I-7119, point 21).*

47 À cet égard, il ressort d'une jurisprudence également constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (voir, notamment, arrêts du 16 juin 1987, *Commission/Italie*, 118/85, Rec. p. 2599, point 7, et du 18 juin 1998, *Commission/Italie*, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36).

45.48 Or, les avocats offrent, contre rémunération, des services d'assistance juridique consistant dans la préparation d'avis, de contrats ou d'autres actes ainsi que dans la représentation et la défense en justice. En outre, ils assument les risques financiers afférents à l'exercice de ces activités, puisque, en cas de déséquilibre entre les dépenses et les recettes, l'avocat est appelé à supporter lui-même les déficits.

49 Dans ces conditions, les avocats inscrits aux Pays-Bas exercent une activité économique et, partant, constituent des entreprises au sens des articles 85, 86 et 90 du traité, sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion (voir, en ce sens, à propos des médecins, arrêt du 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, point 77).

50 En second lieu, il convient d'examiner dans quelle mesure une organisation professionnelle telle que l'ordre néerlandais des avocats doit être considérée comme une association d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, lorsqu'elle adopte un règlement tel que la *Samenwerkingsverordening* 1993 (voir, en ce sens, à propos d'une organisation professionnelle d'expéditeurs en douane, arrêt du 18 juin 1998, *Commission/Italie*, précité, point 39).

(...)

56 À cet égard, il convient de déterminer si, lorsqu'il adopte un règlement tel que la *Samenwerkingsverordening* 1993, un ordre professionnel doit être considéré comme une association d'entreprises ou, au contraire, comme une autorité publique.

57 Selon la jurisprudence de la Cour, une activité qui, par sa nature, les règles auxquelles elle est soumise et son objet, est étrangère à la sphère des échanges économiques (voir, en ce sens, arrêt du 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637, points 18 et 19, concernant la gestion du service public de la sécurité sociale) ou se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique (voir, en ce sens, arrêts du 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, Rec. p. I-43, point 30, concernant le contrôle et la police de l'espace aérien, et du 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli*, C-343/95, Rec. p. I-1547, points 22 et 23, concernant la surveillance antipollution de l'environnement maritime) échappe à l'application des règles de concurrence du traité.

58 Il convient de relever d'abord que, lorsqu'elle adopte un règlement tel que la *Samenwerkingsverordening* 1993, une organisation professionnelle telle que l'ordre néerlandais des avocats n'exerce ni une mission sociale fondée sur le principe de solidarité, contrairement à certains organismes de sécurité sociale (voir arrêt *Poucet et Pistre*, précité, point 18), ni des prérogatives typiques de puissance publique (voir arrêt *SAT Fluggesellschaft*, précité, point 30). Elle apparaît comme l'organe de régulation d'une profession dont l'exercice constitue par ailleurs une activité économique.

59 A cet égard, le fait que le Conseil général soit également chargé par l'article 26 de l'Advocatenwet de défendre les droits et les intérêts des avocats en tant que tels n'est pas de nature à exclure a priori cette organisation professionnelle du champ d'application de l'article 85 du traité même lorsqu'elle *exerce sa fonction de réglementation de l'exercice de la profession d'avocat* (voir, en ce sens, à propos des médecins, arrêt Pavlov e.a., précité, point 86).

60 Ensuite, d'autres indices concourent à la conclusion qu'une organisation professionnelle disposant de pouvoirs réglementaires telle que l'ordre néerlandais des avocats ne saurait échapper à l'application de l'article 85 du traité.

61 En effet, d'une part, il ressort de l'Advocatenwet que les organes directeurs de l'ordre néerlandais des avocats sont exclusivement composés d'avocats, qui ne sont élus que par des membres de la profession. Les autorités nationales ne peuvent pas intervenir dans la désignation des membres des comités de surveillance, du Collège des délégués et du Conseil général (voir, à propos d'une organisation professionnelle d'expéditeurs en douane, arrêt du 18 juin 1998, Commission/Italie, précité, point 42; à propos d'une organisation professionnelle de médecins, arrêt Pavlov e.a., précité, point 88).

62 D'autre part, lorsqu'il adopte des actes tels que la Samenwerkingsverordening 1993, l'ordre néerlandais des avocats n'est pas astreint non plus au respect d'un certain nombre de critères d'intérêt public. L'article 28 de l'Advocatenwet, qui l'autorise à arrêter des règlements, se borne à exiger qu'ils le soient dans l'intérêt de l'«exercice correct de la profession» (voir, à propos d'une organisation professionnelle d'expéditeurs en douane, arrêt du 18 juin 1998, Commission/ Italie, précité, point 43).

63 Enfin, compte tenu de son influence sur le comportement des membres de l'ordre néerlandais des avocats sur le marché des services juridiques, du fait de l'interdiction de certaines collaborations multidisciplinaires qu'elle entraîne, la Samenwerkingsverordening 1993 n'est pas étrangère à la sphère des échanges économiques.

64 Au vu des considérations qui précèdent, il apparaît qu'une organisation professionnelle telle que l'ordre néerlandais des avocats doit être considérée comme une association d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité lorsqu'elle adopte un règlement tel que la Samenwerkingsverordening 1993. Un tel règlement constitue, en effet, l'expression de la volonté de représentants des membres d'une profession tendant à obtenir de ceux-ci qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique.

65 Il importe peu par ailleurs que l'ordre néerlandais des avocats soit régi par un statut de droit public.

66 En effet, selon ses propres termes, l'article 85 du traité s'applique à des accords entre entreprises et à des décisions d'associations d'entreprises. Le cadre juridique dans lequel s'effectue la conclusion de tels accords et sont prises de telles décisions ainsi que la qualification juridique donnée à ce cadre par les différents ordres juridiques nationaux sont sans incidence sur l'applicabilité des règles communautaires de la concurrence, et notamment de l'article 85 du traité (arrêts du 30 janvier 1985, Clair, 123/83, Rec. p. 391, point 17, et du 18 juin 1998, Commission/Italie, précité, point 40).

67 Cette interprétation de l'article 85, paragraphe 1, du traité n'aboutit pas à méconnaître le principe de l'autonomie institutionnelle invoqué par le gouvernement allemand (voir points 54 et 55 du présent arrêt). Il convient à ce sujet d'opérer une distinction.

68 Ou bien, lorsqu'il octroie des pouvoirs normatifs à une association professionnelle, un État membre veille à définir les critères d'intérêt général et les principes essentiels auxquels la réglementation ordinaire doit se conformer ainsi qu'à conserver son pouvoir de décision en dernier ressort. Dans ce cas, les normes qui sont arrêtées par l'association professionnelle conservent un caractère étatique et échappent aux règles du traité applicables aux entreprises.

69 Ou bien les normes arrêtées par l'association professionnelle sont imputables à elle seule. Certes, dans l'hypothèse où l'article 85, paragraphe 1, du traité trouverait à s'appliquer, il appartiendrait à celle-ci de les notifier à la Commission. Cette obligation n'est toutefois pas de nature à paralyser outre mesure l'activité réglementaire des associations professionnelles, comme le soutient le gouvernement allemand, la Commission disposant notamment de la possibilité d'adopter un règlement d'exemption par catégorie, en application de l'article 85, paragraphe 3, du traité.

70 Le fait que chacun des systèmes décrits aux points 68 et 69 du présent arrêt ait des conséquences différentes au regard du droit communautaire n'enlève rien à la liberté qu'ont les États membres de choisir l'un ou l'autre.

71 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question, sous a), qu'un règlement relatif à la collaboration entre les avocats et d'autres professions libérales tel que la Samenwerkingsverordening 1993, adopté par un organisme tel que l'ordre néerlandais des avocats, doit être considéré comme une **décision** prise par une **association d'entreprises**, au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

99 S'agissant des avocats, il convient de rappeler à titre liminaire que, selon une jurisprudence constante, en l'absence de règles communautaires spécifiques en la matière, chaque État membre reste, en principe, libre de régler l'exercice de la profession d'avocat sur son territoire (voir arrêts du 12 juillet 1984, Klopp, 107/83, Rec. p. 2971, point 17, et Reisebüro Broede, précité, point 37). Les règles applicables à cette profession peuvent, de ce fait, différer substantiellement d'un État membre à l'autre.

100 Selon les conceptions en vigueur aux Pays-Bas, où l'ordre national des avocats est chargé par l'article 28 de l'Advocatenwet d'arrêter la réglementation devant assurer l'exercice correct de la profession d'avocat, les règles essentielles adoptées à cet effet sont notamment le devoir de défendre son client en toute indépendance et dans l'intérêt exclusif de celui-ci, celui, déjà mentionné, d'éviter tout risque de conflit d'intérêts ainsi que le devoir de respecter un strict secret professionnel.

101 Ces obligations déontologiques ont des implications non négligeables sur la structure du marché des services juridiques, et plus particulièrement sur les possibilités d'exercer conjointement la profession d'avocat et d'autres professions libérales actives sur ce marché.

102 Ainsi, elles imposent que l'avocat se trouve dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers, dont il convient qu'il ne subisse jamais l'influence. Il doit offrir, à cet égard, la garantie que toutes les initiatives qu'il prend dans un dossier le sont en considération de l'intérêt exclusif du client.

( ... )

109 Au vu de ces éléments, il n'apparaît pas que les effets restrictifs de la concurrence tels que ceux imposés aux avocats opérant aux Pays-Bas par un règlement tel que la Samenwerkingsverordening 1993 aillent au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'exercice correct de la profession d'avocat (voir, en ce sens, arrêt du 15 décembre 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, point 35).

110 Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la deuxième question qu'une réglementation nationale telle que la Samenwerkingsverordening 1993 adoptée par un organisme tel que l'ordre néerlandais des avocats n'enfreint pas l'article 85, paragraphe 1, du traité, étant donné que cet organisme a pu raisonnablement considérer que ladite réglementation, nonobstant les effets restrictifs de la concurrence qui lui sont inhérents, s'avère nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans l'État membre concerné.

( ... )

( CJUE, 19 Février 2002, WOUTERS et a., C-309/99 )

Il est, encore, jugé par la **Cour de Luxembourg** :

« ( ... )

37 Il résulte toutefois de la jurisprudence de la Cour que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des **libertés fondamentales** garanties par le traité doivent remplir **quatre conditions**: qu'elles s'appliquent de manière **non discriminatoire**, qu'elles se justifient par des **raisons impérieuses d'intérêt général**, qu'elles soient **propres à garantir la réalisation de l'objectif** qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est **nécessaire** pour l'atteindre (voir arrêt du 31 mars 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, point 32).

( ... ) »

( CJUE, GEBHARD, 30 Novembre 1995, C-55/94 )

Quant à la question de la **représentation des parties** devant les **juridictions suprêmes**, il est utile de rappeler l'analyse de la doctrine :

« ( ... )

**D. - Usage du droit de libre circulation dans les autres activités**

**235.** – Outre les effets pratiques qu'elle peut avoir pour la pratique des activités d'avocat, la directive 98/5/CE a pour intérêt de montrer que l'ouverture d'un monopole professionnel ne se réalise pas nécessairement et immédiatement par l'ouverture de la profession qui en dispose ou en bénéficie.

**236.** – **Représentation devant les juridictions suprêmes** – L'utilisation d'un semblable procédé pourrait présenter un intérêt relativement à des activités dont l'accès est permis aux ressortissants des autres États membres et rendu possible par la mise en oeuvre de la directive 2005/36 du 7 septembre 2005.

On pense particulièrement aux activités relatives à la représentation devant les juridictions supérieures des différents États, où de plus cette représentation est souvent obligatoire. Dans le champ du monopole renforcé (quand l'interposition du professionnel est requise), ou plus largement, ces activités relèvent en exclusivité, dans plusieurs États, d'**avocats spécialisés** (ce dont la directive 98/5/CE elle-même prend acte), ou d'une **profession spécifique** dans le **cas singulier de la France**.

**237. – Cette représentation doit être rendue possible sous le régime de la prestation de services, la directive 77/249/CEE du 22 mars 1977 ne prévoyant aucune restriction à cet égard, dès lors qu'elle est normalement assurée par des membres de la profession d'avocat (ou de l'une des professions), même s'il s'agit d'avocats spécialisés. Dès lors qu'il existe une profession séparée, ces règles ne peuvent bénéficier qu'aux membres d'une éventuelle profession correspondante dans un autre État membre ; la prestation de services relève alors du régime nouveau de la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005.**

Quant à la possibilité pour des avocats d'autres États membres de pratiquer ces activités à **titre permanent**, sous le régime de la **directive 98/5/CE**, elle reste incertaine, dans la mesure où celle-ci prévoit seulement que "les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des **avocats spécialisés**" (PE et Cons. UE, dir. 2005/36/CE, 7 sept. 2005, citée supra [n° 13](#), art. 5, § 3), le **considérant (11)** précisant que, ce faisant, « **ils ne doivent pas faire obstacle à l'intégration des avocats des États membres qui rempliraient les conditions requises** » ; dans le cas où il existe une **profession séparée**, aucune disposition de droit dérivé ne trouve application à cet égard.

**238. – Le maintien d'une fermeture de fait de ces activités n'est pas satisfaisant dans une Union de droit. Une ouverture réelle serait de nature à créer des conditions plus favorables à l'émergence de solutions jurisprudentielles inspirées par le droit comparé ou commandées par le droit de l'Union, et peut-être aussi à un usage plus étendu du mécanisme du renvoi préjudiciel par ces juridictions. Ceci est d'autant plus important que les évolutions de jurisprudence interviennent principalement devant ces juridictions suprêmes ou ne peuvent être consacrées que par elles.**

**239. – Pourrait être envisagée, pour ces raisons, la création d'un régime particulier assurant la possibilité d'exercice sous leur titre professionnel d'origine par les avocats des autres États membres, que ce soit à titre permanent ou en prestation de services. Resterait à déterminer si cette possibilité devrait être ouverte seulement aux professionnels eux-mêmes spécialisés dans leur État ou plus largement.**  
( ... )

( **Jacques PERTEK**, Avocat au Barreau de Carpentras, Professeur agrégé de droit public, Président de la Fondation pour les Etudes Européennes / Foundation for european studies, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 731 : Professions juridiques et judiciaires. - Libre circulation. Reconnaissance mutuelle des qualifications. - Equivalence des autorisations d'exercice. Application des règles de concurrence, 11 Janvier 2014, §§ 235 à 239 ).

Il est constant, en l'espèce :

1°) que la **Cour de cassation** investit l'avocat aux Conseils d'une **totale liberté** – qui trouve, toutefois, sa limite dans le **principe de responsabilité** - dans le **choix des moyens de cassation** qu'il entend soumettre à la Haute Cour, y compris **contre le gré** de celui qu'il représente, qu'il doit seulement aviser de ce désaccord dans la stratégie de défense, sans avoir nécessairement à se dessaisir du dossier :

« *Attendu que l'Avocat aux Conseils est **libre de choisir**, dans l'intérêt de son client, les moyens de cassation susceptibles d'être soumis à la Cour, **sous réserve de l'obligation d'aviser ce client s'il estime ne pas devoir présenter un moyen expressément demandé par celui-ci** » ( Cass. Ass. Plén., 14 Mai 1971, n°70-13.971 ).*

Cette **liberté particulièrement étendue** s'exerce, au nom de **l'indépendance** de ce professionnel, dans toutes les hypothèses, que l'Avocat aux Conseils ait été **choisi** par son client, ou **commis d'office** par le Président de son Ordre :

« ( ... )

*Mais attendu que, si l'exercice effectif des droits de la défense exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention et, partant, **oblige le président de l'ordre à procéder à la désignation d'office d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** pour assister un justiciable dans une procédure avec représentation obligatoire devant la Cour de cassation, ce justiciable est, hors le cas où il remplit les conditions d'octroi de l'aide juridictionnelle totale, sans droit à revendiquer l'assistance gratuite de l'avocat aux Conseils désigné d'office, dont, en outre, **l'indépendance** exclut qu'il puisse faire l'objet de **mesures de contrôle** ou d'**injonctions** dans l'accomplissement de sa mission, sans préjudice de **l'action en responsabilité civile** ou de **l'action disciplinaire** dont il pourrait éventuellement faire l'objet pour un manquement à ses obligations professionnelles ; ( ... ) »*

( Cass., 1° Civ., 16 Mai 2012, Me Philippe KRIKORIAN c/ Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, n°Q 11-18.181 ).

2°) que la volonté des avocats aux Conseils de **conserver jalousement la maîtrise de la stratégie de cassation** est confirmée par la « **Charte organique de collaboration** Entre l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et le Conseil national des barreaux ( <http://www.ordre-avocats-cassation.fr>; Actualité du 17 juin 2010 » ( Code de l'Avocat Dalloz 2014, p. 604 ), aux termes de laquelle :

« **PREAMBULE**

*Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et leurs **correspondants avocats aux barreaux** entretiennent depuis toujours, **dans l'intérêt de leurs clients**, des liens étroits à la satisfaction des uns et des autres.*

*La coopération entre les avocats aux Conseils et les avocats aux barreaux est d'autant plus aisée que leurs règles déontologiques reposent sur des principes communs.*

*Ils ont néanmoins souhaité se rapprocher afin de préciser les modalités concertées de leur collaboration.*

.../...

*La charte organique qu'ils ont décidé d'adopter est destinée à favoriser la régulation de cette collaboration dans l'intérêt des justiciables, **clients communs** des avocats aux Conseils et des avocats aux barreaux, d'une bonne administration de la justice et de l'élaboration de la jurisprudence ; cette charte permettra de favoriser dans la transparence et la concertation l'instruction et l'enrichissement des dossiers soumis aux cours suprêmes.*

*Art. 1er Principes déontologiques.*

*La collaboration entre un avocat aux Conseils et un avocat dans l'intérêt d'un même client doit s'effectuer dans le strict respect des **règles d'indépendance** applicables aux professionnels concernés, chacun ne pouvant accepter une remise en cause de son indépendance dans l'accomplissement de ses prestations, ni une quelconque immixtion dans l'organisation et le fonctionnement de son cabinet.*

*L'avocat aux Conseils notamment demeure maître de la rédaction des mémoires et moyens de cassation.*

*( ... ) »*

Cette charte, qualifiable de **décision d'association d'entreprises**, doit être **dénoncée** comme étant **contraire au droit de l'Union**, notamment aux articles **101** et **102** TFUE précités.

En outre, l'expérience juridictionnelle montre que la pratique ne réserve aucune place à la **concertation** entre les Avocats et les Avocats aux Conseils, ceux-ci se croyant autorisés, au vu notamment de la jurisprudence et de la Charte précitées à **évincer l'Avocat de la stratégie de cassation**, en refusant de signer et déposer le mémoire qu'il a rédigé dans la défense de son client.

Ce refus est d'autant plus choquant que la **participation active du justiciable à sa propre défense** devant le juge de cassation que la Haute Assemblée avait érigée en principe ( « *Attendu que l'Avocat aux Conseils est libre de choisir, dans l'intérêt de son client, les moyens de cassation susceptibles d'être soumis à la Cour, sous réserve de l'obligation d'aviser ce client s'il estime ne pas devoir présenter un moyen expressément demandé par celui-ci* » ( **Cass. Ass. Plén., 14 Mai 1971, n°70-13.971** ) est, ainsi, réaffirmée et rendue plus effective par le **dépôt d'un mémoire personnel**, signé par l'Avocat aux Conseils « **pour régularité de la procédure** » et auquel la **Cour de cassation répondra**, au même titre que le **mémoire ampliatif** ( **Cass., 1<sup>o</sup> Civ., 16 Mai 2012, Me Philippe KRIKORIAN c/ Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, n°Q 11-18.181** ).

Rien, dès lors, ne justifie que l'Avocat aux Conseils, qui est libre lui-même, de déposer son propre mémoire, refuse le dépôt du mémoire que lui adresse l'Avocat de la partie concernée.

C'est, ainsi, caractériser, de la part de l'Avocat aux Conseils, un **abus de position dominante**.

\*

.../...

Il est évident, dans ces conditions, que les textes français ( en particulier l'article **19** du **décret n°91-1125 du 28 Octobre 1991** relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ) qui **limitent le nombre d'offices ( numerus clausus )** et réservent au Garde des Sceaux le **pouvoir de nomination** de ces **officiers ministériels** que sont les **Avocats aux Conseils**, privant, ipso facto, les **Avocats de l'Union** d'accéder librement à cette profession, comme la **directive 98/5/CE** leur en reconnaît pourtant le droit, **faussent le jeu de la concurrence** à l'intérieur de l'Union européenne.

En effet, dans l'hypothèse où le titre d'**Avocat** serait reconnu aux **Avocats aux Conseils** français, aux fins des **directives 77/249/CEE** et **98/5/CE**, ceux-ci auraient la faculté de **prester** en dehors de la France, d'**exercer de façon permanente** avec ce titre dans un autre Etat membre et, au-delà, d'**accéder à la profession d'Avocat** de cet Etat membre, **sans réciprocité** pour les **Avocats** y exerçant à titre permanent.

Il résulte, ainsi, de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires ci-dessus rappelées que :

1°) dans tous les cas, par l'exercice du droit de présentation ou en cas d'office vacant ou créé, « **les nominations d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sont prononcées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice** » ( article **19** du **décret n°91-1125 du 28 Octobre 1991** );

2°) la **nomination** dans l'office d'Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation par le Garde des sceaux, ministre de la justice, n'est jamais un droit pour le candidat, mais procède toujours d'une **décision discrétionnaire** de l'autorité ministérielle;

3°) une **contrepartie financière** est exigée du candidat qui doit **rémunérer** le titulaire de l'office ( **droit de présentation** – article **21** du décret ) ou **payer l'indemnité fixée par le Garde des sceaux, ministre de la justice**, pour les **offices vacants** ( articles **26** et **27** du décret ).

On est, dès lors, ici, très loin du **droit** pour « **Tout avocat ( ... ) d'exercer à titre permanent, dans tout autre Etat membre, sous son titre professionnel d'origine, les activités d'avocat telles que précisées à l'article 5.** », tel qu'il est prévu à l'article **2** de la **directive 98/5/CE**, ainsi que de la **faculté** d'accéder à la profession d'avocat de l'Etat membre d'accueil, réglementée par l'article **10** de la même directive.

En effet :

1°) le **droit de l'Avocat d'exercer à titre permanent sous son titre professionnel d'origine** n'est subordonné, aux termes de la **directive 98/5/CE**, à **aucune condition patrimoniale ou extra-patrimoniale**, autre que la production de « **l'attestation de son inscription auprès de l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine** » ( art. **3, § 2** ).

Est notamment **prohibé**, dans le système juridique de la **directive 98/5/CE tout contrôle de connaissances linguistiques** préalablement à l'inscription auprès de l'autorité nationale de l'Etat membre d'accueil ( **CJUE Grande Chambre 19 Septembre 2006, Commission c/ Luxembourg**, points **34 à 36; 59; dispositif** ).

.../...

2°) la **directive 98/5/CE** exige que la décision par laquelle l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil refuse l'accès du candidat à la profession d'Avocat dudit Etat membre soit **motivée et susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne** ( article 10, §§ 1, 3 et 4 de la **directive 98/5/CE** ).

Ce faisant, le **législateur de l'Union** n'a nullement renoncé, en arrêtant la **directive 98/5/CE**, à l'objectif qu'il s'est fixé, savoir de **rendre effectif** l'exercice permanent de la profession d'Avocat sous le titre d'origine et, au-delà, de **favoriser l'intégration** des intéressés dans la profession d'Avocat de l'Etat membre d'accueil.

Son action est justifiée par les **considérants 5 et 6** de ladite directive :

*« (5) considérant qu'une action en la matière se justifie au niveau communautaire non seulement parce que, par rapport au système général de reconnaissance, elle offre aux avocats une voie plus aisée leur permettant d'intégrer la profession dans un État membre d'accueil, mais aussi parce qu'elle répond, en donnant la possibilité à des avocats d'exercer à titre permanent dans un État membre d'accueil sous leur titre professionnel d'origine, aux besoins des usagers du droit, lesquels, en raison des flux d'affaires croissant résultant notamment du marché intérieur, recherchent des conseils lors de transactions transfrontalières dans lesquelles sont souvent imbriqués le droit international, le droit communautaire et les droits nationaux;*

*(6) considérant qu'une action se justifie également au niveau communautaire en raison du fait que seuls quelques États membres permettent déjà, sur leur territoire, l'exercice d'activités d'avocat, autrement que sous forme de prestations de services, par des avocats venant d'autres États membres et exerçant sous leur titre professionnel d'origine; que, toutefois, dans les États membres où cette possibilité existe, elle revêt des modalités très différentes, en ce qui concerne, par exemple, le champ d'activité et l'obligation d'inscription auprès des autorités compétentes; qu'une telle diversité de situations se traduit par des inégalités et des distorsions de concurrence entre les avocats des États membres et constitue un obstacle à la libre circulation; que, seule une directive fixant les conditions d'exercice de la profession, autrement que sous forme de prestations de services, par des avocats exerçant sous leur titre professionnel d'origine est à même de résoudre ces problèmes et d'offrir dans tous les États membres les mêmes possibilités aux avocats et aux usagers du droit;*

Comme elle le précise à son considérant 7, la **directive 98/5/CE** n'exclut pas d'affecter les « **règles professionnelles nationales** » dès lors que cette modification est rendue **nécessaire** « **pour permettre d'atteindre effectivement son but** » :

*(7) considérant que la présente directive, conformément à sa finalité, s'abstient de réglementer des situations purement internes et ne touche aux règles professionnelles nationales que dans la mesure nécessaire pour permettre d'atteindre effectivement son but; qu'elle ne porte notamment pas atteinte aux réglementations nationales régissant l'accès à la profession d'avocat et son exercice sous le titre professionnel de l'État membre d'accueil;*

La directive a été, à cet égard, jugée avoir, compte tenu de son **objectif** présenté à son **sixième considérant** sus-rappelé ( « **mettre fin à la disparité des règles nationales concernant les conditions d'inscription auprès des autorités compétentes, qui étaient à l'origine d'inégalités et d'obstacles à la libre circulation** » ), procédé, à son article 3, « à une **harmonisation complète** des conditions préalables requises pour l'usage du droit conféré par celle-ci. » ( CJUE Grande Chambre 19 Septembre 2006, Commission c/ Luxembourg, point 36 et CJUE Grande Chambre 19 Septembre 2006, Graham J. WILSON c/ Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, n° C-506/04, point 66 ).

Cette caractéristique majeure autorise à invoquer la directive 98/5/CE dans un litige mettant en cause des **rapports de droit purement internes** ( v. a contrario CJUE, **Deuxième Chambre 28 Janvier 1992, Angel Lopez Brea et Carlos Hidalgo Palacios**, C-330/90 et C-331/90, point 15 : « Il y a, dès lors, lieu de constater que la directive 67/43 se limite à exiger la suppression de toute discrimination directe ou indirecte en raison de la nationalité, **mais ne vise pas à harmoniser** les conditions prévues dans les réglementations nationales régissant l'accès à la profession d'agent immobilier ou l'exercice de celle-ci. » ).

De plus, ne saurait être invoqué un quelconque risque de dérives « pour légitimer l'introduction ou le maintien de dispositions nationales portant atteinte au **principe** qui est énoncé à l'article 5, **paragraphe 1**, de la **directive 98/5** et dont les **exceptions** ont fait l'objet de **règles harmonisées aux paragraphes 2 et 3** de ce même article ( voir, par analogie, arrêt du 25 février 2003, Commission/Italie, C-59/01, Rec. p. I-1759, point 38 ). » ( ibid. point 59 ) :

« ( ... ) *Appréciation de la Cour*

34 Comme il ressort du **sixième considérant** de la **directive 98/5**, par cette dernière, le législateur communautaire a entendu notamment **mettre fin à la disparité des règles nationales** concernant les conditions d'inscription auprès des autorités compétentes, qui étaient à l'origine d'**inégalités** et d'**obstacles à la libre circulation** ( voir également, en ce sens, arrêt Luxembourg/Parlement et Conseil, point 64 ).

35 Dans ce contexte, l'article 3 de la **directive 98/5** prévoit que l'avocat désireux d'exercer dans un Etat membre autre que celui où il a acquis sa qualification professionnelle est tenu de **s'inscrire auprès de l'autorité compétente de cet Etat membre**, laquelle est tenue de procéder à cette inscription 'au vu de l'**attestation** de son inscription auprès de l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine'.

36 Compte tenu de l'objectif de la **directive 98/5** rappelé au point 34 du présent arrêt, il y a lieu de considérer que le législateur communautaire a procédé, à l'article 3 de cette directive, à une **harmonisation complète** des conditions préalables requises pour l'usage du droit conféré par celle-ci.

( ... )

59 S'agissant du risque de dérives mentionné par le gouvernement luxembourgeois, un tel élément ne saurait être invoqué pour légitimer l'introduction ou le maintien de dispositions nationales portant atteinte au **principe** qui est énoncé à l'article 5, paragraphe 1, de la **directive 98/5** et dont les **exceptions** ont fait l'objet de **règles harmonisées aux paragraphes 2 et 3** de ce même article ( voir, par analogie, arrêt du 25 février 2003, Commission/Italie, C-59/01, Rec. p. I-1759, point 38 ).

( ... )

Par ces motifs, la Cour ( grande chambre ) déclare et arrête :

1) *En subordonnant à un contrôle préalable de connaissances linguistiques l'inscription auprès de l'autorité nationale compétente des avocats qui ont acquis leur qualification dans un Etat membre autre que le Grand-Duché de Luxembourg et qui veulent exercer sous leur titre professionnel d'origine dans ce dernier Etat membre, en interdisant à ces avocats l'exercice d'activités de domiciliation de sociétés et en les obligeant à produire chaque année une attestation d'inscription auprès de l'autorité compétente de leur Etat membre d'origine, le Grand-Duché de Luxembourg a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise.*

2) *Le Grand-Duché de Luxembourg est condamné aux dépens.*

Signatures

( CJUE Grande Chambre 19 Septembre 2006, Commission c/ Luxembourg, points 34 à 36; 59; dispositif ).

On déduit de la **directive 98/5/CE** éclairée et enrichie par l'**interprétation authentique et faisant foi** qu'en livre la CJUE, que cette norme de l'Union a entendu **rendre effectif** sur l'ensemble du territoire de l'Union, le **droit** de tout Avocat d'exercer à titre permanent dans n'importe quel Etat membre de son choix, sous son titre d'origine et au-delà, favoriser son **intégration** dans la profession d'Avocat de l'Etat membre d'accueil.

**Aucun autre obstacle** que ceux **limitativement énumérés** par la directive ne peut être dressé par les Etats membres à l'exercice effectif de ce droit et de cette faculté.

Ces **exceptions** au **principe** fixé à l'article 5, § 1 de la **directive 98/5/CE** ( **égalité de traitement** dans l'exercice des activités d'Avocat ) peuvent être résumées de la façon suivante :

1°) L'**exclusion de l'activité des Avocats** de certains actes en **matière successorale** et **immobilière** ( « *actes habilitant à administrer les biens des personnes décédées ou portant sur la création ou le transfert de droits réels immobiliers* » ) réservée, notamment au **Royaume-Uni** et en **Irlande**, à une « *catégorie déterminée d'avocats* » et « *qui dans d'autres Etats membres sont réservés à des professions différentes de celle de l'avocat* » ( consid. 10 et article 5, § 2 de la **directive 98/5/CE** ).

.../...

2°) **l'obligation d'agir de concert** avec un Avocat local pour la « *représentation et la défense d'un client en justice* » ( considérant 10 et article 5 § 3, premier alinéa de la **directive 98/5/CE** ), obligation que la **France** n'a pas souhaité mettre en œuvre dans la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, lors de la transposition de la **directive 98/5/CE**;

3°) **la faculté**, pour les Etats membres, « *dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice ( .. ) (d') établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés.* » ( article 5 § 3, deuxième alinéa de la **directive 98/5/CE**), cependant, « *sans faire obstacle à l'intégration des avocats des États membres qui rempliraient les conditions requises;* » ( considérant 11 de la **directive 98/5/CE** ).

Dès lors que la France n'a pas fait usage de la faculté qui lui était ouverte de rendre obligatoire le concours de l'Avocat de concert ( 2° ci-dessus ), se posent deux problèmes ( 1° et 3° ).

Le premier a trait à la question de la délimitation des compétences entre **avocats** et **notaires**, ces derniers jouissant, en France, du **monopole de l'authentification** des actes immobiliers destinés à la publicité foncière ( article 4, alinéa 1er du **décret n°55-22 du 04 Janvier 1955** portant réforme de la publicité foncière et article 710-1 du Code civil ).

Ainsi, un Avocat français ne pourrait pas, au Royaume-Uni ou en Irlande, exercer des activités qui ne relèvent pas, en France, à ce jour, du champ de compétence des **Avocats**, mais, davantage de celui des **notaires**.

Le second, concerne la **qualification** qu'il convient de donner, dans **l'interprétation et l'application** de la **directive 98/5/CE** de la **profession d'Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**, à laquelle il a été précédemment répondu.

Il doit être précisé, en outre, que la **validité** de la **directive 98/5/CE** a été très récemment **confirmée** par la **Grande Chambre de la Cour de justice de l'Union européenne** :

« ( ... )

37 *En outre, ainsi qu'il ressort du considérant 6 de la directive 98/5, par cette dernière, le législateur de l'Union a entendu notamment mettre fin à la disparité des règles nationales concernant les conditions d'inscription auprès des autorités compétentes, qui étaient à l'origine d'inégalités et d'obstacles à la libre circulation (voir arrêts Commission/Luxembourg, C-193/05, EU:C:2006:588, point 34, et Wilson, EU:C:2006:587, point 64).*

38 *Dans ce contexte, l'article 3 de la directive 98/5 procède à une harmonisation complète des conditions préalables requises pour l'usage du droit d'établissement conféré par cette directive, en prévoyant que l'avocat désireux d'exercer dans un État membre autre que celui où il a acquis sa qualification professionnelle est tenu de s'inscrire auprès de l'autorité compétente de cet État membre, laquelle doit procéder à cette inscription «au vu de l'attestation de son inscription auprès de l'autorité compétente de l'État membre d'origine» (voir, en ce sens, arrêts Commission/Luxembourg, EU:C:2006:588, points 35 et 36, ainsi que Wilson, EU:C:2006:587, points 65 et 66).*

.../...

( ... )

*L'examen de la seconde question posée n'a révélé aucun élément de nature à affecter la validité de l'article 3 de la directive 98/5.*

**( CJUE, Grande Chambre, 17 Juillet 2014, Angelo Alberto Torresi ( C-58/13 ) et Pierfrancesco Torresi ( C-59/13 ) c/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata ).**

La **Cour de justice de l'Union européenne** n'a pas, à ce jour, eu l'occasion de statuer sur la conformité au droit de l'Union des dispositions législatives et réglementaires applicables aux Avocats aux Conseils.

Les **demandes de décisions préjudicielles** se justifient, dès lors, pleinement au regard de l'article **267 TFUE**.

## SUR LA NECESSITE DU RENVOI PREJUDICIEL A LA CJUE

Comme susdit, la **Cour de justice de l'Union européenne ( CJUE )** n'a pas eu, à ce jour, l'occasion de répondre précisément à la question de savoir si la législation et la réglementation françaises qui réservent aux Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation le **monopole de représentation** des parties devant les **Cours suprêmes** ( Conseil d'Etat, Cour de cassation, Tribunal des conflits ), tout en leur permettant d'intervenir, **concurrentement** avec les Avocats, devant les **tribunaux administratifs** et les **cours administratives d'appel**, étaient **compatibles** avec le droit de l'Union européenne.

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

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

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

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

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

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

## 1.-/ RAPPEL DES TEXTES

Article 19 TUE :

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

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

( ... )

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

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

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

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

Article 267 TFUE :

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

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

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

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

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

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

## 2.-/ L'ANALYSE DES TEXTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

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

ou

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

ou

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

( ... )

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

En outre :

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

( ... )

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

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

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

.../...

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

\*

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

\*

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

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

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

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

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

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

3<sup>o</sup>) être **indispensable** à la solution du litige principal.

.../...

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

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

ou

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

ou

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

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

\*

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

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

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

« ( ... ) »

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.../...

\*

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

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

\*

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

« (...) »

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

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

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

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

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

( ... )

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

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

Tel est bien le cas, en l'espèce.

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

et dit pour droit, à cette occasion:

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

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

En effet, il échet d'observer que l'**arrêt en manquement** rendu contre la **France le 10 Juillet 1991** par la **Cour de Luxembourg** ( Commission des Communautés européennes c/ République française, C-294/89 ) ne traite pas le cas des **Avocats aux Conseils**.

L'arrêt, qui ne concerne que les **Avocats inscrits à un Barreau**, laisse **en suspens** les questions de savoir si une réglementation nationale peut, comme prétend le faire le décret attaqué, réserver aux seuls **Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**, le **monopole de représentation** des parties devant les Cours suprêmes, tout en les faisant bénéficier, concurremment avec les Avocats, de la faculté d'intervenir devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel.

Il n'est, dès lors, pas possible au **Conseil d'Etat**, en l'absence de tout élément de **droit comparé**, notamment **jurisprudentiel**, de savoir, **au-delà de tout doute raisonnable**, comment la **Cour de justice de l'Union européenne** et les **juridictions suprêmes** des autres Etats membres statueraient sur de telles questions, étant précisé que le cas des Avocats aux Conseils est **unique en Europe**. En effet, dans aucun autre Etat membre de l'Union, la représentation en justice des justiciables devant les cours suprêmes n'a été confiée à des **officiers ministériels**.

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

Il y aura lieu, dans ces conditions, de faire droit **intégralement** aux **légitimes prétentions** des requérants, aussi bien en ce qui concerne la **demande de décision préjudicielle**, que la demande tendant à **l'annulation** du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015**.

\*

**2-2/ LE MONOPOLE LEGAL DE REPRESENTATION ET D'ASSISTANCE EN JUSTICE DONT JOUISSENT INDUMENT LES AVOCATS AUX CONSEILS POUR LA PROCEDURE DE CASSATION ET DEVANT LE TRIBUNAL DES CONFLITS EST NUISIBLE A LA DEFENSE DES JUSTICIABLES**

On rappellera, de prime abord, que, dans le langage courant, **monopole**, qui relève de la **sphère économique** ( du latin *monopolium* et du grec *monopôlion*, de *pôlein*, vendre ) s'entend d'une « *Situation d'un marché où la concurrence n'existe pas, une seule entreprise étant maître de l'offre* » ( **Dictionnaire Le Petit Robert 2014**, v° MONOPOLE, p. 1628 ).

La langue juridique, bien que plus précise, rend compte de la même connotation péjorative, dès lors que **toute concurrence est abolie**, de droit ou en fait :

« *Régime de droit ( monopole de droit ) ou situation de fait ( monopole de fait ) ayant pour objet ou pour résultat de soustraire à toute concurrence sur un marché donné une entreprise privée ou un organe ou établissement public. Ex. le monopole de fabrication et de vente dont bénéficie le titulaire d'un brevet. ( ... )* »

( **Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF 9° édition Août 2011, v° MONOPOLE, p. 663 )

\*

Comme il a été vu précédemment, l'accès aux juridictions est inégal et se fait **au seul profit des Avocats aux Conseils**.

En effet, tandis que ceux-ci vont pouvoir représenter et assister les parties dans **toutes les procédures de cassation** et devant les **juridictions administratives des premier et second degrés** ( articles **R. 431-2** et **R. 431-11** du Code de justice administrative - CJA ), les Avocats n'ont pas accès au prétoire des cours suprêmes, à l'exception du Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort en matière d'**excès de pouvoir**, - comme en l'espèce -, devant lequel ils doivent justifier de leur mandat, ce dont les Avocats aux Conseils sont dispensés, étant observé qu'aux termes de l'article **416, alinéa 1er** du Code de procédure civile ( CPC ) :

« *Quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission. L'avocat est toutefois dispensé d'en justifier.* »,

disposition qui traduit le **principe général** qui a vocation à s'appliquer devant toutes les juridictions, y compris les **cours suprêmes**, selon lequel « *L'Avocat est cru sur sa robe* ».

Il n'existe, à l'évidence, **aucune réciprocité** dans l'accès au juge entre Avocats et Avocats aux Conseils.

Les Avocats aux Conseils peuvent, dès lors, être vus comme des **entreprises** bénéficiant de **droits spéciaux** ou **exclusifs**, au sens de l'article **106 TFUE**, lequel dispose :

.../...

« 1. Les **États membres**, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des **droits spéciaux ou exclusifs**, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles **18** et **101 à 109** inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

3. La **Commission** veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres. »

Or, la **Cour de justice de l'Union européenne ( CJUE )** juge :

- qu' « **une entreprise qui bénéficie d'un monopole légal** peut être considérée comme occupant une **position dominante**, au sens de l'article 86 du traité (voir arrêt du 3 octobre 1985, CBEM, point 16, 311/84, Rec. p. 3261) et que le territoire d'un Etat membre, auquel ce monopole s'étend, est susceptible de constituer une partie substantielle du marché commun (voir arrêt du 9 novembre 1983, Michelin, point 28, 322/81, Rec. p. 3461) » ;

- que « le simple fait de créer une telle position dominante par l'octroi d'un **droit exclusif** au sens de l'article 90, paragraphe 1, n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 86 du traité (voir arrêt du 3 octobre 1985, CBEM, précité, point 17). Un État membre n'enfreint, en effet, les interdictions contenues dans ces deux dispositions que si l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice du **droit exclusif** qui lui a été conféré, à **exploiter sa position dominante de façon abusive**. » ;

- que « Selon l'article 86, deuxième phrase, sous b), du traité, une telle **pratique abusive** peut, notamment, consister en une **limitation de la prestation, au préjudice des demandeurs du service en cause**. »

( **CJUE, Sixième Chambre, 23 Avril 1991, HOFNER, C-41/90, points 28 à 30** ) :

« ( ... )

20 *Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de vérifier si un **office public pour l'emploi**, tel que la BA, peut être considéré comme une **entreprise**, au sens des articles 85 et 86 du traité CEE.*

21 *A cet égard, il y a lieu de préciser, dans le contexte du **droit de la concurrence**, que, d'une part, la **notion d'entreprise** comprend toute entité exerçant une **activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement** et que, d'autre part, l'activité de placement est une activité économique.*

22 *La circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de ces activités. Les activités de placement n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques. Cette constatation vaut, en particulier, pour les activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises.*

( ... )

28 A cet égard, il y a lieu de rappeler, en premier lieu, qu'**une entreprise qui bénéficie d'un monopole légal** peut être considérée comme occupant une **position dominante**, au sens de l'article 86 du traité (voir arrêt du 3 octobre 1985, CBEM, point 16, 311/84, Rec. p. 3261) et que le territoire d'un Etat membre, auquel ce monopole s'étend, est susceptible de constituer une partie substantielle du marché commun (voir arrêt du 9 novembre 1983, Michelin, point 28, 322/81, Rec. p. 3461).

29 Il convient de préciser, en second lieu, que le simple fait de créer une telle position dominante par l'octroi d'un **droit exclusif** au sens de l'article 90, paragraphe 1, n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 86 du traité (voir arrêt du 3 octobre 1985, CBEM, précité, point 17). Un Etat membre n'enfreint, en effet, les interdictions contenues dans ces deux dispositions que si l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice du **droit exclusif** qui lui a été conféré, à **exploiter sa position dominante de façon abusive**.

30 Selon l'article 86, deuxième phrase, sous b), du traité, une telle **pratique abusive** peut, notamment, consister en une **limitation de la prestation, au préjudice des demandeurs du service en cause**.

31 Or, un Etat membre crée une situation dans laquelle la **prestation est limitée**, lorsque l'entreprise, à laquelle il a conféré un **droit exclusif** qui s'étend aux activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, **n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités**, et lorsque l'exercice effectif de ces activités par des **sociétés privées** est **rendu impossible** par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants.

32 Il convient de relever, en troisième lieu, que la responsabilité incombant à un Etat membre en vertu des articles 86 et 90, paragraphe 1, du traité n'est engagée que si le comportement abusif de l'office en question était **susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres**. Pour que cette condition d'application soit remplie, il n'est pas nécessaire que le comportement abusif en cause ait effectivement affecté ce commerce. Il suffit d'établir que ce comportement **est de nature** à avoir un tel effet (voir arrêt du 9 novembre 1983, Michelin, précité, point 104).

33 Un tel effet, potentiel, sur les échanges interétatiques existe notamment lorsque les activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, exercées par des sociétés privées, peuvent s'étendre aux ressortissants ou aux territoires d'autres Etats membres.

34 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la quatrième question préjudicielle qu'un office public pour l'emploi, exerçant des activités de placement, est soumis à l'interdiction de l'article 86 du traité, tant que l'application de cette disposition ne fait pas échec à la mission particulière qui lui a été impartie. L'Etat membre, qui lui a confié un droit exclusif de placement, enfreint l'article 90, paragraphe 1, du traité, lorsqu'il **crée une situation** dans laquelle l'office public pour l'emploi sera **nécessairement amené à contrevenir** aux termes de l'article 86 du traité. Il en est ainsi notamment lorsqu'il est satisfait aux conditions suivantes:

.../...

— le droit exclusif s'étend à des activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises;

— l'office public pour l'emploi n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités;

- — l'exercice effectif des activités de placement par des sociétés privées de conseil en recrutement est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants;
- — les activités de placement en cause sont susceptibles de s'étendre à des ressortissants ou aux territoires d'autres États membres.

( ... ) »

( CJUE, Sixième Chambre, 23 Avril 1991, HOFNER, C-41/90 )

De même, la Cour de Luxembourg juge-t-elle :

« ( ... )

*Appréciation de la Cour*

- 103 *Afin d'apprécier le bien-fondé de la première branche du présent moyen, il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, que, selon une jurisprudence constante, l'article 82 CE est une expression de l'**objectif général** assigné par l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE à l'action de la Communauté européenne, à savoir **l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun**. Ainsi, la **position dominante** visée à l'article 82 CE concerne une **situation de puissance économique** détenue par une entreprise qui lui donne le **pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause** en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 38).*
- 104 *Dans ce contexte, en interdisant l'**exploitation abusive d'une position dominante** sur le marché, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'article 82 CE vise les comportements qui sont de nature à influencer la structure du marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une **compétition normale** des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence (arrêts Hoffmann-La Roche/Commission, précité, point 91; du 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 70; AKZO/Commission, précité, point 69, et du 15 mars 2007, British Airways/Commission, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, point 66).*

.../...

- 105 Dès lors, l'article 82 CE visant non seulement les **pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs**, mais également celles qui **leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective** (arrêt du 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, 6/72, Rec. p. 215, point 26), il incombe à l'entreprise qui détient une **position dominante** une **responsabilité particulière** de ne pas porter atteinte par son comportement à une **concurrence effective et non faussée** dans le marché commun (arrêt *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, précité, point 57).
- 106 Ainsi que la Cour l'a déjà précisé, il s'ensuit que **l'article 82 CE interdit à une entreprise en position dominante d'éliminer un concurrent** et de renforcer ainsi sa position en recourant à des **moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites**. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime (arrêt *AKZO/Commission*, précité, point 70).
- 107 En particulier, il convient de considérer qu'**exploite de façon abusive sa position dominante** une entreprise qui, dans un marché dont la structure concurrentielle est déjà affaiblie en raison précisément de sa présence, met en œuvre une politique de prix ne poursuivant d'autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, tirer profit de la réduction du degré de concurrence existant encore sur le marché.
- 108 Or, afin d'apprécier la licéité de la politique de prix appliquée par une entreprise dominante, la Cour, au point 74 de l'arrêt *AKZO/Commission*, précité, s'est référée à des critères de prix fondés sur les coûts encourus par l'entreprise dominante et sur la stratégie de celle-ci.
- 109 Ainsi, la Cour a précisé, d'une part, que les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés, en principe, comme abusifs, dans la mesure où, en appliquant de tels prix, une entreprise en position dominante est présumée ne poursuivre aucune autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents. D'autre part, les prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables ne doivent être considérés comme abusifs que lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent (voir arrêts précités *AKZO/Commission*, points 70 et 71, ainsi que *Tetra Pak/Commission*, point 41).
- 110 Dès lors, contrairement à ce qu'affirme la requérante, il ne ressort pas de la jurisprudence de la Cour que la preuve de la possibilité de récupération des pertes subies du fait de l'application, par une entreprise en position dominante, de prix inférieurs à un certain niveau de coûts constitue une condition nécessaire afin d'établir le caractère abusif d'une telle politique de prix. En particulier, la Cour a eu l'occasion d'exclure la nécessité d'une telle preuve dans des circonstances où l'intention éliminatoire de l'entreprise en cause pouvait être présumée en considération de l'application par celle-ci de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (voir, en ce sens, arrêt *Tetra Pak/Commission*, précité, point 44).

- 111 *Cette interprétation n'exclut pas, bien entendu, que la Commission puisse considérer une telle possibilité de récupération des pertes comme étant un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question, en ce qu'elle peut contribuer, par exemple, à exclure, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, des justifications économiques autres que l'élimination d'un concurrent, ou à établir, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.*
- 112 *Du reste, l'absence de toute possibilité de récupération des pertes ne saurait suffire à exclure que l'entreprise en question parvienne à renforcer sa position dominante à la suite, notamment, de la sortie du marché d'un ou de plusieurs de ses concurrents, de sorte que le degré de concurrence existant sur le marché, déjà affaibli en raison précisément de la présence de l'entreprise en question, soit réduit davantage et que les consommateurs subissent un dommage du fait de la limitation de leurs possibilités de choix.*
- 113 *C'est dès lors à bon droit que le Tribunal a conclu, au point 228 de l'arrêt attaqué, que la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs.*
- 114 *Il s'ensuit que la première branche du présent moyen n'est pas fondée.*

( CJUE, Première Chambre, 02 Avril 2009, France Télécom SA c/ Commission, n°C-202/07 P )

Il est manifeste, en l'espèce, qu'en prétendant se réserver exclusivement la conception et la réalisation des mémoires devant être présentés aux juridictions suprêmes ( **Cour de cassation ; Conseil d'Etat, Tribunal des conflits** ), les Avocats aux Conseils **abusent de la position dominante** que leur confère le **monopole de représentation**.

Leur attitude a pour effet de **limiter la prestation juridique** au préjudice des consommateurs de droit que sont les justiciables, qui se voient **privés des moyens** préparés par leur Avocat **évincé injustement du procès en cassation**.

Le refus des Avocats aux Conseils de **coopérer** avec les Avocats est d'autant moins justifié ( « **Abondance de biens ne nuit pas** », dit l'adage ), que la **Cour de cassation**, comme susdit, accepte d'examiner tant le **mémoire ampliatif** présenté par l'Avocat aux Conseils, que celui qui a été rédigé par la partie ou son Avocat, dès lors que cet écrit est **signé** par celui qui assure la représentation en cassation, « **pour régularité de la procédure** » et **auquel la Haute Cour répondra**, au même titre que le **mémoire ampliatif** ( **Cass., 1° Civ., 16 Mai 2012, Me Philippe KRIKORIAN c/ Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, n°Q 11-18.181 ; ordonnance de référé** rendue le 07 Avril 2015 par le Président du **Tribunal de Grande Instance de Marseille** délivrant, à cette fin, **injonction** au Président de l'Ordre des Avocats aux Conseils ).

Le comportement des Avocats aux Conseils **nuit à la bonne défense des intérêts des justiciables** qui ne pourront pas présenter ou faire présenter par leur Avocat les moyens de cassation qui auront reçu leur approbation.

**II-C-2-c/ LES ILLEGALITES DES ARTICLES 32, 34, 37 ET 38 DU  
DECRET DU 27 FEVRIER 2015**

En raison de **l'absence d'écran législatif ( 1 )**, le décret attaqué ne peut s'abriter derrière aucun paravent normatif et doit, en conséquence, répondre directement de sa légalité devant les normes supérieures.

**L'illégalité externe** du décret tient à **l'incompétence du pouvoir réglementaire pour mettre en cause le droit à un recours juridictionnel effectif ( 2 )**.

Son **illégalité interne** se caractérise par la **violation de ce droit constitutionnel** que caractérise **la tentative de réintroduction de l'acte de gouvernement dans l'ordonnement juridique républicain ( 3 )**.

**1. -/ L'ABSENCE D'ECRAN LEGISLATIF**

Si, comme susdit, les articles **32, 34, 37 et 38** du **décret du 27 Février 2015** sont intervenus, conformément à l'article **13, III** de la **loi n°2015-177 du 16 Février 2015**, pour permettre l'entrée en vigueur des **I et II** du même article **13**, il est constant que l'article **12** de ladite loi renvoie à un **décret en Conseil d'Etat** le soin de définir les conditions de règlement du conflit d'attribution et se borne à énumérer trois cas de conflit :

« *Art. 12.* – Le Tribunal des conflits règle le conflit d'attribution entre les deux ordres de juridiction, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat :

« 1. Lorsque le représentant de l'Etat dans le département ou la collectivité a élevé le conflit dans le cas prévu à l'article 13 ;

« 2. Lorsque les juridictions de l'un et l'autre ordre se sont déclarées respectivement incompétentes pour connaître d'un litige ayant le même objet ;

« 3. Lorsqu'une juridiction de l'un ou l'autre ordre lui a renvoyé la question de compétence soulevée dans un litige.

Il est, dès lors, constant que cette loi ne prévoit **aucune règle de fond** en ce qui concerne **l'office du juge du conflit**.

Or, en **l'absence de toute règle de fond** fixée par la loi, celle-ci ne peut s'interposer entre l'acte du pouvoir réglementaire auquel elle donne seulement **compétence**, d'une part et la norme supérieure ( Constitution, droit de l'Union européenne, traité international ), d'autre part.

La doctrine s'exprime en ces termes, sur ce sujet :

« ( ... )

122. Dans l'arrêt de 2008, *Commune d'Annecy (CE, ass., 3 oct. 2008, req. no 297931)*, le Conseil d'État a jugé que la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux **ne fait pas écran**, annulant ainsi le décret attaqué pour méconnaissance de la compétence du législateur posée par l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui fait partie des normes constitutionnelles. Le Conseil d'État a vérifié s'il y a lieu à appliquer la théorie de la loi-écran, en s'interrogeant sur la portée réelle de la loi. Comme l'explique L. JANICOT : « Il vérifie si cette loi " se borne [...] à attribuer une **compétence** au pouvoir réglementaire, dont ce dernier ne fait qu'user" ou si, au contraire, elle "fixe [...] un certain nombre de **règles de fond**, dont le pouvoir réglementaire ne fait que tirer les **conséquences nécessaires**" ». Le Conseil d'État retient en définitive dans le cadre de sa jurisprudence « une **conception matérielle** » de l'écran législatif : « l'écran est opaque, parce qu'il y a de la "**matière**" législative » ; l'écran est transparent lorsque la loi se borne à permettre l'exercice de la compétence réglementaire. L'idée d'écran législatif suppose des **règles de fond** » (L. JANICOT, *La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement*, RFDA 2008. 1158).

( ... ) »

( **Michel VERPEAUX**, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris-1 – Dalloz, Répertoire de contentieux administratif, contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, 2<sup>o</sup>, actes, § 122 )

C'est, donc, au regard des **normes supra-législatives** que doit s'apprécier la **constitutionnalité** ou la **conventionnalité** des articles **32, 34, 37** et **38** du **décret du 27 Février 2015**.

**2. -/ L'ILLEGALITE EXTERNE - L'INCOMPETENCE DU POUVOIR  
REGLEMENTAIRE POUR METTRE EN CAUSE LE DROIT CONSTITUTIONNEL  
A UN RECOURS JURIDICTIONNEL EFFECTIF**

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

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

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

Le **Conseil d'Etat** juge, de même, que *« la **garantie** ainsi proclamée implique le **droit** pour les personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction; que la définition par le **pouvoir réglementaire** des modalités de mise en œuvre de ce droit devant la **juridiction administrative** ne saurait conduire à porter atteinte à sa **substance même**; ( ... )»* ( **CE, 4ème et 6ème sous-sections réunies, 21 Décembre 2001, M. et Mme HOFMANN**, n°222862; **CE, 4ème et 6ème sous-sections réunies, 30 Juillet 2003, M. M'BOW et autres**, n°247376, 248089, 251088 ).

L'article **34** de la **Constitution** du **04 Octobre 1958** confie, de même, au seul législateur, la mission de **fixer les règles** concernant *« les **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'exercice des **libertés publiques** »* au rang desquelles figure le **droit constitutionnel à un recours juridictionnel effectif**.

Le pouvoir réglementaire n'est, donc, compétent que pour édicter les **mesures d'application** des **conditions** et des **limites** – fixées par le législateur - dans lesquelles s'exerce le **droit d'accès au juge**.

Excède, à l'évidence, la compétence du Premier ministre la décision de confier au **Tribunal des conflits** le pouvoir de ne désigner, en définitive, **aucun ordre juridictionnel français** pour connaître au fond du litige soumis aux juridictions des deux ordres.

C'est, pourtant, à cette **solution paradoxale** que conduit l'application du décret litigieux.

**3. -/ L'ILLEGALITE INTERNE, EN RAISON DU CONTENU DE L'ACTE : LA TENTATIVE DE REINTRODUCTION DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT DANS LE DECRET EST INCOMPATIBLE AVEC LA LOI N°2015-177 DU 16 FEVRIER 2015 RELATIVE A LA MODERNISATION ET A LA SIMPLIFICATION DE LA JUSTICE ET DES PROCEDURES**

L'esprit ( 3-1 ), comme la lettre ( 3-2 ) de la loi s'opposent à la **théorie de l'acte de gouvernement** et prohibent sa réintroduction dans le règlement ( 3-3 ).

**3-1 / LA RATIO LEGIS : CONCILIER LA GARANTIE DES DROITS ET LA SEPARATION DES POUVOIRS**

Aux termes de l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789( **DDH** ) à **pleine valeur constitutionnelle** :

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

Seul, en application de ce texte, le **Tribunal des conflits** devrait être habilité à désigner la ou les juridictions compétentes pour connaître d'une affaire dont la compétence a été déclinée par les deux ordres juridictionnels.

Le rapport du **Groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits**, remis au Garde des sceaux et rendu public le 10 Octobre 2013, commence par l'introduction suivante :

*« L'origine et la mission du **Tribunal des conflits** ont leur ancrage dans l'histoire. Né une première fois en 1848 mais de façon éphémère, il renaît durablement en 1872 dans la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat et remettant en vigueur la loi du 4 février 1850 sur l'organisation de la juridiction. Sa raison d'être réside dans la **loi des 16-24 août 1790** et le **décret du 16 fructidor An III** qui posent le principe de la **séparation des autorités administratives et judiciaires** et, partant, **inscrivent la dualité juridictionnelle dans notre ordonnancement juridique**. »*

La **dualité** est classiquement définie comme le « *Caractère de ce qui est **double en soi; coexistence de deux éléments de nature différente**. La dualité de l'être humain : l'âme et le corps. Une dualité d'éléments. 'Alors s'établit en moi une **lutte** ou plutôt une **dualité** qui a été le secret de toutes mes opinions ( Renan, Souvenirs d'enfance ). 'Ce que Danton demande à la Convention, c'est d'abolir la **dualité du pouvoir délibérant et du pouvoir exécutif**' ( Jaurès, Hist. Socialiste de la révolution ). » ( **Dictionnaire Culturel en langue française**, Le Robert 2005, Tome II, v° **Dualité**, p. 217 ).*

De même, l'adjectif **dual** connote « **Double ( avec un caractère de réciprocité ) ( ... )** 'Alors, la leçon double du bachelardisme trouverait sa vérité **duale** ( ... ) ( Michel Serres, Hermès I ) » ( *ibid.* v° **Dual**, ale, als, ales, p. 216 )

On se souvient, ici, que dans **l'analyse transcendantale kantienne** « *Le schème de la communauté ( réciprocité ), ou de la causalité réciproque des substances par rapport à leurs accidents, est la **simultanéité** des déterminations de l'une avec celles de l'autre suivant une **règle générale**.*

( ... )

*Le schème de la nécessité est l'existence d'un objet en tout temps. ( ... )* »

( **Emmanuel KANT**, *Critique de la raison pure*, Analytique transcendantale, Editions Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade 1980, p. 889 ).

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

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

On en déduit logiquement que la **nécessité** constitue l'une des **sources du Droit, naturelle en tant qu'elle est indépendante de la volonté des hommes et figure de la volonté implicite du Constituant**.

Rapportée à l'**ordre juridictionnel** auquel président la **garantie des droits** et la **séparation des pouvoirs** réunies dans l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 ( **DDH** ), la **dualité** rend compte à la fois d'une **division** ( des ordres judiciaire et administratif ) et d'une **unité** ( l'**obligation** – traduction en logique déontique de la **nécessité** de la logique formelle - de l'Etat d'assurer aux justiciables, en tout temps et sur tout le territoire de la République, une **protection juridictionnelle effective** ).

Les règles édictées par le Code de procédure civile apportent, dans cet ordre d'idées, un éclairage intéressant.

Ainsi, aux termes de l'article **92** du Code de procédure civile ( **CPC** ) relatif à l'incompétence **relevée d'office** par le juge civil :

*« L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas.*

*Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française. »*

Quant à lui, l'article **96** du même Code ( **Dispositions communes** aux exceptions d'incompétence ) dispose :

*« Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir.*

*Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi. »*

.../...

Il ressort des textes précités, qu'en aucune façon **l'immunité juridictionnelle** supposée de l'acte en cause n'est envisagée comme motif d'incompétence relevée d'office par le juge.

De même, la rédaction de **l'alinéa 2** de l'article **96** CPC « *Dans tous les autres cas* » indiquant que la liste de **l'alinéa 1er** est **limitative et non pas indicative**, implique nécessairement que seule « *la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère* » doit conduire le juge civil à renvoyer les parties à mieux se pourvoir. Toute autre situation est de la compétence du juge judiciaire saisi.

Comme on le voit, **l'acte de gouvernement** qui entretient une **antinomie radicale** avec la compétence de la juridiction administrative, n'intervient à aucun moment comme fondement de l'incompétence du juge civil, qu'elle soit soulevée par les parties ( art. **75** à **77** CPC ) ou relevée d'office ( art. **92** à **94** CPC ).

En outre, la faculté pour le juge civil de **relever d'office son incompétence** est encadrée par les textes en vigueur.

Ainsi, « *Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française.* » ( art. **92**, al. 2 CPC ).

En tout état de cause, le juge civil n'est autorisé à ne pas juger au fond l'affaire dont il est saisi qu'à la condition de **désigner la juridiction qu'il estime compétente**, savoir la **juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère**, désignation, dans ces derniers cas, purement **indicative** qui invite « *seulement les parties à mieux se pourvoir* » ( art. **96**, al. 1er CPC ) ou, à l'inverse, **prescriptive** qui, « *Dans tous les autres cas ( ... ) s'impose aux parties et au juge de renvoi.* » ( art. **96**, al. 2 CPC ).

Ici, le **risque de déni de justice** ne devrait pas exister ou, tout au moins, devrait se trouver limité par la **désignation de la juridiction présumée compétente** et par le mécanisme de l'ancien article **34** du **décret du 26 Octobre 1849** – repris en substance par l'article **32** du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** - qui fait de la saisine du **Tribunal des conflits** une **obligation** pour le juge civil si le juge administratif s'est antérieurement déclaré incompétent pour juger le même litige.

Le **principe de réciprocité** qui accompagne la **dualité** de l'ordre juridictionnel français impose que les mêmes règles soient suivies par le juge administratif. Il appartient, dès lors, au **Conseil d'Etat**, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de saisir le **Tribunal des conflits lorsqu'il estime qu'une affaire échappe à tout contrôle juridictionnel, administratif ou judiciaire**. En d'autres termes, le **Conseil d'Etat** ne peut pas constitutionnellement étouffer un contentieux, couper le lien entre le justiciable et la Constitution et substituer sa propre décision sur la compétence à celle du **Tribunal des conflits**.

On sait, dans cet ordre d'idées, que « ( ... ) *par application des dispositions de l'article 34 de la Constitution en vertu desquelles la loi fixe les règles concernant les **garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, c'est au législateur seul qu'il appartient de fixer les limites de la compétence des juridictions administratives et judiciaires**; ( ... )* » ( TC, 20 Octobre 1997, M. ALBERT c/ CPAM de l'Aude et autres, n°3032 ).

Ainsi, la **faculté** de saisine du juge des conflits prévue par l'article 35 du **décret du 26 Octobre 1849**, - dont l'**extension à toutes les juridictions** a été préconisée par le **Groupe de travail** sur la réforme du Tribunal des conflits ( page 10 ) - lorsque se présente « **une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires** » se transforme, pour le **Conseil d'Etat**, en **obligation**, en vertu de l'article 16 DDH, dès lors que lui-même estime qu'aucun juge national ne devrait connaître du litige dont il est saisi.

Ce dispositif a pris corps dans l'article 35 du décret attaqué.

Il n'y a, à cet égard, **aucune contradiction** à envisager l'exercice du **pouvoir juridictionnel** tant du point de vue du **droit** que de l'**obligation**: c'est un **droit** pour le juge d'exercer ses compétences, lorsque les circonstances l'exigent ( **compétence liée** ), parce que c'est d'abord pour lui une **obligation**.

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

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

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

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

En d'autres termes, la **possibilité** d'exercer le pouvoir réglementaire ou juridictionnel ( par exemple, **relever un moyen d'office** ) **connote, selon les circonstances, l'obligation** de l'exercer ( **définition par compréhension** ), elle la suppose. Ici, **obligation** et **droit** ne s'opposent que par l'**intensité de l'initiative** dans l'exercice dudit pouvoir qui sera :

- **maximale** si l'édition de la norme ou la prise de décision coïncide avec la volonté (l'**intention** ) de son auteur ( droit et obligation se confondent alors – hypothèse du **pouvoir discrétionnaire** ),

- **minimale** dans le cas inverse où une **volonté extérieure** ou une **nécessité** s'impose à l'autorité compétente pour qu'elle adopte la norme ou prenne la décision ( hypothèse de la **compétence liée** ).

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

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

\*

Le souci de **prévenir tout risque de déni de justice** que peut générer un **conflit négatif** et qui est prohibé par l'article **16 DDH**, est, au demeurant, parfaitement perceptible à la lecture du **rapport** précité ( pages **10-11** ) :

*« ( ... ) Cependant, la saisine en prévention d'un conflit négatif, quoique très utile, présente le désavantage de ne pouvoir être mise en œuvre qu'en cas de saisine de l'autre ordre de juridiction, éventuellement après l'exercice et l'épuisement des voies de recours dans l'ordre de juridiction initialement saisi, ce qui constitue un facteur d'allongement des procédures.*

*C'est pourquoi il a paru hautement souhaitable de donner à toute juridiction saisie d'un litige présentant une difficulté sérieuse de compétence la faculté reconnue actuellement aux seules juridictions suprêmes de renvoyer au Tribunal le soin de désigner l'ordre de juridiction compétent. En effet, actuellement, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont la faculté de saisir le Tribunal lorsqu'il leur apparaît qu'une question sérieuse de compétence se pose dans un litige qui leur est soumis. Il s'agit de prévenir un conflit par un mécanisme de renvoi laissant au Tribunal des conflits le soin de décider de l'ordre de juridiction compétent. Cette faculté est assez fréquemment usitée et se révèle très pertinente dans un contexte de complexification et d'imbrication du droit privé et du droit public. Il est donc apparu opportun, non seulement de ne pas apporter de modifications à ce dispositif mais encore d'en étendre la mise en œuvre devant toutes les juridictions du fond. Il s'agit ainsi de favoriser très en amont la prévention d'un conflit et, partant, d'éviter tout retard dans le traitement du fond d'un litige. La juridiction, de l'un ou l'autre ordre, saisie d'un litige dans lequel une question de compétence sera soulevée, appréciera le caractère sérieux de la difficulté et, si elle l'estime nécessaire, en saisira le Tribunal des conflits par une décision insusceptible de recours. Le Tribunal devra alors statuer dans le délai de trois mois afin de permettre le déroulement de la procédure devant la juridiction effectivement compétente. Cette nouvelle possibilité n'est pas assimilable à une demande d'avis puisque cette décision, comme toutes celles du Tribunal des conflits, s'impose aux juridictions.*

*Le groupe de travail n'a pas méconnu le risque d'un accroissement important de la charge de travail susceptible d'en résulter pour le Tribunal des conflits, difficilement compatible avec les moyens dont il dispose. Pour autant, il ne lui a pas paru indispensable de prévoir un filtrage par la juridiction suprême dans l'ordre auquel appartient la juridiction saisie du litige, dans la mesure où l'organisation d'un recours générerait des délais en contrariété avec l'objectif de célérité de la disposition proposée. Au demeurant, la possibilité, ci-dessus évoquée, donnée au président du Tribunal des conflits de statuer par ordonnance lorsque la solution s'impose à l'évidence est de nature à contribuer efficacement à la maîtrise des flux. (... )»*

Dès lors, en application de l'article **16 DDH**, seul le **Tribunal des conflits** est habilité à arbitrer une contestation quant à la compétence juridictionnelle y compris dans l'hypothèse où les **conditions formelles** d'application de l'article **34** du **décret du 26 Octobre 1849** – déclaration d'incompétence préalable d'un ordre de juridiction - **ne sont pas en apparence réunies**.

C'est bien ce qu'exprime la Doctrine classique :

*« ( ... ) Les auteurs font très couramment de la mention du régime des actes de gouvernement l'élément central et essentiel de leur définition : 'la caractéristique fondamentale qui (les) décèle' ( P. Duez, Les actes de gouvernement, p. 175 ).*

*Il est certes exact que **les actes de gouvernement**, en tous cas dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, sont dotées d'une **complète immunité de juridiction**, celle-ci résultant ( nous le verrons ) de **l'incompétence conjugée à leur égard de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire**, - **double incompétence que seul, évidemment, le Tribunal des conflits**, supérieur commun des deux ordres de juridictions, **a le pouvoir d'affirmer**. (... )»*

*( Professeur René CHAPUS, L'acte de gouvernement, monstre ou victime, Dalloz 1958 (... )*

Le **Tribunal des conflits** ne pourrait cependant plus, aujourd'hui, adopter la même solution qu'en **1950** ( affaire dite de **Radio-Andorre** ) dès lors que l'article **16 DDH** ( garantie des droits ) qui, comme susdit, a acquis en **1971** ( **CC, Juillet 1971, liberté d'association** ) valeur de **norme constitutionnelle** impose qu'à tout le moins **un ordre de juridiction** soit compétent pour connaître d'une requête mettant en cause des **droits fondamentaux**, comme en l'occurrence, le **droit au respect et à la protection de la dignité humaine** ( **discrédit social** ) et le **droit à une protection juridictionnelle effective** ( **garantie des droits** ).

L'analyse de la jurisprudence révèle, au demeurant, que l'invocation de la **théorie de l'acte de gouvernement** ne concerne pas que le **Conseil d'Etat**, mais également l'ensemble des **juridictions administratives**, de même que l'**autorité judiciaire**.

En effet, comme le faisait observer le **Commissaire du gouvernement ODENT** dans l'affaire **RADIO-ANDORRE** jugée le **02 Février 1950** par le **Tribunal des conflits**, l'acte de gouvernement et, donc, l'article **26** de la **loi du 24 Mai 1872** qui le fonde, peuvent être invoqués, en droit positif, par le pouvoir exécutif, devant le **juge judiciaire**, comme devant la **juridiction administrative**, ce qui, précisément, **justifie la position de la QPC** :

« ( ... ) Il est en effet certain ( ... ) que **l'autorité administrative peut revendiquer devant le tribunal des conflits la connaissance d'un litige porté devant l'autorité judiciaire et concernant un acte de gouvernement**. La procédure des conflits d'attribution n'a pas seulement pour objet de protéger la compétence des juridictions administratives : **elle est avant tout la garantie de l'indépendance administrative et gouvernementale au regard de l'autorité judiciaire. Le conflit peut être élevé devant une juridiction de l'ordre judiciaire saisie d'un acte de gouvernement**, encore qu'un tel acte échappe aussi par sa nature au contrôle du juge administratif. V. Cons. d'Etat, 18 juin 1852, Héritiers d'Orléans ( S. 1852. 2. 307 ; P. adm. Chr. ) ; Trib des conflits, 30 juin 1877, Villebrun ( Rec. Des arrêts du Cons. D'Etat, p. 661 ) ; 15 nov. 1879, Sicart ( S. 1881. 3. 17 ; Refonte Sirey ; P. adm. Chr. Et Rec. Des arrêts du Cons. D'Etat, p. 708, avec les conclusions conformes de l'avocat général Desjardins ).

Il serait d'ailleurs paradoxal que le gouvernement, auquel **l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 – toujours en vigueur – confère le droit de faire interdire par le Tribunal des conflits au Conseil d'Etat de connaître d'un acte de gouvernement, fût désarmé en une même occurrence à l'égard des tribunaux judiciaires et ne disposât pas d'une procédure corrélative d'interdiction. ( ... ) »**

Or à plusieurs reprises, le **Tribunal des conflits** a été conduit à **dénier « à l'acte à raison duquel il était saisi le caractère d'acte de gouvernement, que l'Administration tendait à lui faire reconnaître, et il a indiqué qu'il appartenait soit au contentieux administratif ( Trib. Confl. 5 nov. 1880, Marquigny, Bouffier, 2 arrêts, D. P. 80. 3. 121; S. 31 3. 81; Rec. Cons. d'Et., p.801, concl. Ronjat et Gomel ), soit au contentieux judiciaire ( Trib. Confl. 25 mars 1889, Dufeulle, Usannaz-Joris, Michau et Lafreney, 3 arrêts, D. P. 90. 3. 65; S. 91 3. 32; 15 févr. 1890, Vincent, S. 92. 3. 71; Rec. Cons. D'Et.; p. 183; 24 juin 1954, Barbaran et autres, ibid., p. 712; S. 1955. 3. 6 ) » ( Professeur René CHAPUS, ibid. )**

Ainsi, en retirant à la mesure en cause la qualification d'acte de gouvernement que le pouvoir exécutif prétendait lui attribuer pour le faire échapper à tout contrôle juridictionnel, le **Tribunal des conflits** réaffirme la nécessité pour l'Etat d'assurer une **protection juridictionnelle effective** à tous les justiciables.

Il a pu être justement soutenu que l'article 26 de la **loi du 24 Mai 1872**, - abrogé par la **loi n°2015-177 du 16 Février 2015**, article 13, I, 2° - objet de l'une des trois **QPC** dont le **Conseil d'Etat** a été saisi, était entaché de **compétence négative** dès lors qu'il appartenait au législateur, chargé par l'article 34 de la **Constitution** de fixer les règles concernant « **les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques** », de prévoir lui-même **l'obligation de renvoi au Tribunal des conflits** dans tous les cas où une juridiction suprême de l'ordre judiciaire ou administratif est saisie d'un litige qu'elle n'estime pas de sa compétence, notamment comme relevant de la catégorie des **actes de gouvernement, sans condition d'une précédente déclaration d'incompétence d'une juridiction de l'autre ordre**. Le **rapport** du Groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits susmentionné procède de la même idée : **prévenir le conflit négatif et le déni de justice qui l'accompagne**.

En s'abstenant de légiférer en ce sens, le **législateur** a reporté sur les **autorités juridictionnelles** précitées – auxquelles l'article **35** du **décret** du 26 Octobre 1849 Réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits et l'article **35** du **décret** n°2015-233 du 27 Février 2015 n'offrent qu'une **simple faculté** de renvoi audit Tribunal - le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la **loi**.

Or, la **marge d'appréciation** qui doit être laissée à la juridiction dans la détermination de sa propre compétence, en application des critères légaux, ne doit pas conduire à un **déni de justice** que prohibe l'article **16 DDH** qui commande, à l'inverse, qu'un ordre de juridiction, à tout le moins, soit compétent pour connaître d'un litige mettant en cause des **droits fondamentaux**. On rappelle, de surcroît, que les deux ordres de juridiction administratif et judiciaire sont concurremment compétents dès lors que **la voie de fait résulte d'une décision** ( **TC, 27 Juin 1966, Guigon** ).

Le **Tribunal des conflits** est, dans ces conditions, tout désigné pour arbitrer, dans le respect de l'article **16 DDH** ( **garantie des droits et séparation des pouvoirs** ) la question de compétence.

N'a plus cours, dès lors, le jugement doctrinal, qui avant **l'avènement du bloc de constitutionnalité**, laissait au **Tribunal des conflits** le pouvoir de confirmer ou infirmer la **complète immunité de juridiction** ( administrative et judiciaire ) dont jouissent **anormalement** les actes de gouvernement, « *double incompétence que seul, évidemment, le Tribunal des conflits, supérieur commun des deux ordres de juridiction, a le pouvoir d'affirmer.* » ( **Professeur René CHAPUS**, L'acte de gouvernement, monstre ou victime?, Dalloz 1958, chr. p. 6 ).

Il serait **paradoxal**, au regard de cette norme constitutionnelle, de rétablir dans l'ordonnancement juridique républicain l'article **26** de la **loi** du 24 Mai 1872, fondement textuel de **l'acte de gouvernement**, que le législateur vient d'abroger.

Le **principe de non-contradiction** s'impose ici : dès lors que le vœu du législateur est de **prévenir le conflit négatif** ( articles **32 à 36** du **décret** n°2015-233 du 27 Février 2015 ) et, partant, **un risque de déni de justice prohibé par l'article 16 DDH**, toute situation analogue doit bénéficier de la **même protection juridictionnelle**.

Or, comme susdit, la notion d'**acte de gouvernement** abolit, dans sa définition même, **tout contrôle juridictionnel, alors même que sont en jeu, comme en l'espèce, des droits fondamentaux**. Ni le **juge administratif** ni le **juge judiciaire** ( hors le cas de la **voie de fait** qui est exclusive de l'acte de gouvernement ) ne se reconnaîtront compétents pour contrôler la légalité d'une action ou d'une omission de l'exécutif pouvant recevoir une telle qualification.

C'est dire que le juge qui estime ne pas être compétent, en considérant qu'il est en présence d'un **acte de gouvernement**, considère implicitement, mais nécessairement, **qu'aucune juridiction de l'autre ordre ne le serait davantage**.

Dans cette hypothèse d'existence alléguée d'un acte de gouvernement, la première condition prévue par l'ancien article **34** du **décret** du 26 Octobre 1849 Régulant les formes de procéder du Tribunal des conflits ( **déclaration préalable d'incompétence d'un premier ordre de juridiction** ) doit être **réputée remplie**. L'**obligation** de saisir le **Tribunal des conflits** en découle naturellement.

Une fois tranchée la question de **compétence**, l'ordre ou les ordres de juridiction désignés par le **Tribunal des conflits** auront à déterminer les mesures à édicter aux fins de mettre un terme à l'abstention illicite de l'exécutif. Ce second moment du procès intéressera l'**exercice des pouvoirs** du **juge compétent**, se traduisant par l'**annulation de la décision illégale** et la délivrance d'une **injonction de faire** quand la décision du juge « *implique nécessairement ( ... ) une mesure d'exécution dans un sens déterminé* »( art. **L. 911-1** CJA ).

On comprend, aisément, dès lors que l'article **16 DDH**, qui consacre la **garantie des droits** comme norme suprême, s'oppose à une décision par laquelle le **Tribunal des conflits** jugerait qu'une affaire ne relèverait ni d'une juridiction française ni d'une juridiction étrangère ou arbitrale.

C'est dire que toute action alléguant de façon défendable – comme en l'espèce – une **violation des droits fondamentaux** commise par une autorité publique nationale ( qui **laisse perdurer un discrédit social** et **inachevée la garantie des droits** ) ressortit **nécessairement** à la compétence d'au moins une juridiction française, sauf à conclure à la compétence d'une juridiction étrangère ou arbitrale.

\*

Comme l'ont explicité les développements qui précèdent la **théorie de l'acte de gouvernement** qui, dans le langage **nietzschéen** relève du penchant **dionysiaque** ( l'excès, la démesure, l'ivresse ), par opposition à l'**ordre public de protection individuelle** qui, lui, procède du **principe apollinien** ( l'équilibre, la mesure, la sagesse ), n'a plus sa place dans une **Société démocratique** et un **Etat de droit** comme l'est et doit le demeurer la France.

Aussi, l'occasion était-elle donnée au législateur de mettre un terme définitif à cette dérive arbitraire et à purger l'ordonnancement juridique républicain de ce « **symbole défectueux qu'est l'acte de gouvernement** », selon l'heureuse et toujours actuelle expression du **Doyen Paul DUEZ** ( Les actes de gouvernement, 1935, Dalloz 2006, conclusion, p. 210 ).

Les requérants se rangent, dès lors, pour le succès de leurs **légitimes prétentions** et dans le libre exercice de leur recours au service du **Bien commun**, sous les auspices de la **Raison universelle** ( le **Droit**, selon la formule de **PORTALIS** ), **nécessaire à la démocratie** et **intemporelle** :

« *Il existe une loi vraie, c'est la droite raison, conforme à la nature, répandue dans tous les êtres, toujours d'accord avec elle-même, non sujette à périr, qui nous appelle impérieusement à remplir notre fonction, nous interdit la fraude et nous en détourne ( ... ). A cette loi nul amendement n'est permis, il n'est licite de l'abroger ni en totalité ni en partie. ( ... ) Cette loi n'est pas autre à Athènes, autre à Rome, autre aujourd'hui, autre demain, c'est la seule et même loi éternelle et immuable, qui régit toutes les nations et en tous temps. ( ... )* **CICERON**, *De la République*, III, 27, trad. **Charles APPUHN** ( **Dictionnaire Culturel en langue française**, Le Robert 2005, Tome II, v° **Droit**, pp. 210 – 211 ).

.../...

### 3-2 / LA LETTRE DE LA LOI : L'ABANDON DE LA THEORIE DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT

Aux termes de l'article **1er** de la **loi** du 24 Mai 1872 relative au Tribunal des conflits, dans sa rédaction issue de l'article **13** de la **loi** n°2015-177 du 16 Février 2015 relative à la modernisation et à la simplification de la justice et des procédures, entrée en vigueur le 1er Avril 2015 ( article **13, III** de la **loi** n°2015-177 du 16 Février 2015 et article **50** du **décret** d'application n°2015-233 du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles ) :

*« Les **conflits d'attribution** entre la **juridiction administrative** et la **juridiction judiciaire** sont **réglés** par un **Tribunal des conflits** composé en nombre égal de membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. »*

Quant aux articles **12** à **16** de ladite loi, ils disposent respectivement :

*« Art 12. - Le Tribunal des conflits **règle le conflit d'attribution** entre les deux ordres de juridiction, **dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat** :*

*1° Lorsque le représentant de l'Etat dans le département ou la collectivité a élevé les conflits dans le cas prévu à l'article 13;*

*2° Lorsque les juridictions de l'un et l'autre ordre se sont déclarés respectivement incompétentes pour connaître d'un litige ayant le même objet;*

*3° Lorsqu'une juridiction de l'un ou l'autre ordre lui a renvoyé la question de compétence soulevée dans un litige. »*

*« Art. 13. – Lorsque le représentant de l'Etat dans le département ou la collectivité estime que la connaissance d'un litige ou d'une question préjudicielle portée devant une **juridiction de l'ordre judiciaire** relève de la compétence de la **juridiction administrative**, il peut, alors même que l'administration ne serait pas en cause, demander à la juridiction saisie de déclinier sa compétence. »*

*« Art. 14. – Le conflit d'attribution entre les juridictions judiciaires et administratives ne peut être élevé en matière pénale. »*

*Il peut être élevé en toute autre matière, sauf sur l'action civile dans les cas mentionnés à l'article 136 du code de procédure pénale. »*

*« Art. 15. – Le Tribunal des conflits peut être saisi des **décisions définitives** rendues par les juridictions administratives et judiciaires dans les instances introduites devant les deux ordres de juridiction, pour des litiges portant sur le même objet, lorsqu'elles présentent une **contrariété conduisant à un déni de justice**.*

« Sur les litiges qui lui sont ainsi déferés, le Tribunal des conflits **juge au fond**, à l'égard de toutes les parties en cause. Ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours.

« Art. 16. – Le Tribunal des conflits est seul compétent pour connaître d'une **action en indemnisation** du préjudice découlant d'une **durée totale excessive des procédures** afférentes à un même litige et conduites entre les mêmes parties devant les juridictions des deux ordres en raison des règles de compétence applicables et, le cas échéant, devant lui. »

Il ressort de ces textes :

1°) que la loi ( articles **1er** et **12** ) confie au **Tribunal des conflits** la mission de **régler les conflits d'attribution** entre les **deux ordres de juridiction**, administratif et judiciaire;

2°) les articles **12, 1°** et **13** concernent le **conflit positif**;

3°) l'article **12, 2°** traite du **conflit négatif**;

4°) l'article **12, 3°** est relatif à la **prévention du conflit négatif**;

5°) l'article **15** investit le **Tribunal des conflits** du pouvoir de **trancher au fond** un litige jugé successivement par une juridiction administrative et une juridiction judiciaire dont les décisions s'opposent par une **contrariété conduisant à un déni de justice**;

6°) l'article **16** attribue au **Tribunal des conflits** la connaissance des **actions en indemnisation** en cas de **durée totale excessive de procédures**.

Dans chacun des cas énumérés par la loi, le **Tribunal des conflits** possède une **compétence d'attribution** dont le but est de procurer une **protection juridictionnelle effective** aux justiciables.

Le Tribunal doit, en effet, apporter une solution au problème dont il est saisi :

- soit en **désignant** la juridiction compétente pour juger au fond le litige ( articles **12** et **13** );

- soit en **tranchant lui-même au fond** le litige en cas de contrariété entre des décisions des deux ordres de juridiction ( article **15** );

- soit en **indemnisant** les justiciables lésés par une durée excessive des procédures devant les deux ordres de juridiction ( article **16** ).

La loi est **précise** et dispose notamment, dans le cas des articles **12** et **13**, que le Tribunal des conflits **règle** le conflit d'attribution entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire.

**Régler** signifie, dans le langage courant, que la langue juridique ne vient pas contrarier, **apporter une solution définitive à un problème** : « *Résoudre définitivement, terminer.* » ( Dictionnaire Le Petit Robert 2014, v° REGLER, p. 2168 ).

C'est dire que, saisi d'un **conflit positif** ( articles **12, 1°** et **13** ), d'un **conflit négatif** ( article **12, 2°** ) ou de sa **prévention** ( article **12, 3°** ), le **Tribunal des conflits** a l'**obligation** de désigner la **juridiction compétente** pour connaître de l'affaire **au fond**.

La loi entend manifestement rompre avec l'ancienne jurisprudence du Tribunal des conflits inspirée par la **fausse théorie de l'acte de gouvernement**, aux termes de laquelle celui-ci se reconnaissait le pouvoir de ne désigner aucune juridiction française pour juger de l'affaire au fond ( v. **TC, 02 Février 1950, Radio Andorre** ).

Le législateur s'est, de la sorte, conformé à la jurisprudence du **Conseil constitutionnel** qui peut se réclamer de l'article **62, alinéa 3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, lequel attache aux décisions du **Conseil constitutionnel** une **autorité de la chose jugée erga omnes** :

*« Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »*, parmi celles-ci, le **Conseil d'Etat** et le **Tribunal des conflits**.

Très tôt, le **Conseil constitutionnel** a donné à cette norme une **portée maximale** en décidant que *« l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ; »*

( **CC, décision n°62-18 L du 16 Janvier 1962**, Nature juridique des dispositions de l'article 31 - alinéa 2 - de la loi n°60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole ).

Le **Conseil constitutionnel** a, en effet, dès **1987**, dressé un **diptyque** de la compétence juridictionnelle en mettant en exergue le principe de la compétence du juge administratif pour connaître du contentieux des *« décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif »* :

*« 15. Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa **généralité** le **principe de séparation des autorités administratives et judiciaires** n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la **conception française de la séparation des pouvoirs**, figure au nombre des "**principes fondamentaux reconnus par les lois de la République**" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la **juridiction administrative** l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des **prérogatives de puissance publique**, par les **autorités exerçant le pouvoir exécutif**, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ; ( ... ) »*

( **CC, décision n°86-224 DC du 23 Janvier 1987**, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, consid. **15** );

« **19.** *Considérant que, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des " principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ", celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la **juridiction administrative** l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des **prérogatives de puissance publique**, par les **autorités exerçant le pouvoir exécutif**, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;* »

( CC, décision n°89-261 DC du 28 Juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, consid. 19 ).

La méconnaissance par le législateur du **principe de séparation des autorités administratives et judiciaires** trouve sa sanction dans la censure de la loi :

« ( ... )

29. *Considérant par ailleurs, que la **bonne administration de la justice** commande que l'exercice d'une **voie de recours appropriée** assure la **garantie effective des droits des intéressés** ; que, toutefois, cette exigence, qui peut être satisfaite aussi bien par la **juridiction judiciaire** que par la **juridiction administrative**, ne saurait à elle seule autoriser qu'il soit porté atteinte à un principe de valeur constitutionnelle ;*

30. *Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'article 10 de la loi déferée, qui méconnaît un **principe fondamental reconnu par les lois de la République**, réaffirmé par le **préambule de la Constitution de 1946** et auquel se réfère le **préambule de la Constitution de 1958**, doit être déclaré **contraire à la Constitution** ;*

( CC, décision n°89-261 DC du 28 Juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, consid. 29 et 30 ).

Le **Conseil constitutionnel** reconnaît, à cet égard, au législateur le pouvoir « *d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel intéressé* » aux fins d'**éviter les divergences de jurisprudence** :

( ... )

16. *Considérant cependant que, dans la **mise en oeuvre de ce principe**, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des **contestations contentieuses diverses** qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la **juridiction administrative** et la **juridiction judiciaire**, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une **bonne administration de la justice**, d'**unifier les règles de compétence juridictionnelle** au sein de l'ordre juridictionnel **principalement intéressé** ;*

17. *Considérant que, si le conseil de la concurrence, organisme administratif, est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le **juge pénal** participe également à la répression des pratiques anticoncurrentielles sans préjudice de celle d'autres infractions intéressant le droit de la concurrence ; qu'à des titres divers le **juge civil** ou **commercial** est appelé à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence ; que la loi présentement examinée tend à **unifier sous l'autorité de la cour de cassation** l'ensemble de ce contentieux spécifique et ainsi à **éviter** ou à **supprimer des divergences** qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence ;*

.../...

18. Considérant dès lors que cet **aménagement précis et limité** des règles de compétence juridictionnelle, justifié par les **nécessités d'une bonne administration de la justice**, ne méconnaît pas le principe fondamental ci-dessus analysé tel qu'il est reconnu par les lois de la République ;

( CC, décision n°86-224 DC du 23 Janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, consid. 16 à 18 ).

Ce principe est bien reçu par le **Tribunal des conflits** :

« ( ... ) par application des dispositions de l'article 34 de la Constitution en vertu desquelles la loi fixe les règles concernant les **garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques**, c'est au **législateur seul** qu'il appartient de fixer les **limites de la compétence des juridictions administratives et judiciaires**; ( ... ) »  
( TC, 20 Octobre 1997, M. ALBERT c/ CPAM de l'Aude et autres, n°3032 ).

Les motifs attribuant **compétence de principe à la juridiction administrative** pour contrôler la légalité des décisions prises par la **Puissance publique**, doivent être conjugués avec ceux qui portent sur la **garantie des droits** que l'article 16 de la **Déclaration des droits de l'homme** du 26 Août 1789 ( DDH ) rend **indissociable de la séparation des pouvoirs** :

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

Ainsi, la faculté d' « **aménagement précis et limité** des règles de compétence juridictionnelle, justifié par les **nécessités d'une bonne administration de la justice** » ( consid. 16 à 18 précités ) ne suffit pas à faire échapper la loi à la censure du juge constitutionnel, lorsque est méconnue la **garantie des droits** ( art. 16 DDH ) :

« ( ... )

19. Mais considérant que la loi déferée au Conseil constitutionnel a pour effet de priver les justiciables d'une des **garanties essentielles à leur défense** ;

20. Considérant en effet que le troisième alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose que **le recours formé contre une décision du conseil de la concurrence "n'est pas suspensif"** ; que cette disposition n'aurait pas fait obstacle à ce que, conformément à l'article 48 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et au décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, le Conseil d'État pût, à la demande du requérant, accorder un **sursis à l'exécution** de la décision attaquée si son exécution risquait d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissaient sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée ;

21. Considérant au contraire, que la cour d'appel de Paris, substituée par la loi présentement examinée au Conseil d'État, saisie d'un recours contre une décision du conseil de la concurrence, ne pourrait prononcer **aucune mesure de sursis à exécution** ; qu'en effet, la loi a laissé subsister dans son intégralité le troisième alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et **n'a pas donné à la cour d'appel le pouvoir de différer l'exécution** d'une décision de caractère non juridictionnel frappée d'un recours auquel est dénié tout effet suspensif, et ceci quelle que soit la gravité des conséquences de l'exécution de la décision et le sérieux des moyens invoqués contre celle-ci ;

.../...

22. Considérant que, compte tenu de la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le **droit pour le justiciable** formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un **sursis à l'exécution** de la décision attaquée constitue une **garantie essentielle des droits de la défense** ;

23. Considérant dès lors que les dispositions de l'article 2 de la loi présentement examinée ne sont pas conformes à la Constitution ; que, les dispositions de l'article 1er n'en étant pas séparables, la loi doit, dans son ensemble, être regardée comme non conforme à la Constitution ;

( **CC, décision n°86-224 DC du 23 Janvier 1987**, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, consid. **19 à 23** ).

Il est manifeste, dans ces conditions, que :

1°) Les considérants **15, 19 à 23** précités de la **décision n°86-224 DC du 23 Janvier 1987**, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence,

sont le **soutien nécessaire** et le **fondement même** du **dispositif** ( article **1er** ) par lequel le **Conseil constitutionnel** déclare « *La loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence* » **contraire dans son entier à la Constitution**.

( **CC, décision n°86-224 DC du 23 Janvier 1987**, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, consid. **19 à 23** ).

2°) De même, le considérant **19** de la **décision n°89-261 DC du 28 Juillet 1989**, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France,

aux termes duquel :

« **19. Considérant que, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des " principes fondamentaux reconnus par les lois de la République "**, celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la **juridiction administrative** l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des **prérogatives de puissance publique**, par les **autorités exerçant le pouvoir exécutif**, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ; »

est le **soutien nécessaire** et le **fondement même** du **dispositif** ( article **1er** ) par lequel le **Conseil constitutionnel** déclare « *L'article 10 de la loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France* » **contraire à la Constitution** ( **CC, décision n°89-261 DC du 28 Juillet 1989**, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, consid. **19** ).

Ces motifs jouissent, dès lors, de l'**autorité de chose jugée erga omnes** que l'article **62, alinéa 3** attache aux décisions du **Conseil constitutionnel**.

On tire de la jurisprudence du **Conseil constitutionnel** qu'à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire et sauf faculté du législateur d'unifier les règles de compétence au sein d'un seul ordre de juridiction, pour répondre aux nécessités d'une bonne administration de la justice, le **principe** demeure que le contentieux des décisions prises, dans l'**exercice des prérogatives de puissance publique** par les **autorités exerçant le pouvoir exécutif** appartient à la **juridiction administrative**.

On en déduit logiquement que les **pouvoirs publics**, de même que **toutes les autorités administratives et juridictionnelles**, notamment le **Conseil d'Etat** et le **Tribunal des conflits** doivent reconnaître qu'une décision, tel le **refus** du **Premier ministre de déposer un projet de loi** tendant à transposer une norme de droit dérivé de l'Union européenne, comme une **directive** ou une **décision-cadre**, doit pouvoir être déférée à la censure d'un juge qui, **en l'absence de dispositions législatives contraires**, est le **juge administratif** et, plus précisément, le **Conseil d'Etat** lui-même.

Ainsi, **l'absence de dispositions législatives** désignant spécialement un ordre de juridiction pour connaître du contentieux des actes du Premier ministre, dans sa **fonction pro-législative** ( **amorcer un processus législatif** ) n'est pas susceptible de priver les requérants d'une **protection juridictionnelle effective** ( art. **16 DDH** ), mais, inversement, a pour conséquence de ne pas retirer au **Conseil d'Etat** sa **compétence de principe**, que celui-ci, doit, en conséquence, assumer.

**3-3 / L'INCOMPATIBILITE DU DECRET AVEC LA NORME  
LEGISLATIVE QU'IL EST CENSE APPLIQUER**

Sont, ici, en cause, les articles **32**, **34** ( **prévention du conflit négatif** ), **37** et **38** ( **conflit négatif ouvert** ) du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** :

**Art. 32.** – *Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle **estime** que **le litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi**, doit, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision du tribunal.*

**Art. 34.** – *Si le Tribunal des conflits **estime** que la juridiction qui a prononcé le renvoi n'est pas compétente pour connaître de l'action ou de l'exception ayant donné lieu à ce renvoi, il déclare nuls et nonavenus, sauf la décision de renvoi elle-même, l'ensemble des jugements et actes de procédure auxquels cette action ou exception a donné lieu devant la juridiction qui a prononcé le renvoi ainsi que devant toutes autres juridictions du même ordre.*

*S'il **estime** que la juridiction de l'autre ordre a rendu à tort sur le même litige ou la même exception, entre les mêmes parties, un jugement d'incompétence, le Tribunal des conflits déclare nul et non avenu le jugement de la juridiction qui a décliné à tort sa compétence et renvoie l'examen du litige ou de l'exception à cette juridiction.*

**Art. 37.** – *Lorsque les juridictions de chacun des deux ordres se sont irrévocablement déclarées incompétentes sur la même question, sans que la dernière qui a statué n'ait renvoyé le litige au Tribunal des conflits, les parties intéressées peuvent le saisir d'une requête **aux fins de désignation de la juridiction compétente**.*

*La requête expose les données de fait et de droit ainsi que l'objet du litige et est accompagnée de la copie des décisions intervenues.*

**Art. 38.** – *Le recours devant le Tribunal des conflits est introduit dans les **deux mois** à compter du jour où la dernière en date des décisions d'incompétence est devenue irrévocable.*

Il doit être, ici, rappelé que le règlement a pour mission d'appliquer la loi ( articles **12** et **13**) dont l'objet est le **règlement des conflits d'attribution**.

Or, pour prétendre *régler* la situation de **conflit négatif** ( articles **37** et **38** du décret ) et sa **prévention** ( articles **32** et **34** du décret ), le **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** reconnaît aux **juridictions de renvoi** ( **juge a quo** ) et au **Tribunal des conflits** ( **juge ad quem** ) un **pouvoir discrétionnaire** dans l'appréciation de la compétence d'attribution.

C'est ce que révèle l'utilisation, à trois reprises, aux articles **32** et **34** du décret susvisé, du terme « *estime* » qui connote un **jugement non motivé**, manifestement contraire aux prescriptions de l'article **16 DDH** garantissant le **droit à un recours juridictionnel effectif**.

Ainsi, de l'article **32** du décret attaqué il ressort que la juridiction saisie en second d'un litige, pour la connaissance duquel la compétence a été irrévocablement déclinée par une juridiction de l'autre ordre, n'aura pas l'obligation de saisir le Tribunal des conflits si elle estime que le litige ne ressortit pas à l'ordre de juridiction primitivement saisi.

Cette situation est, à l'évidence, celle que recouvre l'**acte de gouvernement**, savoir l'incompétence de l'ordre juridictionnel français pour connaître du contentieux touchant aux rapports des pouvoirs constitutionnels.

Une rédaction plus respectueuse de la mission conférée par la loi au décret se serait attachée, aux fins de **prévenir effectivement le conflit négatif**, à rendre **obligatoire** la saisine du **Tribunal des conflits** par la juridiction **s'estimant incompétente** à la suite de la déclaration d'incompétence d'une juridiction de l'autre ordre.

De même, il résulte de la combinaison des **deux alinéas** de l'article **34** du décret n°2015-233 du 27 Février 2015 que le **Tribunal des conflits** pourra très bien annuler la procédure suivie devant la juridiction de renvoi sans, pour autant, renvoyer l'examen du litige ou de l'exception à la juridiction ayant décliné, la première en date, sa compétence.

Là encore, seule la référence implicite à la **théorie des actes de gouvernement** peut expliquer – mais non justifier – une telle disposition réglementaire.

A l'identique, l'article **37** du décret susvisé, s'il permet aux justiciables confrontés à un **conflit négatif déclaré** de saisir le **Tribunal des conflits** « *aux fins de désignation de la juridiction compétente* », **aucune garantie** ne leur est fournie quant à l'**effectivité** de la désignation par celui-ci de la juridiction compétente. Il est significatif, dans cet ordre d'idées, de relever l'**absence de toute disposition prescriptive** à l'égard du **Tribunal des conflits** sous la forme « *Le Tribunal des conflits désigne, dans ce cas, la juridiction compétente.* »

Le **Tribunal des conflits** s'autorisera, dès lors, dans la conception des rédacteurs du décret attaqué, à avoir la même appréciation que celle qui l'aurait conduit, dans le cas de l'article **34** (**prévention du conflit négatif**), à écarter la compétence tant de l'ordre administratif que de l'ordre judiciaire et créer ipso facto un **déni de justice**.

En outre, le décret ( article **38** ) rompt **sans justification ni nécessité** avec la solution jurisprudentielle antérieurement dégagée par le **Tribunal des conflits**, en cas de **conflit négatif ouvert**, aux termes de laquelle :

« ( ... ) *ni les dispositions ( de l'article 17 du décret des 26-28 Octobre 1849 ) ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'impartit de délai aux parties pour exercer un tel recours; ( ... )* » ( **TC, 1er Juillet 2002, M. LE COAT, n°3299** ).

**Nulle raison impérieuse d'intérêt général** ne peut, en effet, justifier que la saisine du Tribunal des conflits, dont l'objet est de **faire cesser un déni de justice**, soit enfermée dans un délai aussi court de **deux mois**.

La logique qui préside – ou devrait présider, au vu de l'article **16 DDH** - à la récente réforme législative est inverse : le recours tendant à **faire cesser un déni de justice** doit être maintenu ouvert **tant que dure cette injustice**.

A l'évidence, les solutions auxquelles conduisent l'application du décret litigieux sont **incompatibles** avec la loi qu'il est censé appliquer dont l'objet est de **régler le conflit d'attribution** et de **prévenir le déni de justice** que prohibe l'article **16 DDH** ( v. la proposition d'amendement de **Maître Philippe KRIKORIAN** du 10 Février 2014).

\*

**II-C-2-d/ L'ABSENCE DE MESURES TRANSITOIRES EST CONTRAIRE  
AU PRINCIPE DE SECURITE JURIDIQUE ET PARALYSE L'EXERCICE  
EFFECTIF DU DROIT CONSTITUTIONNEL D'ACCES AU JUGE DU CONFLIT**

On sait, à cet égard, que l'**autorité investie du pouvoir réglementaire** est tenue d'édicter, pour des motifs de **sécurité juridique**, les **mesures transitoires** qu'implique, s'il y a lieu, une **réglementation nouvelle**, si les règles nouvelles sont susceptibles de porter une **atteinte excessive** à des **situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées** ( CE, Ass. 24 Mars 2006, Société KPMG, n°288460, 288465, 288474, 288485 ) ou aux **intérêts publics ou privés en cours** ( CE, Section, 13 Décembre 2006, n°287845 ).

Or, il est constant, comme susdit, que

1°) **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN,**

2°) **Monsieur et Madame Jean AGOPIAN,**

3°) **Monsieur Jean-Marie AGOPIAN,**

4°) **Monsieur Gilbert BEGUIAN,**

5°) **Monsieur Jacques KURKDJIAN,**

6°) **Monsieur Jean JURAMY,**

ont, par acte du 19 Novembre 2014, saisi le **Tribunal des conflits**, sur le fondement de l'article 17 du **décret** du 26 Octobre 1849, aux fins de voir désigner la ou les juridictions compétentes pour connaître de leur demande tendant à faire délivrer injonction au Premier ministre de déposer un projet de loi ayant pour objet de transposer la **décision-cadre** 2008/913/JAI du Conseil du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ( JOUE 06 Décembre 2008, I. 328/55 ).

Or, l'article 17 du **décret** du 26 Octobre 1849, fondement juridique de leur recours, a été **abrogé** par l'article 49 du **décret** n°2015-233 du 27 Février 2015, lequel ne réserve pas le cas des **instances introduites devant le Tribunal des conflits avant son entrée en vigueur**.

De plus, l'article **50, alinéa 2** du décret litigieux ne précise son application dans le temps qu'en ce qui concerne les **conflits positifs**: les dispositions législatives et réglementaires les concernant « *sont applicables aux procédures donnant lieu à un déclinatoire de compétence présenté à compter du 1er avril 2015.* »

Ainsi, en application du décret attaqué ( articles **37, 49** et **50, alinéa 1er** ), le **Tribunal des conflits** pourrait se considérer comme **dessaisi** dudit recours dès lors que l'arrêt rendu le 30 Janvier 2014 par lequel la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** s'est, à son tour, **déclarée incompétente** pour connaître du même litige pour lequel le **Conseil d'Etat** avait décliné sa propre compétence par arrêt du 26 Novembre 2012, **n'est pas irrévocable**, pour avoir été frappé d'un **pourvoi pendant devant la Cour de cassation**.

.../...

La solution est **nouvelle** par rapport à l'ancien droit, qui n'exigeait pas que les décisions déclinant la compétence des deux ordres de juridiction **fussent irrévocables** ( **TC, 06 Novembre 1967, Sté des bois du Sud c/ Sté néo-calédonienne d'énergie**, n°1896 ).

Il était nécessaire, dès lors, aux fins d'assurer une **protection juridictionnelle effective** aux justiciables qui, à l'instar des requérants susnommés, ont saisi le **Tribunal des conflits avant l'entrée en vigueur** du décret attaqué, de prévoir que celui-ci ne s'appliquerait qu'aux instances introduites à compter du 1er Avril 2015.

En effet, le **Conseil d'Etat** juge que « *l'exercice du pouvoir réglementaire implique pour son détenteur la possibilité de modifier à tout moment les normes qu'il définit sans que les personnes auxquelles sont, le cas échéant, imposées de nouvelles contraintes, puissent invoquer un droit au maintien de la réglementation existante ; qu'en principe, les nouvelles normes ainsi édictées ont **vocation à s'appliquer immédiatement**, dans le respect des exigences attachées au **principe de non-rétroactivité** des actes administratifs ; que, toutefois, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire, agissant dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle, d'édicter, pour des **motifs de sécurité juridique**, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, cette réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une **atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause** ; »*

( **CE, Section, 13 Décembre 2006**, n°287845 ).

Le défaut de mesures transitoires est sanctionné par l'**annulation** du décret.

C'est le même **principe de sécurité juridique** qui préside à la règle jurisprudentielle mise en exergue par la **Cour de cassation** selon laquelle **doit être écartée l'application immédiate** d'une règle de prescription nouvelle dans une instance en cours dès lors qu'elle « *aboutirait à priver la ( partie à qui elle est opposée ) d'un **procès équitable**, au sens de l'article 6 § 1 de la **Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, en lui **interdisant l'accès au juge**; ( ... ) »*

( **Cass. Ass. Plén. 21 Décembre 2006, Sté La Provence c/ Mme Véronique D.**, n°A 00-20.493 ).

A défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, le **dessaisissement du Tribunal des conflits** qu'entraînerait l'**application immédiate** de la **nouvelle réglementation** à l'instance introduite par les requérants ( **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et a. susnommés** ) le 19 Novembre 2014, savoir, **avant son entrée en vigueur**, ferait subir, au regard de l'objet et des effets des nouvelles dispositions réglementaires, aux **intérêts privés en cours**, des **conséquences manifestement excessives et contraires au principe de sécurité juridique**.

Il y aura lieu, partant, d'**annuler le décret n°2015-233 du 27 Février 2015 en tant qu'il ne comporte pas de mesures transitoires relatives aux instances en cours** devant le **Tribunal des conflits** à la date de son entrée en vigueur intervenue, conformément à l'article **1er** du Code civil, le 1er Avril 2015, date fixée par son article **50, alinéa 1er**.

\*

.../...

**PAR CES MOTIFS**

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

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

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

Vu la **Constitution** du 4 Octobre 1958, notamment ses articles **1er, 13, 34, 55, 61-1** et **62, alinéa 2**, ensemble les articles **23-1** à **23-12** de l'**ordonnance** n°58-1067 du 07 Novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel,

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

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

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

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

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

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

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

Vu la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques,

Vu la **loi** n°2015-177 du 16 Février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures,

Vu le **décret** n°2015-233 du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles,

**AVANT DIRE DROIT**

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

**1°) ADRESSER** à la **Cour de justice de l'Union européenne** les **demandes de décisions préjudicielles** suivantes :

.../...

« 1-a°) **Le droit de l'Union européenne**, en particulier les articles 49 à 62 TFUE, 101 à 109 TFUE, l'article 47 de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**, la **directive 77/249/CEE du Conseil du 22 Mars 1977** tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats et la **directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 Février 1998** visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, **doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation et à une réglementation nationales** telles que l'article 91 de la **loi sur les finances du 28 Avril 1816**, l'**ordonnance du 10 Septembre 1817 ( Louis XVIII )**, les articles 4 et 5 de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, l'article 13 de la **loi n°2015-177 du 16 Février 2015** relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, l'article 5 du **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, les articles 973 et suivants du Code de procédure civile ( **Cour de cassation** ), les articles **R. 432-1, R. 821-3 et R. 834-3 CJA ( Conseil d'Etat )** et l'article 17 du **décret du 26 Octobre 1849 ( Tribunal des conflits )**, en tant que ceux-ci sont susceptibles d'être interprétés comme **imposant aux parties souhaitant saisir l'une des Cours suprêmes précitées d'avoir recours à un Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, officier ministériel, à l'exclusion des Avocats inscrits à un Barreau français, ceux-ci subissant, ainsi, un abus de position dominante ?**

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

**1-c°) la « Charte organique de collaboration » adoptée en Juin 2010 entre l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et le Conseil National des Barreaux doit-elle être considérée comme une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 101 TFUE, en tant que telle interdite par le traité, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et a pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur; en excluant les Avocats du prétoire des cours suprêmes françaises et en diminuant la qualité des prestations juridiques fournies aux justiciables ( solution de continuité dans la stratégie de défense définie par l'Avocat et son client ) ?**

**1-d°) « Les articles 4 § 3 et 19 § 1, alinéa 2 TUE, les articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une pratique jurisprudentielle propre au Conseil d'Etat et au Tribunal des conflits français, telle que la théorie des actes de gouvernement, anciennement cristallisée par l'article 26 de la loi du 24 Mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'Etat, et aujourd'hui par l'article 12 de la loi du 24 Mai 1872 relative au Tribunal des conflits, ainsi que par les articles 5, 32, 34, 37 et 38 du décret n°2015-233 du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, sur le fondement de laquelle théorie certains actes de l'exécutif national sont exclus du contrôle juridictionnel, au motif qu'ils touchent aux relations avec le Parlement ou à la conduite des relations diplomatiques de l'Etat, alors même que de tels actes sont susceptibles de violer les droits fondamentaux, notamment le droit à une protection juridictionnelle effective, en empêchant que soit désignée la juridiction nationale compétente pour contrôler la légalité du refus de transposer en droit interne un acte de droit dérivé, telle la DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL du 28 Novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ? » ;**

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

**2-a°) l'article 91 de la loi sur les finances du 28 Avril 1816,**

**2-b°) l'ordonnance du 10 Septembre 1817 ( **Louis XVIII** ),**

**2-c°) à l'article 4 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, les mots « , **sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** » ) et à l'article 5 de la même loi, les mots « , **sous les réserves prévues à l'article précédent** » );**

**2-d°) à l'article 12 de la loi du 24 Mai 1872 relative au Tribunal des conflits, dans sa rédaction issue de l'article 13, I, 3° de la loi n°2015-177 du 16 Février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, les mots « , **dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat** » ;**

**3°) CONSTATER :**

**3-a°) la caducité de l'article 91 de la loi sur les finances du 28 Avril 1816, comme n'ayant pas été suivi de la loi d'application qu'il annonce ;**

**3-b°) l'abrogation implicite de l'article 91 de la loi sur les finances du 28 Avril 1816 et de l'ordonnance du 10 Septembre 1817 ( **Louis XVIII** ), au plus tard par la **Constitution** du 04 Octobre 1958 ;**

EN TOUT ETAT DE CAUSE ET EN CONSEQUENCE,

**4°) DECLARER ILLEGAUX, comme privés de base légale :**

**4-a°) le décret n°88-814 du 12 Juillet 1988 relatif à la nomination et à la cessation de fonctions des officiers publics et ministériels ;**

**4-b°) le décret n°91-1125 du 28 Octobre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ;**

**4-c°) le décret n°78-380 du 15 Mars 1978 portant application à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles ;**

**4-d°) les articles 973 et suivants du Code de procédure civile ( **Cour de cassation** ),**

**4-e°) les articles R. 432-1, R. 821-3 et R. 834-3 CJA ( **Conseil d'Etat** ),**

**4-f°) l'article 17 du décret du 26 Octobre 1849 ( **Tribunal des conflits** ),**

ainsi que **tous autres règlements** qui en seraient la suite, l'application, l'exécution ou qui s'y rattacheraient par un lien de dépendance nécessaire ;

**5°) ANNULER le décret n°2015-233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, **en tant qu'il ne comporte pas de mesures transitoires relatives aux instances en cours** devant le **Tribunal des conflits** à la date de son entrée en vigueur intervenue, comme l'indique son article **50, alinéa 1er**, conformément à l'article **1er** du Code civil, le 1er Avril 2015 ;

EN CONSEQUENCE,

Vu les articles **L. 911-1 et L. 911-3** du Code de justice administrative,

**6°) ENJOINDRE au Premier ministre**, dans le délai d'**un mois** à compter de la décision à intervenir et sous astreinte de **1 000,00 € ( MILLE EUROS )** par jour de retard, d'édicter, au titre des **mesures transitoires relatives aux instances en cours** devant le **Tribunal des conflits** à la date de son entrée en vigueur, un **décret** complétant le **décret n°2015-233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles et précisant que celui-ci ne sera applicable, s'agissant des **conflits négatifs** ( articles **37 et 38** ) qu'aux requêtes présentées à compter du 1er Avril 2015;

**7°) ANNULER les articles 5, 32, 34, 37 et 38 du décret n°2015-233 du 27 Février 2015** relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles ;

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

**8°) CONDAMNER l'Etat** pris en la personne de **Monsieur le Premier Ministre** à payer à **chacun des requérants** la somme de **6 000,00 € ( SIX MILLE EUROS )** avec intérêts au taux légal à compter du 27 Février 2015, date de l'édiction de la décision attaquée, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens, ainsi qu'aux **entiers dépens**;

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

Fait à Marseille, le **30 Avril 2015**

Pour les requérants,

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

.../...

**I-/ PRODUCTIONS**

1. **Décret n°2015-233** du 27 Février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles
2. **Loi n°2015-177** du 16 Février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures
3. **Arrêt n°350492** rendu le 26 Novembre 2012 par le **Conseil d'Etat** ( **rejet de la requête** enregistrée le 30 Juin 2011 – **incompétence de la juridiction administrative**)
4. **Arrêt n°2014/84** rendu le 30 Janvier 2014 par la **Première Chambre C** de la **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence** ( **RG n°13/11760** – **incompétence de la juridiction judiciaire** – dix-sept pages )
5. **Facture d'un montant de 8 400,00 € TTC** établie le 23 Juin 2014 par **Maître Yves RICHARD**, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ( **Monsieur et Madame Grégoire KRIKORIAN et a.**, - **pourvoi en cassation c. CA Aix-en-Provence** 30 Janvier 2014 et **saisine directe du Tribunal des conflits** – art. 17 du décret du 26 Octobre 1849 )
6. **Tribunal des conflits**, **17 Novembre 2014**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Consorts TASHAN**, n°3968
7. **Ordonnance de référé n°15/398** du 07 Avril 2015 rendue par **Monsieur le Premier Vice-Président du Tribunal de grande instance de Marseille**, faisant droit aux demandes d'injonction de **Maître Philippe KRIKORIAN** aux fins de commission d'office d'un Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ( six pages )
8. **Mandats ( 11 ) aux fins de saisine du Conseil d'Etat**

**II-/ DOCTRINE**

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

\*\*\*

\*