

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

**ACTION AUX FINS D'INDEMNISATION –
RESPONSABILITE POUR FAUTE DE L'ETAT DU FAIT
DE SON ACTIVITE NORMATIVE
REQUETE INTRODUCTIVE D'INSTANCE**

A

**MESDAMES ET MESSIEURS LES PRESIDENT ET
CONSEILLERS DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE
MARSEILLE**

(Article **R. 312-14, 3°** du Code de justice administrative - CJA)

POUR:

Maître Philippe KRIKORIAN, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille), Président-Fondateur en exercice du **GRAND BARREAU DE FRANCE- GBF -**, dont le Cabinet est sis à MARSEILLE 13001 – **adresse postale BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20**,

Tél. 04 91 55 67 77 – courriel philippekrimorian@wanadoo.fr, site internet www.philippekrimorian-avocat.fr,

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

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

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

CONTRE :

L'ETAT, pris en la personne de :

Monsieur le Premier ministre, domicilié Hôtel Matignon, 57, Rue de Varenne 75007 PARIS ;

A raison de la **décision implicite**, acquise par l'écoulement d'un délai de **deux mois**, par laquelle il a **rejeté la demande** formée selon **lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 164 388 4080 4** expédiée le 30 Décembre 2020, reçue le 04 Janvier 2021 et tendant au paiement de la somme de **1 000 000,00 € (UN MILLION D'EUROS)** au titre de l'**indemnisation du préjudice de réputation** causé au **requérant** du fait de l'**activité normative de l'Etat** (*pièce n°10*) ;

PLAISE AU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE

.../...

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

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

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

I-A/ LA DEMANDE DU REQUERANT

Par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 164 388 4080 4** (cent douze pages ; neuf pièces inventoriées sous bordereau) expédiée le 30 Décembre 2020 et reçue le 04 Janvier 2021 (*pièce n°10*), **Maître Philippe KRIKORIAN** a demandé à **Monsieur le Premier ministre *ès qualités*** le paiement de la somme de **1 000 000,00 € (UN MILLION D'EUROS)** au titre de l'indemnisation du **préjudice de réputation** à lui causé du fait de **l'activité normative de l'Etat** et, plus spécialement, à raison de **l'édiction** :

1°) des articles **183** et **184** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat, dont **l'illégalité** a été révélée par l'application judiciaire, qui a conduit à injustement porter atteinte à sa **réputation professionnelle** en lui imputant, à tort, un **manquement déontologique qu'il n'a pas commis** (tels que ces textes ont été appliqués à son encontre notamment par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** dans son **arrêt du 29 Septembre 2016 – pièce n°3**) ;

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

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

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

*

.../...

Aucune réponse explicite n'a été apportée à la demande du **requérant**.

Du **silence** gardé par l'administration pendant **deux mois** est née, en vertu de l'article **L. 231-4, 3°** du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) (« **Par dérogation à l'article L. 231-1, le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet : (...) 3° Si la demande présente un caractère financier (...)** »), une **décision implicite de rejet** de la **demande indemnitaire** du 30 Décembre 2020.

Le contentieux est, ainsi, lié (v. infra § **II-B-2**).

*

I-B/ LA PROBLEMATIQUE DE L'EFFECTIVITE DE LA NORME LEGISLATIVE

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

D'un **système normatif cohérent** le justiciable est légitimement en droit d'attendre qu'il mette à l'abri de toute **critique institutionnelle** un **comportement qui n'est pas fautif**.

Par la présente requête, **Maître KRIKORIAN** met en jeu la **responsabilité pour faute de l'Etat** du fait de son **activité normative** et plus précisément en raison de l'édition par le **Premier ministre** :

1°) des articles **183** et **184** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat, dont l'**illégalité** a été révélée par l'**application judiciaire**, qui a conduit à injustement porter atteinte à la **réputation professionnelle** du **requérant** en lui imputant, à tort, un **manquement déontologique qu'il n'a pas commis** (tels que ces textes ont été appliqués notamment par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** dans son **arrêt du 29 Septembre 2016** à l'encontre du requérant – *pièce n°3*) ;

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

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

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

Il a été fait application, en l'espèce, de cette disposition réglementaire (article **1014, alinéa 2** CPC) pour rejeter le **pourvoi n°D 16-26.080** par **arrêt n°1268 F-D** de la **Cour de cassation, Première Chambre civile**, prononcé le **06 Décembre 2017**, **sans examen des moyens de fond** (premier, deuxième, troisième, quatrième, cinquième, huitième et neuvième moyens appréciés comme n'étant « *manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;* » - *pièce n°4*).

*

.../...

Par comparaison, l'article **L. 822-1** du Code de justice administrative (CJA) - d'origine légale - relatif à la **procédure préalable d'admission** devant le **Conseil d'Etat** dispose :

*« Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une **procédure préalable d'admission**.*

*L'admission est **refusée par décision juridictionnelle** si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur **aucun moyen sérieux**. »*

*

II-DISCUSSION

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

II-A/ LA COMPETENCE MATERIELLE ET TERRITORIALE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE POUR CONNAITRE DE LA PRESENTE ACTION EN RESPONSABILITE POUR FAUTE DIRIGEE CONTRE L'ETAT DU FAIT DE SON ACTIVITE NORMATIVE

II-A-1/ D'une part, quant à la **compétence matérielle** (*ratione materiae*) de la **juridiction administrative**, elle n'est pas sérieusement discutable en l'état de la **jurisprudence constante** tant du **Tribunal des conflits**, que du **Conseil d'Etat**, la désignant pour connaître du contentieux de la **responsabilité de la Puissance publique** du fait de son **activité normative** :

« (...)

Considérant que la société Boiron a recherché devant les tribunaux de l'ordre judiciaire la responsabilité de l'Etat à raison de la perception, du 1er janvier 1997 au 31 décembre 1998, du droit de fabrication sur les produits alcooliques, prévu par les dispositions de l'article 406A du code général des impôts, abrogé à compter du 1er janvier 1999, qu'elle estime incompatible avec les directives communautaires des 25 février 1992 et 19 octobre 1992, dont le délai de transposition expirait le 1er janvier 1993 ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 199 du livre des procédures fiscales : " En matière de... contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits... le tribunal compétent est le tribunal de grande instance... " ; qu'il résulte de ces dispositions que ce tribunal est toujours compétent pour connaître des contestations engagées par les redevables et relatives à l'assiette des contributions indirectes, notamment des accises ;

Considérant que le même juge fiscal est également compétent pour connaître des actions par lesquelles le redevable demande à l'Etat réparation du préjudice imputable aux actes accomplis par les agents de l'administration des douanes et des droits indirects à l'occasion de la détermination de l'assiette des droits indirects, y compris lorsque la responsabilité de l'administration est recherchée du fait de l'application d'un texte incompatible avec le droit communautaire ou une convention internationale ;

Considérant en revanche que lorsque le redevable choisit de rechercher la responsabilité de l'Etat du fait de la 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 relève du régime de la responsabilité de l'Etat du fait de son activité législative ; que la juridiction administrative est compétente pour en connaître ;

Considérant que la société Boiron demande la **réparation du préjudice** qui lui aurait été causé par le **maintien de dispositions législatives incompatibles** avec des **directives communautaires**, faute d'avoir été **abrogées** par le **législateur** dans le **délaï de transposition** prévu ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'une telle action relève de la **compétence du juge administratif** ;

(...) »

(**TC, 31 Mars 2008, Société Boiron, n°C3631**) ;

« (...)

1. Considérant qu'aux termes de l'article **268** du code des douanes : "Les cigarettes, les cigares, cigarillos, les tabacs à mâcher, les tabacs à priser, les tabacs fine coupe destinés à rouler les cigarettes et les autres tabacs à fumer, destinés à être consommés dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion, sont passibles d'un **droit de consommation**. Les **taux et l'assiette du droit de consommation** sont fixés par **délibération des conseils généraux des départements**. (...) Le **droit de consommation** est recouvré comme en matière de **droit de douane**. Les infractions sont constatées et réprimées et les instances instruites et jugées conformément aux dispositions du code des douanes. " ; qu'aux termes de l'article **357 bis** du code des douanes, dans sa rédaction applicable à compter du 1er janvier 2013 : " Les **tribunaux de grande instance** connaissent des **contestations** concernant le paiement, la garantie ou le remboursement des créances de toute nature recouvrées par l'administration des douanes et des autres affaires de douane n'entrant pas dans la compétence des juridictions répressives. " ;

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

3. Considérant, en revanche, que lorsque le **redevable** de droits de douane ou de droits assimilés entend rechercher la **responsabilité pour faute de l'Etat** ou de **toute autre personne publique** du fait de son **activité normative**, qu'elle soit **législative** ou **réglementaire**, cette responsabilité ne peut être recherchée que devant la **juridiction administrative** ;

4. Considérant, d'une part, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, notamment des termes des mémoires produits devant la cour administrative d'appel par la SCGTA, qu'à l'appui de ses **conclusions indemnitaires** dirigées contre le **département de la Guadeloupe**, cette société soutenait notamment que les **délibérations** prises par le conseil général de Guadeloupe en application de l'article **268** du code des douanes méconnaissaient le **droit de l'Union européenne** et que cette **illégalité** était constitutive d'une **faute de nature à engager sa responsabilité** à son égard ; que, par suite, en jugeant que la société sollicitait la réparation du préjudice résultant de l'**incompatibilité**, avec les **règles et principes du droit européen**, des **délibérations du conseil général de la Guadeloupe** prises en application de l'article **268** précité du code des douanes, la cour n'a pas méconnu la portée de ses écritures ; qu'elle n'a pas davantage fondé sa décision sur un moyen relevé d'office ;

5. Considérant, d'autre part, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 3 ci-dessus qu'en jugeant que les conclusions de la SCGTA tendant à la condamnation du département de la Guadeloupe à l'indemniser des préjudices subis relevaient de la compétence de la **juridiction administrative** dès lors qu'était en cause la **responsabilité** de la **collectivité** du fait de son **activité réglementaire**, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le département de la Guadeloupe n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque ;

(...) »

(CE, 15 Février 2016, n°378625).

*

Il est constant, à cet égard, que **Maître KRIKORIAN** recherche devant le **Tribunal administratif de Marseille** la **responsabilité pour faute de l'Etat** du fait de son **activité normative** (la **confection des lois et règlements**), plus précisément, en raison de l'**édiction** par **Monsieur le Premier ministre**, dans le cadre de la mission que l'article **21, alinéa 1er, deuxième et troisième phrase**, de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 lui a confiée (« *Le Premier ministre (...) assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire (...)* » :

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

2°) de l'article **1014, alinéa 2** du Code de procédure civile (CPC).

Il en résulte que la **juridiction administrative** est compétente pour connaître de **conclusions indemnitaires** tendant à la réparation d'un **préjudice** causé par l'**activité normative** de l'Etat.

*

II-A-2/ D'autre part, quant à la **compétence territoriale (*ratione loci*)** du **Tribunal administratif de Marseille**, elle s'évince de l'article **R. 312-14, 3°** du Code de justice administrative (CJA), ci-après reproduit :

Article **R. 312-14, 3°** CJA :

« Les actions en responsabilité fondées sur une cause autre que la méconnaissance d'un contrat ou d'un quasi- contrat et dirigées contre l'Etat, les autres personnes publiques ou les organismes privés gérant un service public relèvent :

1° Lorsque le dommage invoqué est imputable à une décision qui a fait ou aurait pu faire l'objet d'un recours en annulation devant un tribunal administratif, de la compétence de ce tribunal ;

2° Lorsque le dommage invoqué est un dommage de travaux publics ou est imputable soit à un accident de la circulation, soit à un fait ou à un agissement administratif, de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve le lieu où le fait générateur du dommage s'est produit ;

3° Dans tous les autres cas, de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouvait, au moment de l'introduction de la demande, la résidence de l'auteur ou du premier des auteurs de cette demande, s'il est une personne physique, ou son siège, s'il est une personne morale. »

Maître KRIKORIAN ayant sa **résidence** dans le ressort du **Tribunal administratif de Marseille**, cette juridiction est bien **territorialement compétente** pour connaître de la présente **action en responsabilité**.

*

Le **Tribunal administratif de Marseille, territorialement compétent**, comme ci-dessus établi sera, en outre, en vertu de l'article **R. 312-3** CJA, « (...) **également compétent** pour connaître des **exceptions** relevant de la compétence d'une juridiction administrative. » et notamment de l'**exception d'illégalité** :

1° des articles **16, alinéa 3 ; 183 et 184** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat ;

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

condition du **bien-fondé** des **conclusions indemnitaires** du requérant.

*

II-B/ LA RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE

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

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

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

II-B-1-a/ LA PRESENTE REQUETE EST PRESENTEE SOUS LE MINISTERE DE MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN, AVOCAT DUMENT HABILITE

La **requête** est présentée par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille) qui est **pleinement habilité** à se représenter **lui-même** devant une **juridiction**, en vertu de l'article **6** de la **Convention européenne des droits de l'homme**, ainsi que le juge la **Cour de Strasbourg (CEDH 11 Février 2014, Masirevic c. Serbie, n°3067/08 irrévocable le 11 Mai 2014)**.

*

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

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

(...) »

*

**II-B-1-a/ MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN JUSTIFIE D'UN INTERET LUI
DONNANT QUALITE A AGIR CONTRE LE REJET DE SA DEMANDE INDEMNITAIRE**

L'intérêt de **Maître Philippe KRIKORIAN** à agir contre le **refus** à lui implicitement opposé par le **Premier ministre** n'est pas sérieusement contestable dès lors que ledit refus caractérise la **lésion** du **droit patrimonial** à obtenir l'**indemnisation** du **préjudice de réputation** que le requérant a subi du fait de l'**activité normative de l'Etat**.

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

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

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

La règle de la **décision préalable** est actuellement consacrée par l'article **R. 421-1** du Code de justice administrative (CJA) et complétée des dispositions relative aux décisions implicites de rejet, fixées à l'article **R. 421-2** du même code, ci-après reproduits :

Article **R. 421-1** CJA :

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

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

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

Article **R. 421-2** CJA :

*« Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, dans les cas où le **silence** gardé par l'autorité administrative sur une demande vaut **décision de rejet**, l'intéressé dispose, pour former un recours, d'un délai de **deux mois** à compter de la date à laquelle est née une **décision implicite de rejet**. Toutefois, lorsqu'une **décision explicite de rejet** intervient avant l'expiration de cette période, elle fait à nouveau courir le délai de recours.*

*La **date du dépôt** de la **demande à l'administration**, constatée par **tous moyens**, doit être établie à l'appui de la requête.*

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

La règle de la **décision préalable** a été strictement respectée dès lors que, comme susdit, du **silence** gardé par l'administration pendant **deux mois** est née, le 05 Mars 2021, en vertu de l'article **L. 231-4, 3°** du Code des relations entre le public et l'administration (CPA) (« **Par dérogation à l'article L. 231-1**, le **silence** gardé par l'administration pendant **deux mois** vaut **décision de rejet** : (...) **3° Si la demande présente un caractère financier** (...) »), une **décision implicite de rejet** de la **demande indemnitaire** du 30 Décembre 2020, reçue le 04 Janvier 2021 (*pièces n°10 et 10 bis*).

C'est la **décision attaquée**.

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

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

Il résulte de ce qui précède (v. supra § II-B-2-a) que le présent recours enregistré **via TELERECOURS** avant le 05 Mai 2021, 24h00, a été introduit devant le **Tribunal administratif de Marseille** dans le délai réglementaire de **deux mois**.

*

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

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

*

**II-C/ LE TOTAL BIEN-FONDE DE LA PRESENTE ACTION INDEMNITAIRE :
LA RESPONSABILITE POUR FAUTE DE L'ETAT DU FAIT DE L'EDICION DU
REGLEMENT ILLICITE ET DEPOURVU D'OBJET**

Comme on le sait, **toute illégalité est fautive** (CE, Section, 26 Janvier 1973, Draincourt, Rec. p. 77) et toute **faute** donne droit à **réparation** si, comme en l'espèce, elle est à l'origine du **préjudice** (CE, 1ère sous-section jugeant seule, 25 Juillet 2008, n°260428 : « (...) *Considérant que toute illégalité fautive est, comme telle, et quelle qu'en soit la nature, susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat dès lors qu'elle est à l'origine des préjudices subis ; (...)* »).

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

« (...) »

L'illégalité commise par le pouvoir réglementaire à avoir adopté une mesure que le législateur était seul compétent pour édicter est de nature à engager la responsabilité de l'Etat, quelle que soit la probabilité que le législateur aurait lui-même adopté cette mesure si elle lui avait été soumise ; toutefois, il appartient à la victime d'établir la réalité de son préjudice et le lien direct de causalité qui le relie à l'illégalité commise.

(...) »

(CE, Avis contentieux, 06 Avril 2007, n°299825).

« (...)

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

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

(...) »

(CE, 14 Septembre 2007, Ministre de l'intérieur c/ Commune de Villeurbanne, n°299720).

« (...)

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

3. *Considérant, en revanche, que lorsque le redevable de droits de douane ou de droits assimilés entend rechercher la **responsabilité pour faute de l'État** ou de toute autre personne publique **du fait de son activité normative**, qu'elle soit **législative** ou **réglementaire**, cette **responsabilité** ne peut être recherchée que devant la **juridiction administrative** ;*

(...) »

(**CE, 9e et 10e sous-sections réunies, 15 Février 2016, n°378625**).

*

La présente **action aux fins d'indemnisation** est **parfaitement fondée** dès lors que sont réunies les trois conditions requises, savoir :

Une **faute** (**II-C-1**) ;

Un **préjudice** (**II-C-2**) ;

Un **lien de causalité** entre les deux (**II-C-3**).

*

II-C-1/ L'ILLICITE NECESSAIREMENT FAUTIVE DU DECRET EN CONSEIL D'ETAT

Seront, tour à tour, envisagés :

1°) Les différents états de la loi (II-C-1-a').

2°) Les occurrences fautives du règlement dérivé et du règlement autonome (II-C-1-a).

3°) L'illégalité de l'article 16, alinéa 3 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (II-C-1-b).

4°) L'illégalité de l'article 183 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (II-C-1-c).

5°) L'illégalité de l'article 184 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat (II-C-1-d).

6°) L'illégalité de l'article 1014 du Code de procédure civile (II-C-1-e).

*

II-C-1-a'/ LES DIFFÉRENTS ETATS DE LA LOI

Peut être dressé le tableau suivant présentant les différents états de la loi :

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

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

Exemples :

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

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

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

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

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

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

.../...

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

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

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

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

« (...)

Troisièmement, lorsqu'une disposition est apparemment privée de sanction, cela ne signifie pas que la disposition législative ne soit pas juridique. Par exemple, une faculté rendue possible par la loi a pour conséquence juridique l'interdiction d'entraver cette liberté. De même, il est toujours loisible au juge, s'il l'estime opportun, d'appliquer une disposition dénuée de sanction à des circonstances ou à des cas auxquels le législateur n'avait pas pensé entraînant des conséquences juridiques.

(...) »

(**Valérie LASSERRE**, Professeur à l'Université du Maine, Répertoire de droit civil, v°Loi et règlement, § **38**).

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

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

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

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

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

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

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

L'**obligation-abstention** que formule implicitement la **loi** s'explicite en considérant ses **destinataires**, savoir le **conseil de l'ordre** arrêtant le **règlement intérieur**, le **bâtonnier**, chargé de l'**exécuter**, ou encore l'agent du **contrôle routier**, de même que le **juge** appelé, le cas échéant, à statuer sur la **légalité** des **poursuites**. A ceux-ci, la **loi** fait **expressément défense** de contrarier la **liberté d'aller et venir** de l'avocat dont l'article **4 DDH** commande qu'elle demeure **intacte**. L'exercice des **pouvoirs de poursuite** ne doit pas nuire à la **jouissance** par l'avocat de cette **liberté constitutionnelle** à laquelle la **loi** n'a apporté **aucune restriction**. Celle-ci est, donc, nécessaire pour **identifier**, dans le cas particulier de l'avocat, la **liberté d'aller et de venir**, qui trace, en **négatif**, les **limites** de la **liberté de réprimer** les **manquements professionnels** ou les **infractions** au **code de la route** dont celui-ci pourrait se rendre l'auteur.

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

« (...)

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

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

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

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

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

Exemples :

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

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

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

(...) »,

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

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

.../...

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

Ici, le **législateur** intervient notamment en raison d'**exigences constitutionnelles** et/ou **supra-nationales** (article **24**, § **2** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du **12 Décembre 2006** relative aux services dans le marché intérieur) pour assurer le **relais**, une **transition** entre des **normes supérieures** et le **règlement**.

Exemples :

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

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

En transposant l'article **24**, § **2** de la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen** et du **Conseil** du **12 Décembre 2006** relative aux services dans le marché intérieur, le **législateur** a voulu, de la sorte, notifier aux **avocats** une **limitation** de leur **liberté d'expression** (c'est le **principe programmatique** arrêté par la **loi**) lorsqu'ils décident **librement** de recourir à la **publicité** et à la **sollicitation personnalisée**, qui leur sont, dans le **principe**, reconnues. Le recours au concept d'**autorisation** - « (...) l'avocat est autorisé (...) » rend compte, en effet, d'une **liberté encadrée**.

Dans le même temps, les **limitations à la liberté** devant être **interprétées strictement**, le **programme** du **règlement dérivé** est **cantonné** à ce que dit la **loi**. Seuls les **deux modes** de **communication commerciale** précités sont soumis aux **règles déontologiques** établies par **décret en Conseil d'Etat**. Tous les autres sont du domaine de la **loi**. L'emploi du **règlement** qu'il soit **dérivé** ou **autonome** – dont relève, dans le principe, la **déontologie** - ne permet pas au **pouvoir exécutif** d'excéder sa **compétence originelle**, qui résulte de la combinaison des articles **34** et **37** de la **Constitution**.

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

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

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

ne renvoie à **aucun décret d'application** et doit, partant, être regardé comme étant **auto-exécutoire** dès le **19 Mars 2014**, lendemain de sa publication, comme le prévoit l'article **1er**, **alinéa 1er**, **première phrase**, du Code civil.

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

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

(...) »

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

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

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

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

« (...)

29. *En premier lieu, en vertu de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre " assure l'exécution des lois " et, sous réserve de la compétence conférée au Président de la République pour les décrets délibérés en Conseil des ministres par l'article 13 de la Constitution, " exerce le pouvoir réglementaire ". Pour l'application des dispositions législatives régissant les professions d'avocat, d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice, de notaire, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire, de conseil en propriété industrielle et d'expert-comptable, il appartient au Premier ministre de faire usage du pouvoir réglementaire que lui confère l'article 21 de la Constitution pour fixer les règles de déontologie propres à ces différentes professions. Contrairement à ce que soutient le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, ces règles n'affectent pas, en principe, les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales dont la détermination relève du seul législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution.*

*Il s'ensuit que les requérants **ne sont pas fondés** à soutenir qu'en ne précisant pas elle-même les **règles** permettant d'assurer la **gestion des conflits d'intérêts** au sein des sociétés pluri-professionnelles d'exercice et en renvoyant au **pouvoir réglementaire** le soin de **déterminer ces règles**, l'ordonnance serait entachée d'**incompétence négative**.*

(...) »

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

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

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

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

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

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

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

En effet, de deux choses l'une :

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

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

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

Il s'agit :

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

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

L'intervention du **législateur** ne se justifie, ici, nullement, contrairement au cas des **barreaux** précédemment évoqué, à la charge desquels le même article inscrit l'**obligation-incombance de s'établir** auprès des **tribunaux judiciaires**, s'ils entendent être considérés comme tels par les **juridictions**, les **pouvoirs publics** et les **justiciables**.

*

**II-C-1-a/ LES OCCURRENCES FAUTIVES DU REGLEMENT DERIVE ET DU
REGLEMENT AUTONOME**

Elles se donnent à voir selon les développements suivants :

1°) Le contenu de l'habilitation législative à l'adresse du règlement dérivé (1).

2°) Le règlement autonome (2).

3°) L'illégalité externe (3).

4°) L'illégalité interne (4).

*

1.-/ LE CONTENU DE L'HABILITATION LEGISLATIVE A L'ADRESSE DU REGLEMENT DERIVE

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

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

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

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

*

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

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

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

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

« (...)

Considérant, en premier lieu, qu'en donnant compétence au législateur pour fixer « les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement ; qu'il appartient dès lors au Premier ministre, en vertu des articles 21 et 37 de la Constitution, de prendre les mesures de police applicables à l'ensemble du territoire et justifiées par les nécessités de l'ordre public, au nombre desquelles figurent les impératifs de santé publique ; que, lorsque le législateur est intervenu dans ce domaine, il incombe au Premier ministre d'exercer son pouvoir de police générale sans méconnaître la loi ni en altérer la portée ;

(...) »

(**CE, 1ère et 6ème sous-sections réunies, 19 Mars 2007, Madame LE GAC et autres**, n°300467 300500 300680 300681 300682 300683 300898).

*

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

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

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

*

2.-/ LE REGLEMENT AUTONOME

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

« (...)

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

(...) »

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

*

3.-/ L'ILLÉGALITÉ EXTERNE

1°) Le **règlement dérivé** peut être entaché d'**incompétence**, nonobstant la **délégation législative**, qui ne peut jamais contenir de **matières législatives**, si une **disposition constitutionnelle** donne **compétence spéciale** au **législateur** pour régir la **matière** visée par la délégation.

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

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

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

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

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

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

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

« (...)

*En ce qui concerne le grief tiré de l'**incompétence négative** :*

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

57. *Considérant qu'en se bornant à renvoyer de manière générale au pouvoir réglementaire le soin de fixer la liste des **informations** qui ne peuvent en aucun cas demeurer **confidentielles**, le législateur a, eu égard à l'atteinte portée aux **secrets protégés**, méconnu l'étendue de sa **compétence** ; que, dès lors, le **renvoi au décret en Conseil d'État** opéré par le troisième alinéa de l'article **L. 532-4-1** et le second alinéa du II de l'article **L. 535-3**, tels qu'ils résultent des neuvième et treizième alinéas de l'article 11 de la loi déferée, est **contraire à la Constitution** ;*

(...) »

(CC, décision n°2008-564 DC du 19 Juin 2008 – Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, §§ 56 à 57).

2°) Quant à l'**incompétence** du **règlement autonome** elle se fait jour si celui-ci **empiète** sur le **domaine réservé** de la **loi**, dont relève notamment « (...) la fixation d'un **délai de prescription** pour l'action en paiement d'une créance (...) », ainsi que « (...) les **règles** destinées à **favoriser l'égal accès des femmes et des hommes** aux mandats, fonctions et responsabilités mentionnés à l'article 1er », **alinéa second** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 :

« (...)

*Considérant qu'en vertu de l'article 37 de la **Constitution**, les textes de **forme législative** intervenus en **matière réglementaire** avant son entrée en vigueur peuvent être modifiés par **décret en Conseil d'Etat** ; qu'il résulte toutefois de l'article 34 qu'il n'appartient qu'au **législateur** de déterminer les **principes fondamentaux des obligations civiles**, au nombre desquels figure la **fixation d'un délai de prescription** pour l'action en paiement d'une créance ;*

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

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

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

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

Décide :

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

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

(...) »

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

« (...)

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

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

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

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

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

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

.../...

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

(...) »

(**CE, Ass. 07 Mai 2013**, n°362280).

*

4.-/ L'ILLÉGALITÉ INTERNE

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

1-a°) D'une part, en l'**absence d'écran législatif**, c'est dire lorsque le **législateur** se borne à inviter le **pouvoir exécutif** à exercer sa **propre compétence réglementaire**, sans fixer de **règle de fond** subordonnant les **modalités** de son **application** (« *Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application de la présente loi* » ; « *Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, l'avocat est autorisé à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée.* » - article **3 bis, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), l'**acte réglementaire** peut être censuré si, en exprimant les **modalités d'application** de la **loi**, il contrarie une **norme** qui lui est **supérieure** : **principe général du droit, loi, traité international, Constitution**.

Ainsi, le **deuxième alinéa** de l'article **15** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, dans sa rédaction issue du **décret n°2014 du 28 Octobre 2014** relatif aux modes de communication des avocats, a été **annulé** par le **Conseil d'Etat** comme étant **incompatible** avec l'article **24** de la **directive 2006/123/CE du Parlement européen** et du **Conseil du 12 Décembre 2006** « *en tant qu'il n'exclut pas du renvoi qu'il fait au décret du 25 août 1972 l'article 2 de ce décret.* », aucune « *raison impérieuse d'intérêt général* (ne) *justifiant une telle interdiction générale faite aux avocats de recourir à la publicité dans les modes de communication mentionnés ci-dessus (« par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées.* ») (CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, **09 Novembre 2015**, rectifié par **ordonnance n°386296** d u **23 Novembre 2015**, **Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre**, n°386296).

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

Le **décret** ne peut pas prévoir d'**exception** pour des procédures nécessitant, aux termes de la **loi** (article **L. 612-9** du Code de la propriété intellectuelle), des **décisions expresses** :

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

(...) »

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« (...)

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

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

(...) »

(**CE, 6e et 1re sous-sections réunies, 09 Mars 2016, Société UBER et a., n°388213, n°388343 et n°388357, § 4**).

*

.../...

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

Ainsi, « (...) *l'exclusion de toute possibilité de publicité des débats, tant devant le bâtonnier qu'en appel, est incompatible avec l'article 6 paragraphe premier de la convention ; que saisi d'une demande tendant à l'abrogation des articles 150 et 152 du décret pris sur le fondement de cette disposition, le Premier ministre était tenu d'y faire droit dans cette mesure ; qu'il s'ensuit que le refus implicite d'abroger ces articles en tant qu'ils excluent le principe de publicité des débats en cas de litige né à l'occasion d'un contrat de travail d'un avocat salarié est entaché d'excès de pouvoir ;*

(...)

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

(...) »

(CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 02 Octobre 2006, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre, n°386296).

*

**II-C-1-b/ L'ILLEGALITE FAUTIVE DE L'ARTICLE 16, ALINEA 3 DU
DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION
D'AVOCAT, ENTACHE D'INCOMPETENCE**

L'article **16** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat dispose :

« Le recours devant la cour d'appel est formé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au secrétariat-greffe de la cour d'appel ou remis contre récépissé au greffier en chef. Il est instruit et jugé selon les règles applicables en matière contentieuse à la procédure sans représentation obligatoire.

Le délai du recours est d'un mois.

*Sauf en matière disciplinaire, le **conseil de l'ordre** est **partie** à l'instance.*

La cour d'appel statue en audience solennelle dans les conditions prévues à l'article R. 212-5 du code de l'organisation judiciaire et en la chambre du conseil, après avoir invité le bâtonnier à présenter ses observations.

Toutefois, à la demande de l'intéressé, les débats se déroulent en audience publique ; mention en est faite dans la décision.

La décision de la cour d'appel est notifiée par le secrétariat-greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au procureur général, au bâtonnier et à l'intéressé.

Le délai d'appel suspend l'exécution de la décision du conseil de l'ordre. L'appel exercé dans ce délai est également suspensif. »

Or, aux termes de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 :

*« La **loi** fixe les **règles** concernant :
(...)
l'**état** et la **capacité** des **personnes** (...) ».*

En outre, l'article **21**, **alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ne confère la **personnalité civile** qu'au « **barreau** » et non pas au **conseil de l'ordre**, qui n'est que le **conseil d'administration**, **dépourvu de personnalité juridique**, dudit barreau :

*« Chaque **barreau** est doté de la **personnalité civile**.
(...) »*

L'article **16** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat ne peut, dans ces conditions, être regardé comme ayant été pris sur le **fondement** de l'article **21, alinéa 1er** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et se trouve, partant, entaché d'**incompétence**, en application de l'article **34** de la **Constitution**.

*

II-C-1-c/ L'ILLEGALITE FAUTIVE DE L'ARTICLE 183 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Elle se découvre, tant sur le plan de la **légalité externe (3)**, qu'**interne (4)**, après avoir considéré la **constatation** comme **critère universel** de l'**acte juridictionnel (1)**, puis la **structure générale de l'infraction déontologique (2)**.

1.-/ LA CONSTATATION, CRITERE UNIVERSEL DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

Comme la **doctrine civiliste** du **XXI^e siècle** le rappelle judicieusement, après les travaux de **Léon DUGUIT** (« *L'acte administratif et l'acte juridictionnel* », Revue de droit public 1906, pp. 446 et s. ; Traité de droit constitutionnel, t. I et II), la **structure** du **jugement** met en relief la **constatation** comme critère déterminant de l'**acte juridictionnel** :

« (...)

203 Deuxième théorie : la structure propre de l'acte juridictionnel

C'est dans la structure de l'acte que Duguit a cru pouvoir déceler sa spécificité (6).

a) La fonction du juge serait de *constater* les atteintes au droit et d'en dégager les conséquences par une *décision*. Les éléments de l'acte seraient au nombre de trois :

- 1) Une *prétention*, c'est-à-dire une question de droit posée au juge et qu'il doit résoudre ;
- 2) Une *constatation*, c'est-à-dire une solution fournie par le tribunal à la question posée concernant une violation du droit.

On dit volontiers que la constatation se réduit à un syllogisme : la majeure en est la règle de droit ; la mineure est constituée par les faits de l'espèce concrète sur lesquels s'appuie la prétention ; la conclusion consiste dans la réponse par oui ou par non à la question posée. Ainsi présentée, la constatation est œuvre de *l'intelligence*.

- 3) Une *décision*, conséquence logique et directe de la constatation et tendant à sa réalisation concrète.

A la différence de la constatation, la décision qui déduit de la constatation des conséquences pratiques (défense, condamnation, etc.) est un acte de la *volonté*.

C'est cette réunion dans un même acte d'éléments divers, lui donnant une complexité de structure originale, qui permettrait d'isoler l'acte juridictionnel, de le distinguer notamment de l'acte administratif.

b) Parmi ces trois éléments, il nous semble que, seule, la constatation caractérise réellement l'acte juridictionnel.

- 1) La *prétention* qui est une condition nécessaire de l'intervention du juge demeure, en effet, extérieure à l'acte.

2) Par ailleurs, un certain nombre d'actes juridictionnels ne comportent pas de *décision consécutive*. Tel est le cas pour les questions préjudicielles ; quand la solution du procès civil dépend de l'appréciation préalable par un tribunal administratif de la validité d'un acte, ce tribunal se borne à effectuer une simple constatation dont le juge civil déduit ensuite les conséquences nécessaires par une décision.

Le jugement par lequel le tribunal rejette comme non fondée la prétention du demandeur ne contient, elle aussi, qu'une pure constatation.

On peut citer aussi l'exemple des actions déclaratoires ; en matière de nationalité, notamment, le jugement qui constate qu'un individu est Français ou ne l'est pas, ne comporte pas normalement de décision consécutive (art. 129, C. nat. devenu art. 29-3, C. civ., L. n°93-933, 22 juillet. 1993).

Ces situations, en dépit de leur rareté, conduisent à *ne pas incorporer la décision dans l'acte juridictionnel et à ramener celui-ci à une pure constatation*. La finalité de l'acte juridictionnel est donc de procéder à une constatation, ce qui conduit à examiner le critère fondé sur le but de l'acte, afin de conforter cette analyse.

6. « *L'acte administratif et l'acte juridictionnel* », Rev. dr. publ. 1906. 446 et s. ; Traité de droit constitutionnel, t. I et II, conception reprise par M. LAMPUE dans son étude précitée, p. 26 et s.

204 Troisième théorie : le critère fondé sur le but de l'acte (procéder à une constatation, à une vérification)

Ces difficultés ont conduit un autre groupe d'auteurs à orienter leurs recherches dans une direction nouvelle et à s'attacher à la *finalité* de l'acte du juge. Le but de l'activité du juge lorsqu'il statue sur une prétention, est de procéder à une vérification, à un contrôle. Si l'idée de sanction est incluse dans la notion de règle de droit, la mise en œuvre de cette sanction suppose une *vérification préalable* de l'atteinte portée à la règle. Chaque fois qu'un particulier ou un agent public soutient qu'une règle de droit a été violée, il doit pouvoir obtenir d'un juge la reconnaissance de cette violation. C'est cela qu'il y a de profondément original dans l'activité du juge et cela éclaire nos remarques sur le rôle de la constatation comme critère déterminant de l'acte juridictionnel :

1 - L'acte juridictionnel n'a pas pour but de réparer l'atteinte au droit, mais seulement de la *constater*. Il est une réponse à la question posée sur la violation de la règle. S'il était autre chose, il ne se distinguerait pas d'un acte d'exécution ordinaire qui est le propre de la fonction administrative, celle-ci étant chargée de la réalisation technique et concrète du droit.

Ainsi envisagée, comme un *pur acte de l'intelligence*, l'acte juridictionnel ne produit aucune modification dans l'ordre juridique. Après confrontation des faits et de la règle de droit, il révèle si la situation juridique en cause est correcte ou non. Il ne va pas plus loin et c'est pourquoi on est conduit à admettre qu'*il ne constitue pas un acte juridique*, l'acte juridique pouvant être défini 'celui qui est accompli en vue de produire des effets juridiques.'

C'est la décision consécutive qui entraînera une modification de l'ordre juridique. Oeuvre de la volonté, elle se présente comme un acte administratif par lequel le juge réprime l'atteinte au droit, condamne, acquitte, etc. ; en un mot, elle constitue un acte juridique.

Si la décision ne fait point partie de l'acte juridictionnel, elle est unie cependant par des liens étroits à la constatation. Celle-ci apporte en effet ceci de nouveau qu'elle permet la décision consécutive. Cette décision doit être conforme à la constatation préalable ; elle doit se soumettre aussi aux ordres de la loi qui, selon le cas, prescrit de prononcer une peine, une condamnation à des dommages-intérêts, une résolution, etc.

(...) »

(**Serge GUINCHARD** et **Frédérique FERRAND**, Procédure civile – Droit interne et droit communautaire, Dalloz Droit privé, 28^e édition 2006, Partie 2 : Liberté et égalité: La théorie de la juridiction - Titre 2 : L'activité du juge : être ou ne pas être juridictionnel – Chapitre 1 : Les actes juridictionnels, §§ 197 et s.).

*

L'**acte juridictionnel** nécessite que la **décision** (*l'imperium*) soit précédée de la **constatation** (la vérification de la violation de la règle de droit) dont elle doit être la **conséquence logique**.

Quant à l'**acte administratif**, il n'a pas vocation à **dire le droit** (la *jurisdictio*), mais à **modifier l'ordonnement juridique**, comme une **nécessité** imposée par le **droit positif**, **présument** le justifier. Il est « *la réalisation technique et concrète du droit.* »

Dans cet ordre d'idées, toute **sanction**, qu'elle soit la conséquence logique et directe de la **constatation** d'un **juge** (l'**acte juridictionnel**), ou celle que prononce une **autorité administrative**, est toujours une **décision** modifiant l'**ordonnement juridique**.

*

La loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (article **22, alinéa 1er**) n'investit le **Conseil régional de discipline (CRD)** que du **pouvoir de CONSTATATION**, savoir la **vérification** d'une éventuelle **violation** de la **règle de droit** :

*« Un conseil de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel connaît des infractions et fautes commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent établis.
(...) »*

à l'initiative du **procureur général** ou du **bâtonnier**, que désigne l'article **23, alinéa 1er** de la même loi, à l'exclusion de toute autre personne :

*« L'instance disciplinaire compétente en application de l'article 22 est saisie par le procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle est instituée ou le bâtonnier dont relève l'avocat mis en cause.
(...) »*

L'article **22, alinéa 1er** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est le pendant, en **matière professionnelle**, de l'article **381, alinéa 1er** du Code de procédure pénale, aux termes duquel « *Le tribunal correctionnel connaît des délits. (...)* », par lequel le **législateur** attribue **compétence** à une **juridiction**.

Cependant, le pouvoir de **DECISION** (prononcer une **sanction**, comme **conséquence logique** du **manquement constaté**) n'est confié au **CRD** que par le **règlement** (article **183** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat) :

« Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article 184. »

Il se déduit de la combinaison des textes susvisés, à l'aune du **principe constitutionnel** dégagé par le **Conseil d'Etat (CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n°300304, précité)**, que la **constatation** d'un **manquement déontologique** ne pourra pas **légalement** être suivi d'une **sanction (décision)** si la **loi** s'est bornée à définir l'**obligation** imposée à l'avocat, sans prévoir les **conséquences** de sa méconnaissance.

Ainsi, l'article **9** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques faisant **obligation** à l'**avocat commis d'office** d'**accepter** la **mission de défense** qui lui est confiée « *par le bâtonnier ou par le président de la cour d'assises* », sauf à « *faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement* » ne prévoit **aucune sanction** ni ne renvoie à un texte qui la fixerait.

Comme on le sait, le **Conseil constitutionnel** a ouvert au profit de l'avocat poursuivi de ce chef, devant le **conseil de discipline**, une **action** lui permettant de **discuter** le **bien-fondé** de la **prétention** de l'**autorité de poursuite** et, ce faisant, de **contester** la **régularité** du **refus** du **président de la cour d'assises** d'approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement :

.../...

« (...)

9. En troisième lieu, si le **refus du président de la cour d'assises de faire droit aux motifs d'excuse ou d'empêchement** invoqués par l'avocat commis d'office n'est pas susceptible de recours, la **régularité de ce refus** peut être **contestée** par l'accusé à l'occasion d'un pourvoi devant la Cour de cassation, et par l'avocat à l'occasion de l'éventuelle **procédure disciplinaire** ouverte contre son **refus de déférer à la décision du président de la cour d'assises**. (...) »

(CC, décision n°2018-704 QPC du 04 Mai 2018 – M. Franck B. et autre – obligation pour l'avocat commis d'office de faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le président de la cour d'assises, § 9).

Dans ce cas, l'**instance disciplinaire** qui estimerait que le **refus de déférer à la commission d'office** opposé par l'avocat n'est justifié par **aucun motif légitime**, devrait se limiter à cette **constatation**, sans pouvoir prononcer une quelconque **sanction disciplinaire**, pas même un **avertissement**.

*

2.-/ LA STRUCTURE GENERALE DE L'INFRACTION DEONTOLOGIQUE

Elle épouse l'**architecture** des **infractions pénales**, savoir l'**incrimination** d'un **manquement** à une **obligation prédéterminée**, justiciable d'une **sanction**.

Il n'est pas inutile, dans cet ordre d'idées, de rappeler que toute **infraction** est la réunion de **trois éléments constitutifs** d'ordre **légal, matériel et moral** (ou **psychologique**).

Le **processus normatif d'incrimination** du **manquement professionnel** se fait, dès lors, selon le **schéma tripartite** suivant :

1°) **DEFINITION** par le **pouvoir normatif** (**loi** ou **règlement** selon que, ce faisant, il est **mis en cause**, ou seulement **mis en œuvre** une **règle** ou un **principe fondamental** placé par la **Constitution** dans le **domaine de la loi – CC, décision n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011, M. Michael C. et a. § 5 a contrario**), en termes **intelligibles, clairs et précis** (**CE, 16 Décembre 2016, Groupement d'employeurs Plusagri, n°390234**) de l'**OBLIGATION** à laquelle « (...) *les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent ; (...)* » (**CE Section, 12 Octobre 2009, M. PETIT, n°311641**). L'article **1163** du Code civil, dans sa rédaction issue de l'**ordonnance n°2016-131 du 10 Février 2016** portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne laisse subsister aucune ambiguïté quant au **contenu obligationnel** : il s'agit bien d'une « *prestation présente ou future (...) possible et déterminée ou déterminable (...)* » à laquelle a droit le **créancier** de l'**obligation**.

2°) **INCRIMINATION PAR REFERENCE**, c'est dire par le **renvoi** au texte de **même rang** ou de **rang supérieur** dans la **hiérarchie des normes**, définissant l'**obligation** dont la méconnaissance sera constitutive d'une **infraction déontologique** que punit le texte d'incrimination ou un troisième texte. Il y a véritablement **incrimination** dès que l'**énoncé normatif** notifié à ses **destinataires** le **principe même de la sanction**, sans qu'il soit nécessaire d'en livrer, à ce stade, le détail. Est, ainsi, acquise la connaissance du caractère **blâmable** et **punissable** du comportement stigmatisé. Il y aura, alors, **incorporation** du **contenu obligationnel** (**réalité**) qui devient le premier terme de l'**incrimination**, le deuxième terme, la **transgression** en étant la **négation** qui constitue l'**élément matériel** de l'infraction.

3°) **REPRESSION** (**limitation**) du **manquement déontologique** par l'une des sanctions prévues par le **texte d'incrimination** ou un **troisième texte** qui lui est associé.

Il est, ici, renvoyé aux **douze catégories de l'entendement** présentées par **Emmanuel KANT** (v. spécialement la classe de la **qualité** comprenant les catégories de la **réalité** ou **affirmation**, de la **négation** et de la **limitation**) :

<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

*

Le concept **obligation** renvoie **nécessairement** à l'idée de **prestation** dans un **sens déterminé**, **positive** (**action**) ou **négative** (**abstention**).

Or, un **principe régulateur** (opposé à **constitutif**) ne recèle **aucune obligation**, mais se borne à **orienter** une activité, sans fixer **nulle règle de fond** :

« (...)

*Au-delà de ces textes, la **déontologie**, ainsi que le dit son étymologie, est un **discours sur ce qu'il faut faire**, sur ce qui nous oblige tous : elle dessine les **lignes de force de l'éthique** de nos pratiques professionnelles.*

(...) »

(**Charte de déontologie de la juridiction administrative**).

*

La **norme déontologique** joue à l'égard de l'avocat destinataire le rôle d'une **ligne directrice** que l'**autorité administrative** chargée de l'appliquer peut, à titre **dérogatoire**, écartier au vu de **circonstances particulières** ou en raison de **considérations d'intérêt général** (**CE, Section, 11 Décembre 1970, Crédit foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader, Rec. 750**).

La **norme déontologique**, de rang **réglementaire**, n'a, en réalité, pas plus de **force juridique** que les **recommandations de bonne pratique** exposées dans la **charte de déontologie des membres de la juridiction administrative**, lesquelles, si elles sont « *susceptibles d'être prises en compte* » « *Pour apprécier si le comportement d'un membre de la juridiction administrative traduit un manquement aux obligations déontologiques qui lui incombent* », ne sont pas, pour autant, de nature à servir de **normes de références** pour caractériser, à elles seules, « *un manquement disciplinaire* » :

« (...)

5. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la **charte de déontologie des membres de la juridiction administrative**, qui n'a pas pour **objet de se substituer aux principes et dispositions textuelles**, notamment **statutaires**, régissant l'exercice de leurs fonctions, a vocation, outre à rappeler les **principes et obligations d'ordre déontologique** qui leur sont applicables, à **préconiser des bonnes pratiques** propres à en assurer le respect. Pour apprécier si le **comportement** d'un membre de la juridiction administrative traduit un **manquement aux obligations déontologiques** qui lui incombent, les **bonnes pratiques** ainsi **recommandées** sont susceptibles d'être **prises en compte**, sans pour autant que leur **méconnaissance** ne soit, en elle-même, **constitutive d'un manquement disciplinaire**.

(...) »

(CE, 25 Mars 2020, M. A., n°411070) ;

« (...)

5. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la **charte de déontologie des membres de la juridiction administrative**, qui n'a pas pour **objet de se substituer aux principes et dispositions textuelles**, notamment **statutaires**, régissant l'exercice de leurs fonctions, a vocation, outre à rappeler les **principes et obligations d'ordre déontologique** qui leur sont applicables, à **préconiser des bonnes pratiques** propres à en assurer le respect. Pour apprécier si le **comportement** d'un membre de la juridiction administrative traduit un **manquement aux obligations déontologiques** qui lui incombent, les **bonnes pratiques** ainsi **recommandées** sont susceptibles d'être **prises en compte**, sans pour autant que leur **méconnaissance** ne soit, en elle-même, **constitutive d'un manquement disciplinaire**.

(...) »

(CE, 25 Mars 2020, Syndicat de la juridiction administrative – SJA, n°421149).

*

Seule une **appréciation manifestement erronée** de la **latitude** que les **circonstances** lui laissaient pourra être reprochée à l'avocat. Dans cette occurrence, le **contrôle** de son **comportement professionnel** sera, partant, **restreint**. La **liberté** que le **pouvoir normatif** s'accorde en renvoyant à des **principes éthiques** ou **moraux** – pour une répression plus efficace des comportements suscitant une **réprobation sociale** - trouve sa **contrepartie nécessaire** dans la **liberté d'auto-évaluation** de l'avocat, réputée être **conforme** aux **obligations** que lui impose son **serment** et à sa **mission constitutionnelle de défense**, sauf **preuve contraire** qui incombe à ses **détracteurs**.

*

L'article **183** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat dispose :

« Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article 184. »

Il est la **copule** qui relie l'**avocat** dont le **comportement** est **critiqué** (**sujet**) à la **sanction disciplinaire** (**prédicat**), parmi celles énumérées à l'article **184** dudit décret. Ces deux articles sont, partant, **indivisibles**. En l'absence du premier (**incrimination du comportement prohibé**) le second (**sanction dudit comportement**) ne peut pas recevoir application et sans celui-ci, celui-là est **privé d'effet**.

L'article **183** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat est à l'**infraction déontologique** ce qu'est l'article **464, alinéa 1er** du Code de procédure pénale au **délit correctionnel** : *« Si le tribunal estime que le fait constitue un délit, il prononce la peine. »*

A défaut de l'article **183** du **décret** susmentionné, le **juge**, savoir, en l'occurrence, le *« conseil de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel »* (article **22, alinéa 1er** de la **loi n°71-1130** du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), appelé à **connaître** *« des infractions et fautes commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent établis. »*, ne peut pas dépasser le stade de la **constatation** (de la **conformité** ou de la **non-conformité de la situation juridique** à la **règle de droit**). Il ne peut pas prendre de **décision** (**sanction**).

L'article **183** permet de satisfaire au **principe de légalité des délits et des peines**, dès lors que sont suffisamment **claires** et **précises** les **obligations** qu'il définit, auxquelles sont tenus les **avocats**.

Etant de **nature réglementaire**, il n'est cependant pas **compétent** pour **fixer** des **règles** et **principes fondamentaux** que le **Constituant** a placés dans le **domaine de la loi**.

Il est remarquable, à cet égard, qu'une **rédaction quasi-identique** ait été retenue par le **législateur** en ce qui concerne la **discipline des notaires** et de **certaines officiers ministériels** :

« Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout fait contraire à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse commis par un officier public ou ministériel, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, donne lieu à sanction disciplinaire. »

(**article 2, alinéa 1er** de l'**ordonnance n°45-1418** du 28 Juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels).

Or, ce texte a **rang législatif**.

On ne s'expliquerait pas, dès lors, cette différence de degré dans la **hiérarchie normative** si la **volonté du législateur** n'était pas différente dans l'un et l'autre cas.

A l'évidence, le **législateur** a entendu que les **fautes** des **notaires** et de **certaines officiers ministériels** soient sanctionnées de **peines disciplinaires** pouvant aller jusqu'à la **destitution** (article **3, 6°** de l'**ordonnance** précitée) emportant **empêchement d'exercice**.

Plus nuancée est la volonté du **législateur** à l'égard des **avocats**, dont il prévoit seulement le **principe de sanction** des **fautes**, sans définir celles-ci (**absence d'incrimination**) ni fixer les **sanctions** devant les réprimer. Cette double tâche (**incrimination** et **fixation des peines disciplinaires**) a été résolument dévolue au **pouvoir réglementaire** par l'article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dont le **Conseil constitutionnel** a validé la **conformité à la Constitution** (**CC, décision n°2011-171/178 QPC du 29 Septembre 2011**) en précisant ultérieurement que son « (...) *seul objet est le renvoi à u pouvoir réglementaire de la compétence pour fixer les sanctions disciplinaires des avocats. (...)* » (**CC, décision n°2017-630 QPC du 19 Mai 2017, M. Olivier D., § 8**) et sans aucunement approuver la **légalité des décrets en Conseil d'Etat** auxquels ce texte renvoie, office qui appartient **exclusivement au Conseil d'Etat**.

Ces circonstances propres à la **profession d'avocat** témoignent d'une **approche normative spécifique** à son égard. Aux yeux du **législateur**, seul est digne de son intérêt l'éventuel **manquement** qu'un avocat peut commettre « *à l'audience (...) aux obligations que lui impose son serment (...)* » (article **25, alinéa 1er** de la **loi** susvisée).

*

**3.-/ L'ILLEGALITE EXTERNE DE L'ARTICLE 183 DU DECRET N°91-1197
DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT**

**3-1./ L'INCOMPETENCE, SANCTION DE LA DELIMITATION DES
DOMAINES RESPECTIFS DE LA LOI ET DU REGLEMENT**

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

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

« (...)

*Les lois, proprement dites, diffèrent des **simples règlements**. C'est aux lois à poser, dans chaque matière, les **règles fondamentales**, et à déterminer les **formes essentielles**. Les **détails d'exécution**, les **précautions provisoires** ou **accidentelles**, les **objets instantanés** ou **variables**, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la **surveillance** de l'**autorité qui administre** que l'**intervention** de la **puissance qui institue** ou qui **crée**, sont du ressort des **règlements**. Les **règlements** sont des **actes de magistrature**, et les **lois** des **actes de souveraineté**.*

(...) »

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

*

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

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

Règles fondamentales **Détails d'exécution**

Formes essentielles **Précautions provisoires** ou **accidentelles**

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

*

3-2./ LE CONSEIL D'ETAT CONSACRE LA REGLE DE PARALLELISME DES COMPETENCES ENTRE, D'UNE PART, LA DEFINITION DES OBLIGATIONS ET, D'AUTRE PART, L'INCRIMINATION ET LA SANCTION ADMINISTRATIVE DE LEURS EVENTUELS MANQUEMENTS

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

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

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

« (...) »

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Deux hypothèses d'incrimination se présenteraient :

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

ou, l'inverse,

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

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

« (...)

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

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

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

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

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

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

*

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

« (...)

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

(...) »

(**CE**, **Section 18 Juillet 2008**, **Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304, précité).

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

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

.../...

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

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

La **loi** se borne à créer une **interdiction**, savoir une **obligation négative** (**d'abstention**), sans prévoir **aucune sanction**.

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

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

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

Le **législateur**, quant à lui, bénéficie d'une marge de manœuvre dont ne profite pas le **pouvoir réglementaire**. **Aucune norme constitutionnelle** n'oblige le **Parlement** à assortir l'**obligation** qu'il crée d'un **régime de sanctions**. D'où la **réserve de l'énoncé prétorien** qui précède : « (...) *il n'appartient qu'à la loi de fixer, le cas échéant, le régime des sanctions administratives* (...) » (CE, Section 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n°300304, précité).

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

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

« (...)

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

(...) »

(CE, 09 Décembre 2016, n°383421).

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

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

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

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

« (...) »

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

Attendu que, d'une part, l'article R. 610-5 du code pénal n'est pas applicable lorsque la méconnaissance des interdictions ou obligations prévues par un décret ou un arrêté de police est sanctionnée par un texte spécial ;

(...) »

(**Cass. Crim. 24 Janvier 2012**, n°11-84.529).

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

*

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

1°) « (...)

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

(...) »

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

2°) « (...)

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

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

*

Il résulte des deux arrêts précités :

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

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

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

Leur objet est :

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

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

.../...

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

« (...)

dès lors que les sanctions sont susceptibles de porter atteinte à un droit dont la protection relève de la loi, il incombe au législateur d'en définir le régime ; mais si les droits touchés par la sanction relèvent du décret, c'est le pouvoir réglementaire qui est compétent.

(...) »

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

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

*

Le **Conseil constitutionnel** vient de confirmer que les **conditions essentielles d'accès** à la **profession d'avocat** et de son **exercice** relèvent exclusivement du **législateur**, en tant que ses membres garantissent le **respect des droits de la défense**, à **pleine valeur constitutionnelle** :

« (...)

1. Aux termes de l'article **34** de la **Constitution**, «*La loi détermine les principes fondamentaux... des obligations civiles et commerciales* ». Ressortissent en particulier aux **principes fondamentaux** de ces obligations civiles et commerciales les dispositions qui mettent en cause les **conditions essentielles** de l'exercice d'une **profession** ou d'une **activité économique**.

2. Aux termes du même article, «*La loi fixe les règles concernant ... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». Selon l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** : «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Les **droits de la défense** sont garantis par cette disposition. En vertu de la **loi du 31 décembre 1971** mentionnée ci- dessus, la **profession d'avocat** dispose, sauf exceptions, du **monopole de l'assistance** et de la **représentation en justice**. Par conséquent, il appartient au **législateur** de fixer notamment les **conditions d'accès** à cette **profession** garantissant le **respect des droits de la défense**.

.../...

– Sur les mots « une **maîtrise** » figurant au 2° de l'article **11** de la **loi** du 31 décembre 1971 :

3. Le 2° de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971 prévoit que toute personne souhaitant devenir avocat doit être titulaire, sauf exceptions, d'au moins une maîtrise en droit ou de titres ou diplômes reconnus comme équivalents pour l'exercice de la profession par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé des universités.

4. L'exigence d'un **diplôme en droit** d'un **niveau minimal** conditionnant l'accès à cette **profession** permet de s'assurer de l'**aptitude** des candidats à exercer les **missions d'assistance et de représentation des personnes en justice** garantissant le **respect des droits de la défense**. Ce faisant, les dispositions dont le déclassement est demandé constituent des **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'**exercice des libertés publiques**. Par suite, elles ont un **caractère législatif**.

(...) »

(CC, décision n°2021-292 L du 15 Avril 2021 - Nature juridique de certaines dispositions des articles 11, 12 et 12-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

*

3-3./ SEULE LA LOI EST HABILITEE A LIMITER LA LIBERTE CONTRACTUELLE POUR DES MOTIFS IMPERIEUX D'INTERET GENERAL

La **liberté contractuelle** – déclinaison de la **liberté en général** - prend sa **source constitutionnelle** dans les articles 4 et 5 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) qui disposent respectivement :

Article **4 DDH** :

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

Article **5 DDH** :

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

Seule la **loi**, en effet, a **compétence constitutionnelle** aux fins de **limiter** la **liberté contractuelle**. Ainsi en décide l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 :

« (...)

*La **loi** détermine les **principes fondamentaux** :*

(...)

*- du **régime de la propriété**, des **droits réels** et des **obligations civiles et commerciales** ;*

(...) »

A titre d'exemple, la fixation d'un **délai de prescription** pour exercer l'action en recouvrement d'une **créance civile** relève du domaine de la **loi** (v. **CE**, **27 Novembre 2006**, **CRAMPON**, n°296018).

Le **Code civil** consacre (article **1102**) et encadre (articles **1162** et **1163**) la **liberté contractuelle**. Elle est **tout ce que les parties contractantes** peuvent **stipuler** qui ne contrevienne à l'**ordre public** ni par le **contenu obligationnel** ni par le **but du contrat**.

Article **1102** :

*« Chacun est **libre de contracter** ou de **ne pas contracter**, de **choisir son cocontractant** et de **déterminer le contenu** et la **forme du contrat** dans les **limites** fixées par la **loi**. »*

*La **liberté contractuelle** ne permet pas de déroger aux **règles** qui intéressent l'**ordre public**. »*

Article 1162 :

« *Le **contrat** ne peut déroger à l'**ordre public** ni par ses **stipulations**, ni par son **but**, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* »

Article 1163 :

« *L'**obligation** a pour **objet** une **prestation présente** ou **future**.*

*Celle-ci doit être **possible et déterminée** ou **déterminable**.*

*La **prestation** est **déterminable** lorsqu'elle peut être **déduite du contrat** ou par **référence** aux **usages** ou aux **relations antérieures** des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.* »

Les textes susvisés font écho à la **prohibition générale** formulée par l'article 6 du Code civil :

« *On ne peut **déroger**, par des **conventions particulières**, aux **lois** qui intéressent l'**ordre public** et les bonnes moeurs.* »

*

La référence doctrinale à la **théorie générale de l'obligation** est, dès lors, **pertinente** :

« *Deux principes fondamentaux sont à la base d'une **théorie générale de l'obligation** ; c'est d'eux qu'il faut partir pour aboutir à la classification étudiée : d'une part, le **principe de la force obligatoire de la loi et du contrat** ; d'autre part, le **principe que l'on n'est pas tenu au-delà de ce à quoi on est obligé par la loi ou par le contrat.** (...)* »

(...)

(**Professeur Henri MAZEAUD**, Essai de classification des obligations, RTD civ. 1936, § 37, pp. 33).

*

On rappelle, dans cet ordre d'idées, qu'aux termes de l'article 411 du Code de procédure civile (CPC) :

« Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure. »

S'il devait être explicité (comme se projetant dans une **situation concrète**) au vu de l'interprétation et de l'application qui en sont faites par les **juridictions judiciaires** (v. notamment **arrêt n°2016/ 13D** rendu le 29 Septembre 2016 par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence - Première Chambre A – RG 15/15836 - décision attaquée par le pourvoi n°D 16-26.080** du 18 Novembre 2016 – pièce n°3 et **Cass. 1° Civ, 06 Décembre 2017, n°D 16-26.080 – pièce n°4**), l'article **183** du **décret n°91-1197** du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat se lirait de la façon suivante :

« Par dérogation à l'article 411 du Code de procédure civile, sont interdites la conclusion et l'exécution par un avocat d'un mandat de représentation et d'assistance en justice dès lors que le volume des diligences prévisible est disproportionné par rapport à l'enjeu financier du litige qui en est l'objet. »

Or, la **disproportion librement acceptée par les parties** comme une **possibilité**, en fonction des **nécessités de la défense**, entre le **volume de diligences prévisible** et l'**enjeu financier du litige**, ne rend compte, dans le principe, d'**aucune atteinte à l'ordre public** par le **mandat de représentation et d'assistance en justice**, au sens des articles **1102** et **1162** du Code civil précités, **contrat dont nul juge** ne pourrait, partant, légalement prononcer la **nullité** sans établir l'absence de l'une des trois conditions **limitativement énumérées** par l'article **1128** du même Code, savoir *« 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain. »*

L'**énoncé hypothétiquement normatif** prétendant **déroger** à l'article **411** CPC néglige, en effet, d'une part, l'**intérêt moral** des parties à **agir en justice**, qui **n'est pas quantifiable en argent** et qui ne contrarie en rien l'**intérêt d'une bonne administration de la justice**.

D'autre part, **nulle critique déontologique** ne se justifie lorsque, comme en l'espèce, il n'existe **aucune disproportion** entre le **volume des diligences accomplies par l'avocat** et le montant des **honoraires payés par le client** *« après service rendu en toute connaissance de cause après une information exhaustive. »* (**Ordonnance n°2016/255** irrévocablement rendue le 28 Juin 2016 par le **Premier président de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence – RG N°15/13811 – pièce n°1**, page **4/5 in fine**).

La **Cour de cassation** a, d'ailleurs, postérieurement à l'**arrêt n°1268 F-D** rendu le 06 Décembre 2017 par la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation – pourvoi n°D 16-26.080** (**rejet** – six pages – *pièce n°4*), consacré l'adage latin *Volenti non fit injuria* : à celui qui consent on ne fait pas tort, en jugeant que *« (...) les conséquences d'un engagement librement souscrit et judiciairement déclaré valable ne constituent pas un préjudice réparable ; (...) »* (**Cass. 1° Civ., 10 Avril 2019, n°18-14.987 : cassation** au visa de l'article **1240** du Code civil).

Le **pouvoir réglementaire** n'est donc pas compétent pour **fixer** cette **règle**, que le **législateur** n'a pas adoptée.

Il est à observer, de surcroît, qu'une **loi** a été rendue **nécessaire** pour **limiter** la **liberté de stipuler**, dans un **contrat de collaboration** ou de **travail** conclu entre **deux avocats**, une **clause limitant la liberté d'établissement ultérieure** du collaborateur ou du salarié :

« (...) *Le contrat de collaboration ou le contrat de travail ne doit pas comporter de stipulation limitant la liberté d'établissement ultérieure du collaborateur ou du salarié.*

(...) »

(article **7, alinéa 5** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

On ne voit pas, dans ces conditions, pour quelle raison le **pouvoir réglementaire** serait compétent pour limiter la **liberté contractuelle** au vu d'une **hypothétique disproportion** entre le **volume de diligences prévisible**, d'une part et l'**enjeu financier du litige**, d'autre part.

*

Au vu des développements qui précèdent, l'article **183** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat est vicié d'**incompétence** en tant qu'il **excède l'habilitation législative** de l'article **53, 2°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, en ce qu'il :

1°) incrimine par la voie administrative (en ayant recours au régime disciplinaire), de façon générale, tout manquement :

1-a°) aux obligations statutaires créées par les « *lois* », comme par exemple l'**obligation** faite à l'avocat de **déférer à la commission d'office** décidée par le **président de la cour d'assises** ou le **bâtonnier** (article **9** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) ;

1-b°) aux règles professionnelles d'origine légale ;

1-c°) aux principes de probité (qui est le quatrième des cinq termes du **serment de l'avocat** – article **3, alinéa 2** de **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) et d'**honneur** (qui procède directement de la **dignité**, premier terme dudit **serment**),

dispositions que **seul le législateur** pouvait adopter, ce qu'il n'a pas fait.

2°) limite la liberté contractuelle lors de la **conclusion d'un mandat de représentation et d'assistance en justice**, qui ne devrait pas pouvoir, selon l'**interprétation judiciaire** qui en est livrée (**arrêt n°2016/ 13D** rendu le **29 Septembre 2016** par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence - Première Chambre A – RG 15/15836 – pièce n°3**), être souscrit par le client s'il est susceptible de donner lieu à des **diligences de l'avocat disproportionnées** par rapport à l'**enjeu financier du litige**, **règle restrictive de la liberté contractuelle** que seul le **législateur** pouvait **fixer**, ce qu'il n'a pas fait.

*

4.-/ L'ILLEGALITE INTERNE DE L'ARTICLE 183 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Le **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat se présente sous les traits **hybrides** :

D'une part, d'un **règlement dérivé** en tant que, conformément à l'article **53, 2°** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, il présente, aux articles **183** et **184**, « *les sanctions disciplinaires* » applicables aux **avocats**.

D'autre part, d'un **règlement autonome** en tant qu'il fixe la **procédure disciplinaire** (articles **187** à **199**), même si celle-ci figure dans la **clause d'habilitation**.

Se pose, dès lors, la question de savoir si la **loi** fait ou non **écran** entre le **règlement dérivé** et les **normes** qui lui sont **supérieures**.

En réalité, l'**écran** n'est, en l'occurrence, que **transparent** ou **translucide** dès lors que les **principes essentiels d'indépendance de l'avocat**, de **l'autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral** de la profession, dont l'article **53** de la **loi** précitée impose le respect au **règlement**, ne sont pas de nature à faire **obstacle** à ce que celui-ci soit critiqué dans sa **légalité** au regard de **normes** qui lui sont **supérieures** (**principe général du droit**, **loi**, **traité international**, **Constitution**). Les **contraintes légales s'ajoutent** aux **autres impératifs supra-décrétaux** sans **s'y substituer ni épuiser les obligations normatives** du règlement.

Dans ces conditions, se donnent à voir, en l'espèce :

La **violation** de la **liberté contractuelle** garantie par l'article **4** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**4-1**).

La **violation** de l'article **10** de la **Convention européenne des droits de l'homme** : les nécessaires conséquences à tirer de l'**arrêt CEDH BONO c. FRANCE** du 15 Décembre 2015 (**4-2**).

La **méconnaissance** des **principes essentiels d'indépendance de l'avocat**, de **l'autonomie des conseils de l'ordre** et du **caractère libéral** de la profession (**4-3**).

**4-1.-/ LA VIOLATION DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE GARANTIE
PAR L'ARTICLE 4 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU
CITOYEN DU 26 AOUT 1789**

Ce moyen **s'ajoute** à celui tiré de l'**incompétence** dont est vicié l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

En l'espèce, sont en présence :

D'une part, la **liberté d'entreprendre**, la **liberté contractuelle** et les **droits de la défense**, tous trois **principes à valeur constitutionnelle**.

D'autre part, les **objectifs de valeur constitutionnelle** suivants :

1°) la **sauvegarde de l'ordre public** (CC, décision n°82-141 DC du 27 Juillet 1982, § 5) ;

2°) l'**accessibilité** et l'**intelligibilité du droit** (CC, décision n°99-421 DC du 16 Décembre 1999, § 13) ;

3°) le **bon usage** ou le **bon emploi des deniers publics** (CC, décision n°2003-473 DC du 26 Juin 2003, § 18; CC, décision n°2008-567 DC du 24 Juillet 2008, § 9) ;

4°) la **bonne administration de la justice** (CC, décision n°2009-595 DC du 03 Décembre 2009 – Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, § 4).

Chacun des **objectifs de valeur constitutionnelle** (**OVC**) pourra être mobilisé par le **législateur** pour **pondérer** des **droits** ou **libertés à valeur constitutionnelle**, dans un **but d'intérêt général**, sauf **dénaturation**.

« (...)

– SUR LES GRIEFS TIRÉS DE L'ATTEINTE À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET À LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE :

3. Considérant que la société requérante soutient que les dispositions contestées, en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la fourniture du service pour défaut de paiement, même en dehors de la période hivernale, sans prévoir de contrepartie et sans que cette interdiction générale et absolue soit justifiée par la situation de précarité des usagers, ne sont pas justifiées par un motif d'intérêt général et, dès lors, méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ;

4. Considérant qu'il est loisible au **législateur** d'apporter à la **liberté d'entreprendre** et à la **liberté contractuelle**, qui découlent de l'article 4 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, des **limitations** liées à des **exigences constitutionnelles** ou justifiées par l'**intérêt général**, à la condition qu'il n'en résulte pas d'**atteintes disproportionnées** au regard de l'**objectif poursuivi** ;

5. Considérant que le **législateur** ne saurait porter aux **contrats légalement conclus** une atteinte qui ne soit justifiée par un **motif d'intérêt général suffisant** sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la **Déclaration de 1789** ;

6. Considérant qu'il résulte des **premier, dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946** que la **possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent** est un **objectif de valeur constitutionnelle** ;

7. Considérant, en premier lieu, qu'en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le législateur a entendu garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence ; qu'en ne limitant pas cette interdiction à une période de l'année, il a voulu assurer cet accès pendant l'année entière ; qu'en prévoyant que cette interdiction s'impose quelle que soit la situation des personnes titulaires du contrat, il a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2013 susvisée, entendu s'assurer qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau ; que le législateur, en garantissant dans ces conditions l'**accès à l'eau** qui répond à un **besoin essentiel de la personne**, a ainsi poursuivi l'**objectif de valeur constitutionnelle** que constitue la **possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent** ;

8. *Considérant, en second lieu, d'une part, qu'il résulte des dispositions de la section 2 du chapitre IV du titre II du livre II de la deuxième partie du code général des collectivités territoriales, que la distribution d'eau potable est un service public industriel et commercial qui relève de la compétence de la commune ; que ce service public est exploité en régie directe, affermé ou concédé à des entreprises dans le cadre de délégations de service public ; que l'usager de ce service public n'a pas le choix de son distributeur ; que le distributeur d'eau ne peut refuser de contracter avec un usager raccordé au réseau qu'il exploite ; que lorsque le service public est assuré par un délégataire, le contrat conclu entre ce dernier et l'usager l'est en application de la convention de délégation ; que les règles de tarification de la distribution d'eau potable sont encadrées par la loi ; qu'ainsi, les distributeurs d'eau exercent leur activité sur un marché réglementé ; qu'en outre, la disposition contestée est une dérogation à l'exception d'inexécution du contrat de fourniture d'eau qui ne prive pas le fournisseur des moyens de recouvrer les créances correspondant aux factures impayées ; qu'il s'ensuit que l'atteinte à la **liberté contractuelle** et à la **liberté d'entreprendre** qui résulte de l'interdiction d'interrompre la distribution d'eau **n'est pas manifestement disproportionnée** au regard de l'**objectif poursuivi** par le **législateur** ;*

9. *Considérant, d'autre part, que pour mettre en œuvre cet objectif de valeur constitutionnelle, le législateur pouvait, sans porter une atteinte excessive aux contrats légalement conclus, modifier, y compris pour les conventions en cours, le cadre légal applicable aux contrats de distribution d'eau ;*

10. *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs tirés de ce que les dispositions contestées méconnaîtraient la **liberté contractuelle** et la **liberté d'entreprendre** doivent être écartés;*

(...) »

(CC, décision n°2015-470 QPC du 29 Mai 2015 – Société SAUR SAS, §§ 3 à 10).

*

4-1-1.-/ LE CONTROLE DISCIPLINAIRE DE L'ACTIVITE PROFESSIONNELLE DES AVOCATS EST LA RESULTANTE DE LA CONCILIATION ENTRE, D'UNE PART, LES DROITS DE LA DEFENSE, LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE ET LA LIBERTE CONTRACTUELLE, TOUS TROIS DE RANG CONSTITUTIONNEL ET, D'AUTRE PART, L'OBJECTIF DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

La **conciliation** entre les **droits de la défense** et l'**objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice** s'exprime aux articles **3, alinéa 2 ; 22 et 25** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Est-elle **manifestement déséquilibrée** ?

La réponse à cette question est fournie par l'analyse des textes en cause.

Le premier des articles précités définit l'**avocat** par les cinq termes du **serment** qu'il prête devant la **Cour d'appel**, au moment d'entrer en fonctions : **dignité, conscience, indépendance, probité et humanité**.

Le deuxième prolonge la définition du **défenseur universel** en décidant qu'il est justiciable d'un **conseil de discipline** appelé à **connaître** « (...) *des infractions et fautes commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent établis.* », privé, toutefois, du pouvoir de **sanctionner** les manquements des avocats à leurs **obligations légales** (e.g. article **9**) et chargé seulement de livrer une **constatation**, réponse à la **question de droit**: y a-t-il eu **manquement professionnel** ?

Le troisième traite du cas particulier d'un **manquement** par un avocat, **à l'audience**, « (...) *aux obligations que lui impose son serment* (...) », confirmant, ce faisant, que le **serment de l'avocat** est le **pivot** de la **problématique disciplinaire**.

Chacun des **énoncés législatifs** susvisés, s'il peut être **interprété conformément** à la **Constitution** à laquelle il est subordonné, est la **borne** des **sujétions** susceptibles d'affecter l'exercice des **droits de la défense**, la **liberté d'entreprendre**, comme la **liberté contractuelle**. **Aucune autre contrainte** que celles qu'exprime la **loi** ne s'aurait y être ajoutée, à peine de **dénaturer la mission constitutionnelle** de l'**avocat défenseur**.

Le **législateur** est parti du **principe** voulant que le **professionnel** qui prête **serment** en connaît la **signification** précise. L'intéressé sait, ou doit savoir, dès lors, que chacune de ses **actions** ou **abstentions** sera regardée à travers le prisme du **serment**. Les **obligations** qu'impose à l'**avocat** son **serment** ont pour objet une **prestation qualifiée** (agir d'une certaine manière).

Ce procédé a l'avantage de la **simplicité**, mais suscite bien des **interrogations**.

La difficulté peut surgir, en cas de litige, si l'intéressé ne reconnaît pas, **ex post facto** dans les **griefs déontologiques** qui lui sont adressés, un **manquement** à une **obligation** qu'il aurait contractée lors de sa **prestation de serment**.

Comment résoudre cette difficulté ?

L'analyse des **cas** traités en **jurisprudence** peut y aider.

Sans doute, le **risque d'arbitraire** est-il compensé par le caractère de **relative moindre gravité** de la **sanction administrative** par rapport à la **sanction pénale**. Le critère de **proportionnalité** de la **sanction** prononcée par les organes nationaux intervient, en effet, dans l'appréciation de la violation de la **norme conventionnelle**.

L'**ingérence étatique** que constitue la **condamnation** du requérant dans l'exercice de son **droit à la liberté d'expression** enfreint l'article **10** de la **Convention**, sauf si elle est « *prévue par la loi* », dirigée vers un ou plusieurs des **buts légitimes** énumérés au paragraphe **2** de l'article **10** et « *nécessaire dans une société démocratique* » pour les atteindre (v. **CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE**, requête n°29024/11, § **48**).

L'**ingérence** est **nécessaire** dans une **société démocratique** si elle est **proportionnée** au **but légitime** et si les **motifs** invoqués par les juridictions internes sont **pertinents** (arrêt susvisé, § **50**).

Ainsi, la **Cour de Strasbourg**, a-t-elle estimé qu'il y avait eu, dans l'affaire précitée, « (...) violation de l'article **10** de la **Convention** en raison du caractère **disproportionné** de la **peine infligée au requérant**. (...) » (même arrêt, § **56**).

De même, est-il admis, en matière **disciplinaire**, que « *le principe de légalité des délits est satisfait dès lors que les textes applicables font référence à des obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent ; (...)* » :

« (...)

*Considérant que le requérant soutient que le principe de légalité des délits et des peines s'opposait à ce que le Haut Conseil du commissariat aux comptes pût infliger une sanction fondée sur la méconnaissance de ces textes, qui n'auraient pas défini avec une précision suffisante les obligations imposées aux commissaires aux comptes ; que, toutefois, pour ce qui concerne les sanctions susceptibles d'être infligées aux membres des professions réglementées, y compris celles revêtant un caractère disciplinaire, le principe de légalité des délits est satisfait dès lors que les textes applicables font référence à des obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent ; que, dès lors, le Haut Conseil du commissariat aux comptes n'a pas entaché sa décision d'erreur de droit en retenant que la méconnaissance des dispositions figurant à l'article **L. 225-222** du code de commerce et à l'article **88** du décret du 12 août 1969 pouvait faire l'objet d'une sanction disciplinaire ;*

(...) »

(**CE, Section, 12 Décembre 2009, Petit, n°311641**).

Cependant, l'appréciation moins stricte du **principe de légalité des délits et des peines**, qui trouve à s'appliquer en **matière disciplinaire**, ne doit pas conduire à vider ce principe de sa **substance**, à peine de **dénaturation**.

*

.../...

4-1-2/ LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE DOIT SE CONCILIER AVEC LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE : LA JUSTIFICATION DU SERMENT ET DU CONTROLE ADAPTE DE LA DEONTOLOGIE DES AVOCATS, DONT L'ORDRE N'EST PAS, EN FRANCE, LE MODE LEGAL D'ORGANISATION

La **conciliation** entre les **droits de la défense**, d'une part, raison d'être de l'**avocat**, et l'**objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice**, d'autre part, justifie de le **contraindre à prêter serment** avant d'entrer en fonctions.

Il est, en effet, légitime, au regard de l'intérêt d'une **bonne administration de la justice** que les professionnels qui se destinent à la **mission constitutionnelle de défense** prennent l'**engagement solennel** devant le **Droit** et l'**Etat** d'agir en toutes circonstances selon des **principes éthiques** qui en sont la **garantie**.

Tel est l'objet du **serment** que formule l'article **3, alinéa 2** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, par lequel l'**avocat** jure d'exercer ses « *fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité.* »

Quant au **contrôle** de la **déontologie des avocats** qu'appelle naturellement le **serment qu'ils prêtent**, générateur d'**obligations** envers leurs **futurs clients** et les **tiers** (« (...) *la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* », au sens et pour l'application de l'article **1100, alinéa 2** du Code civil), il doit, à peine de **dénaturation** de la **mission constitutionnelle de défense**, respecter un **équilibre**. Celui-ci sera obtenu, en **France**, où l'**ordre** n'est pas le **mode légal** d'organisation de la profession d'avocat, en **adaptant** le **régime de sanctions** au « *statut spécifique des avocats, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, (qui) leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice. (...)* » (**CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, § 132).

*

L'atteinte à la **liberté d'entreprendre** n'apparaît pas, dans ces conditions, sous l'angle de la **prestation du serment de l'avocat**, comme **condition d'accès à la profession**, **manifestement disproportionnée**.

Le même constat n'est, cependant, pas possible en ce qui concerne l'**atteinte à la liberté contractuelle** et à la **liberté d'expression**, toutes deux **vecteurs nécessaires des droits de la défense**, de **rang constitutionnel**.

*

4-1-3/ LA LIBERTE CONTRACTUELLE DOIT SE CONCILIER AVEC LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE SANS SUBIR DE DENATURATION

La question de droit à résoudre est la suivante :

Dans quelle mesure le **pouvoir normatif** peut-il, au vu de l'**objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice**, porter atteinte à la **liberté contractuelle**, en **limitant la conclusion et l'exécution d'un mandat de représentation et d'assistance en justice**, sans laquelle les **droits de la défense, à pleine valeur constitutionnelle** ne peuvent s'exercer ?

Aux termes des articles 1162 et 1163 du Code civil (Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété - Titre III : Des sources d'obligations - Sous-titre Ier : Le contrat - Chapitre II : La formation du contrat - Section 2 : La validité du contrat - Sous-section 3: Le contenu du contrat) :

Article 1162 :

*« Le **contrat** ne peut déroger à l'**ordre public** ni par ses **stipulations**, ni par son **but**, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »*

Article 1163 :

*« L'**obligation** a pour **objet** une **prestation présente ou future**.*

*Celle-ci doit être **possible et déterminée ou déterminable**.*

*La **prestation** est **déterminable** lorsqu'elle peut être déduite du **contrat** ou par **référence aux usages ou aux relations antérieures des parties**, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »*

De surcroît, l'article 411 du Code de procédure civile (CPC) dispose :

*« Le **mandat de représentation en justice** emporte **pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure**. »*

Il résulte des **dispositions législatives et réglementaires** susvisées que, sauf **raison impérieuse d'intérêt général** dont le **pouvoir normatif** devra dûment justifier, il ne sera pas **légalement possible** de reprocher à un avocat d'avoir **conclu un contrat de mandat aux fins de représentation et d'assistance en justice** dont aucune des stipulations **n'est contraire à l'ordre public**.

En outre l'article 8, alinéa 2 du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat prévoit expressément la **faculté de renouvellement du mandat, l'extension des pouvoirs** de l'avocat étant, même, **obligatoire** *« si les circonstances l'exigent. »*.

Ce texte dispose, à cet égard :

*« L'avocat doit justifier d'un **mandat écrit** sauf dans les cas où la **loi** ou le **règlement en présume l'existence**.*

*L'avocat s'assure au préalable de la **licéité de l'opération** pour laquelle il lui est donné mandat. Il respecte strictement l'**objet** du mandat et veille à obtenir du mandant une **extension** de ses **pouvoirs** si les circonstances l'exigent.*

L'avocat ne peut, sans y avoir été autorisé spécialement et par écrit par le mandant, transiger en son nom et pour son compte ou l'engager irrévocablement par une proposition ou une offre de contracter.

L'avocat ne peut disposer de fonds, effets ou valeurs ou aliéner les biens du mandant que si le mandat le stipule expressément ou, à défaut, après y avoir été autorisé spécialement et par écrit par le mandant. »

Il résulte des dispositions précitées qu'un avocat ne saurait légalement se voir reprocher d'avoir sollicité et obtenu de son client, à plusieurs reprises, **l'extension de ses pouvoirs**.

*

Il est remarquable, à cet égard, que l'article **5** du **décret n°2005-790 du 12 Juillet 2005** relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat **réserve les droits de la défense** :

*« L'avocat respecte le **secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale**, en s'abstenant de communiquer, **sauf pour l'exercice des droits de la défense**, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours.*

(...) ».

« (...)

En ce qui concerne l'article 5 :

*Considérant que l'article 5 du décret **se borne à faire du respect du secret de l'instruction**, tel qu'il est institué par l'article 11 du code de procédure pénale, une **obligation déontologique pour l'avocat** ;*

*qu'il **réserve l'exercice des droits de la défense** et ne méconnaît pas l'article 6, § 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

.../...

Considérant que si, en vertu du **troisième alinéa** de l'article **11** du code de procédure pénale, le **procureur de la République** peut, au cours de l'enquête et de l'instruction, rendre publics certains éléments objectifs tirés de la procédure « ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause », pour éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, la **mission d'intérêt général** ainsi assignée au **Parquet** ne prive pas de justification l'**obligation** faite à l'avocat de respecter le secret de l'enquête et de l'instruction et ne met pas en cause le principe du **procès équitable** ;

(...) »

(CE, sixième et première sous-sections réunies, 15 Novembre 2006, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Premier ministre, n°283475, n°284964 et autres).

*

A titre de comparaison, le **contentieux disciplinaire** des magistrats de l'ordre judiciaire n'offre aucun exemple de condamnation d'un magistrat pour le seul fait d'avoir rendu un **jugement** ou signé un **réquisitoire**.

On en tire aisément l'**inapplication** à ces hypothèses de l'article **43, alinéa 1er** de l'**ordonnance** n°58-1270 du 22 Décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, selon lequel :

« **Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire.** (...) »

Le **recueil** des **obligations déontologiques** des magistrats publié par le CSM confirme la solution :

« (...)

13. Les magistrats ne peuvent être poursuivis ou sanctionnés disciplinairement en raison de leurs **décisions juridictionnelles**. ■

(...) »

Seuls, des **faits** susceptibles de **preuve** et d'un **débat contradictoire**, commis **dans l'exercice** ou **à l'occasion de l'exercice** de ce **mandat** et **manifestement contraires à son objet** devraient, le cas échéant, être **blâmables** comme caractérisant une violation des **obligations** qu'imposent le **serment** de l'avocat ou les **textes réglementaires**.

Est, de même, problématique, sous l'angle de l'atteinte substantielle à la liberté contractuelle, le renvoi opéré par l'article 183 du décret précité à la délicatesse (Cass. 1^o Civ., 10 Juillet 2014, n^o13-19.284), diminutif de la dignité, sans préciser que ce principe déontologique, pas plus que les autres règles professionnelles, telles la loyauté et la prudence, ne saurait être interprété comme faisant obstacle à la conclusion et/ou l'exécution d'un mandat de représentation et d'assistance en justice, vecteur nécessaire des droits de la défense, de rang constitutionnel.

La jurisprudence judiciaire confirme que cette conséquence juridique que l'on tire logiquement de la hiérarchie des normes n'a pas été, dans la volonté du pouvoir réglementaire, incluse dans le texte critiqué (CA Aix-en-Provence, 1^{re} Chambre A, 29 Septembre 2016, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Bâtonnier du Barreau de Marseille, arrêt n^o2016/13D ; n^o RG 15/15836 - pièce n^o3 ; Cass. 1^o Civ., 06 Décembre 2017, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Bâtonnier du Barreau de Marseille et Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, arrêt n^o1268 F-D, pourvoi n^oD 16-26.080 – pièce n^o4).

Ainsi, pour prétendre imputer à Maître KRIKORIAN un manquement à « ses obligations de prudence, délicatesse, loyauté à l'égard de ses clients (...) » (arrêt précité du 29 Septembre 2016, page 14/15 – pièce n^o3), la Cour d'appel d'Aix-en-Provence énonce :

« (...)

Sur le fond

Selon l'article 3 du décret n^o 91-1197 du 27 novembre 1991 l'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité, et humanité, dans le respect des termes de son serment. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie.

Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence.

Aux termes de l'article 183 du décret n^o 91-1197 du 27 novembre 1991 toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extra professionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article 184.

Le litige des époux Valenchon confié par eux à Maître Krikorian, concerne un problème de voisinage à la suite de la détérioration partielle de la clôture grillagée avec la propriété voisine située à Bouc Bel Air.

*Le litige s'est déroulé sur **huit années de procédures de 2006 à 2014** devant de **nombreuses juridictions** : tribunal d'instance d'Aix-en-Provence, tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence, Cour d'appel d'Aix-en-Provence (appels des ordonnances de référés des 12 septembre 2006, 7 mai 2007, 7 juin 2007, de l'ordonnance de mise en état du 18 février 2011, de l'ordonnance de taxe du 7 septembre 2007, contre le certificat de vérification des dépens du 8 juillet 2009, action en récusation du Premier Vice-Président du tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence, action aux fins de renvoi pour cause de suspicion légitime à l'encontre de l'ensemble des magistrats de la 4ème chambre A de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence), Cour de Cassation (pourvoi contre l'ordonnance du 7 mai 2007, de l'arrêt du 13 mars 2008, de celui du 9 janvier 2014 de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, contre l'ordonnance du 9 décembre 2008 et le certificat de vérification des dépenses du 24 janvier 2014), Conseil d'Etat (contre une décision d'incompétence).*

Initialement une expertise judiciaire a été instaurée par le tribunal d'instance d'Aix-en-Provence à laquelle les époux Valençon ont refusé de participer, sur les recommandations de Maître Krikorian et une dizaine d'instances ont donc été engagées pour ce litige faisant l'objet de plusieurs incidents de procédures et de plusieurs recours devant la Cour de Cassation, le dernier ayant été abandonné en l'état du désaccord entre Maître Krikorian et l'avocat à la Cour de Cassation qu'il avait choisi pour représenter les époux Valençon.

*Ces différentes procédures ont généré un coût d'environ **200.000 euros** se répartissant entre les frais, article 700, amendes et dépens à hauteur de 40.000 euros et les débours et honoraires de Maître Krikorian de plus de 160.000 euros, 119.000 euros HT selon Maître Krikorian, pour un intérêt financier du litige, selon l'expert judiciaire initialement désigné, de **10.000 euros**.*

*Maître Krikorian, pour assurer la représentation de ses clients au cours de ces procédures, leur a fait signer **15 mandats d'extension de mission**, à partir d'une **convention d'honoraires** initiale en date du 15 septembre 2006 définissant la rémunération de ses diligences et prestations. La dernière facture d'honoraires du mois de septembre 2014 a été rejetée par les époux Valençon qui ont saisi le Bâtonnier.*

*La **disproportion** entre la **multiplication des procédures** et le **coût** généré par celles-ci, **20 fois supérieur au coût prévisionnel du litige**, manifeste l'**absence de conseil et de mise en garde de l'avocat à ses clients profanes** alors qu'existent entre l'avocat et son client des **relations de confiance** et plus particulièrement en l'espèce, car les époux Valençon étaient des **amis** de la famille Krikorian et ils ont indiqué dans leur plainte avoir une **confiance absolue en leur avocat**.*

*Il lui appartenait en effet d'**attirer leur attention sur les conséquences négatives de cet acharnement procédural inadapté à son objet**. Or, il ne justifie pas avoir respecté ses **obligations d'éclairer de façon réelle et circonstanciée ses clients** sur les procédures qu'il a initiées auxquelles les clients auraient passé outre.*

Au contraire, ces derniers ont indiqué qu'ils ont subi une "déferlante procédurale qui a commencé lorsque Maître Krikorian a décidé de refuser l'expertise judiciaire ordonnée" mis en avant le "scandale financier" dont ils ont été victimes" et "l'obligation qui leur était faite de régler, sans discussion préalable, des honoraires de prestations après services rendus, sans avoir été prévenus par avance du coût de chacune des nouvelles actions""et ont estimé qu'ils n'ont pas reçu les conseils appropriés, que leurs intérêts ont été négligés et leur confiance abusée.

Les termes des mandats signés par ses clients combinés à ceux relatifs à sa très grande autonomie dans le déroulement des procédures, posent la question de son désintéressement financier et la multiplication de ces procédures inefficaces pour ses clients, détachées de leurs intérêts en les associant à son combat personnel sur la contestation du statut de l'avocat, revêt à leur égard un caractère manifestement déloyal.

Il en résulte que Maître Krikorian a manqué à ses obligations de prudence, délicatesse, loyauté à l'égard de ses clients, faits étrangers et sans incidence sur la procédure en contestation des honoraires.

Il convient en conséquence de prononcer à l'encontre de Maître Krikorian un blâme à titre de sanction disciplinaire et d'ordonner en application de l'article 184 alinéa 3 du décret du 27 novembre 1991 la publicité du dispositif de la présente décision dans le quotidien La Provence, aux frais de Maître Krikorian, sans que le coût total de cette publication puisse dépasser la somme de 3.000 euros HT, à la diligence du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille.

(...) »

Il est constant, à cet égard, qu'aucun des griefs développés par la Cour d'appel n'est étranger à la mise en œuvre par Maître KRIKORIAN des droits de la défense de ses anciens clients (Volenti non fit injuria, à celui qui consent on ne fait pas tort ; Cass. 1° Civ., 10 Avril 2019, n°18-14.987 : cassation au visa de l'article 1240 du Code civil : « (...) les conséquences d'un engagement librement souscrit et judiciairement déclaré valable ne constituent pas un préjudice réparable ; (...) »).

On sait, dans cet ordre d'idées, que l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, que justifie « le libre exercice du droit d'agir et de se défendre en justice », « fait obstacle à ce qu'un justiciable puisse faire l'objet, au titre de propos tenus ou d'écrits produits par lui dans le cadre d'une instance juridictionnelle, en plus des mesures prévues par cet article, de poursuites disciplinaires fondées sur le caractère diffamatoire de ces propos ou écrits ; (...) » (CE, 4e et 5e sous-sections réunies, 22 Mai 2015, n°370429).

Il est clairement énoncé par le Conseil d'Etat que les droits de la défense – de rang constitutionnel (article 16 DDH) - et l'immunité qui en procède, en termes de diffamation, s'opposent à toutes poursuites disciplinaires qui tendraient à réprimer un abus dans l'exercice de la défense.

On conçoit aisément, dès lors, que si le **contentieux disciplinaire** des **avocats** relevait du **Conseil d'Etat** et non pas de la **Cour de cassation**, qui adopte, sur ce point précis, une **position jurisprudentielle radicalement opposée** (**Cass. 1^o Civ., 16 Décembre 2003**, n°03-13.353, n°03-14.649 jugeant que les dispositions de l'article **41** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse « *ne sont pas applicables en matière disciplinaire* »), il ne serait pas possible de reprocher déontologiquement à un **avocat** d'avoir exercé les **droits de la défense** d'un client, **avec zèle**, comme l'exige de lui la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH, Grand Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, § **137**).

Quant à la **Cour de cassation**, d'ordinaire soucieuse de contrôler l'existence d'une **faute** de nature à engager la **responsabilité civile** d'une **personne** (**Cass. Civ., 28 Février, 15 Mars et 07 Juillet 1910**, Dalloz 1913, p. 43), elle ne permet pas, par l'**absence de motivation** de sa décision susvisée (**Cass. 1^o Civ., 06 Décembre 2017, Maître Philippe KRIKORIAN c/ Bâtonnier du Barreau de Marseille et Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, arrêt n°1268 F-D, pourvoi n°D 16-26.080 – *pièce n°4*), d'évacuer le grief fait au décret litigieux.

Cette seule espèce suffit à démontrer que l'article **183** du **décret** susvisé ne peut pas, en tout état de cause, dans l'application qu'en font les **juridictions judiciaires statuant en matière disciplinaire**, être **interprété** comme **exonérant** du **grief déontologique d'indélicatesse** le **seul fait de conclure** ou d'**exécuter** un **mandat de représentation et d'assistance en justice**, dont l'article **411** du Code de procédure civile dit, pourtant, qu'il « *emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure.* »

Si cette **interprétation neutralisante** du texte litigieux avait été rendue possible par l'**appréciation judiciaire** de son **contenu normatif**, ce troisième grief aurait été sans fondement. Il vient d'être démontré, **jurisprudence pertinente** à l'appui, à l'inverse, que ce grief, comme ceux qui le précèdent, conserve son **entière actualité**.

*

Dans ces conditions, l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat devra être :

1°) abrogé en tant qu'il n'exclut pas de son champ d'application la conclusion et l'exécution, le cas échéant, renouvelées, d'un contrat de mandat aux fins de représentation et d'assistance en justice dont aucune des stipulations n'est contraire à l'ordre public ;

ou

2°) à tout le moins, modifié dans le même sens.

*

4-2.-/ LA VIOLATION DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME GARANTISSANT LA LIBERTE D'EXPRESSION, LAQUELLE DOIT SE CONCILIER AVEC LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Il est constant, à cet égard, ainsi que l'a énoncé la **Cour d'appel de Paris**, l'article **183** du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat a joué un **rôle prépondérant** dans la **condamnation** de **Maître Sébastien BONO** à « *la sanction disciplinaire du blâme et la peine complémentaire d'inéligibilité aux instances professionnelles pendant une durée de cinq ans ;* » pour des faits qualifiés de « *manquement aux principes essentiels de la profession d'avocat, en l'espèce à la dignité, à l'honneur, à la délicatesse et à la modération ;* » :

« (...)

CELA ÉTANT EXPOSÉ, LA COUR:

Considérant, tout d'abord, qu'en raison de l'autonomie du droit disciplinaire, la formation de la cour d'appel appelée à statuer sur un recours formé à l'encontre d'un arrêté du conseil de discipline de l'ordre des avocats, conformément aux dispositions de l'article 16 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, n'est en aucun cas liée par l'appréciation portée par une juridiction pénale sur le comportement d'un avocat;

Que l'article 183 du décret précité précise que toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extra-professionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article 184 (du même code)';

Que c'est au seul regard des dispositions de l'article 183 du décret du 27 novembre 1991 que cette formation de la cour d'appel est appelée à examiner les faits reprochés à l'avocat objet d'une poursuite disciplinaire;

(...) »

(CA Paris, Pôle 02, Chambre 01, 25 Juin 2009, RG n°08/18574).

La **Cour de cassation** a **rejeté** le **pourvoi** de **Maître BONO**, présenté sous forme d'un **moyen unique**, divisé en **six branches** :

« (...)

Mais attendu, d'abord, que l'arrêt énonce exactement que les dispositions des articles 41 et 65 de la loi du 29 juillet 1881 ne sont pas applicables en matière disciplinaire ; qu'ensuite, ayant à bon droit rappelé que si l'avocat a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat, sa liberté d'expression n'est pas absolue car sujette à des restrictions qu'impliquent, notamment, la protection de la réputation ou des droits d'autrui et la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, la cour d'appel a constaté que les propos incriminés n'avaient pas simplement pour objet de critiquer la conduite de la procédure d'instruction et de contester la valeur des déclarations faites par le suspect au cours des interrogatoires menés en exécution de la commission rogatoire internationale délivrée par les juges d'instruction français, mais mettaient personnellement en cause ces magistrats dans leur intégrité morale, leur reprochant d'avoir délibérément favorisé l'usage de la torture et de s'être ainsi rendus activement complices des mauvais traitements infligés par les enquêteurs syriens ; qu'ayant relevé que ces graves accusations étaient aussi inutiles au regard des intérêts du client que gratuites, puisque les magistrats, dans le compte-rendu de leur mission à Damas, avaient décrit les difficultés rencontrées auprès des autorités syriennes, opposées à ce qu'ils assistent aux interrogatoires, elle en a justement déduit que les propos litigieux ne relevaient pas de la protection de la liberté d'expression, mais constituaient un manquement à l'honneur et à la délicatesse ; que par ces motifs qui ne manifestent aucune partialité et en l'absence de toute violation du principe de la présomption d'innocence, elle a légalement justifié sa décision infligeant à l'avocat un simple blâme assorti d'une inéligibilité temporaire aux fonctions de membre des organismes et conseils professionnels ;

(...) »

(Cass. 1^o Civ., 14 Octobre 2010, n^o09-16.495, n^o09-69.266).

Or, cinq après, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE, requête n^o29024/11, §§ 42 à 56), à l'unanimité, pour violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant la liberté d'expression, « (...) en raison du caractère disproportionné de la peine infligée au requérant. » (§ 56), la Cour de Strasbourg considérant « (...) qu'en allant au-delà de la position ferme et mesurée de la cour d'appel pour infliger une sanction disciplinaire au requérant, les autorités ont porté une atteinte excessive à l'exercice de la mission de défense de l'avocat. » (§ 55).

Autrement dit, la mesure de police de l'audience que toute juridiction peut prendre, « même d'office » (CE, 15 Mars 2019, n^o413584), sur le fondement de l'article 41, alinéa 5 de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, se traduisant notamment par « la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires », qu'ils soient ou non « étrangers à la cause », doit être envisagée par la juridiction saisie de la cause, avant toute autre mesure.

La sanction disciplinaire ne peut, dans cet ordre d'idées, être recherchée que si les propos tenus ou les écrits produits devant la juridiction excèdent manifestement les limites des droits de la défense.

Or, la Cour d'appel de Paris (arrêt du 25 Juin 2009), comme la Cour de cassation (arrêt du 14 Octobre 2010) se sont expressément référées à l'article 183 du décret précité pour, respectivement, prononcer la sanction du blâme et rejeter le pourvoi formé à son encontre :

.../...

« (...)

*Que c'est au **seul regard** des dispositions de l'article **183** du **décret du 27 novembre 1991** que cette formation de la cour d'appel est appelée à **examiner les faits reprochés** à l'avocat objet d'une **poursuite disciplinaire**;*

(...) »

(**CA Paris, Pôle 02, Chambre 01, 25 Juin 2009**, RG n°08/18574) ;

« (...) qu'ayant relevé que ces **graves accusations** étaient aussi **inutiles** au regard des **intérêts du client** que **gratuites**, puisque les magistrats, dans le compte-rendu de leur mission à Damas, avaient décrit les difficultés rencontrées auprès des autorités syriennes, opposées à ce qu'ils assistent aux interrogatoires, elle en a **justement déduit** que les **propos litigieux** ne relevaient pas de la **protection de la liberté d'expression**, mais constituaient un **manquement à l'honneur** et à la **délicatesse** ; que par ces motifs qui ne manifestent aucune partialité et en l'absence de toute violation du principe de la présomption d'innocence, elle a **légalement justifié sa décision** infligeant à l'avocat un **simple blâme** assorti d'une **inéligibilité temporaire** aux fonctions de membre des organismes et conseils professionnels ;

(...) »

(**Cass. 1° Civ., 14 Octobre 2010**, n°09-16.495, n°09-69.266).

Le **manquement à l'honneur** et à la **délicatesse** est, en effet, incriminé par l'article **183** du décret susvisé, sous réserve de l'**incompétence**, comme susdit, du **pouvoir réglementaire** pour **incriminer** et **réprimer** le **manquement** à une **obligation légale**, la **dignité** dont l'**honneur** procède étant l'un des cinq termes du **serment légal** de l'**avocat**.

Ce qui est reproché en substance aux **juridictions françaises** par la **Cour européenne des droits de l'homme** est d'avoir écarté du **débat** relatif à l'**étendue** du **droit de critique** exercé par l'**avocat** quant au **fonctionnement de la justice**, sous l'angle de sa **liberté d'expression**, vecteur nécessaire des **droits de la défense**, une **disposition législative**, en l'occurrence, l'article **41, alinéa 5** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse, qui a vocation à s'appliquer de **façon générale**.

Autrement dit, le **comportement** de l'**avocat** doit s'apprécier à l'aune des **normes** régissant la **matière siège** dudit comportement.

S'agissant des **abus** de la **liberté d'expression**, ils ne peuvent, en vertu de l'article **11** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789**, à **pleine valeur constitutionnelle**, qu'être réprimés par la **loi** et non par le **règlement** :

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

Un **décret**, fût-il pris en **Conseil d'Etat**, ne peut pas **légalement** restreindre une **liberté** au-delà des **limitations** que la **loi** lui a apportées.

C'est en ce sens que se prononce le **Conseil d'Etat** à propos de **poursuites disciplinaires** visant un **médecin** pour des **propos diffamatoires** tenus lors d'une **instance juridictionnelle**, jugeant que l'**immunité** de l'article **41** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse, que justifie « *le libre exercice du droit d'agir et de se défendre en justice* », « *fait obstacle à ce qu'un justiciable puisse faire l'objet, au titre de propos tenus ou d'écrits produits par lui dans le cadre d'une instance juridictionnelle, en plus des mesures prévues par cet article, de poursuites disciplinaires fondées sur le caractère diffamatoire de ces propos ou écrits ; (...)* » (**CE, 4e et 5e sous-sections réunies, 22 Mai 2015, n°370429**).

Aux yeux de la **Haute assemblée** les dispositions de l'article **41, alinéas 4 à 6** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse suffisent à assurer une **bonne administration de la justice**, sans qu'il soit besoin d'y ajouter des **mesures d'ordre disciplinaire**.

L'**immunité** que procure aux plaideurs l'article **41, alinéa 4** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse est une **immunité juridictionnelle** en ce sens qu'elle **empêche toutes poursuites** devant une **juridiction** pour **diffamation, injure ou outrage**. La **loi** supprime le **droit d'agir en justice**, ce qui signifie que l'**action n'existe pas** de ces chefs :

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

Cela étant, la juridiction saisie de la cause n'est pas, pour autant, privée de tout **pouvoir de police de l'audience**, comme le prévoit expressément l'**alinéa 5** du même article :

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

Ce principe est repris par l'article **24** du Code de procédure civile, au titre de l'**obligation de réserve** qui s'impose aux **parties** (**Livre Ier : Dispositions communes à toutes les juridictions – Titre Ier : Dispositions liminaires – Chapitre Ier : Les principes directeurs du procès – Section X : L'obligation de réserve**) :

« Les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice. »

Le juge peut, suivant la gravité des manquements, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer les écrits, les déclarer calomnieux, ordonner l'impression et l'affichage de ses jugements. »

Comme cela est logique, l'**immunité de la défense** cesse là où disparaissent les **droits de la défense**, selon la formulation de l'**alinéa 6** :

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

C'est ce que juge la **Chambre criminelle** de la **Cour de cassation** :

« (...) *sont exclus de l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 les seuls discours ou écrits outrageants, étrangers à la cause et excédant les limites des droits de la défense ;*

(...) »

(**Cass. Crim.**, 03 Septembre 2019, Maître Philippe **KRIKORIAN**, n°B 18-86.208 F-D).

*

On comprend, à la lumière des textes et différentes jurisprudences susvisés que des **discours** ou **écrits** pourront être **supprimés** (**mesure de police de l'audience**) par la juridiction saisie de la cause dès lors qu'ils sont **injurieux**, **outrageants** ou **diffamatoires**, sans qu'ils soient, pour autant, **étrangers à la cause**, ce qui signifie qu'un **lien**, aussi ténu soit-il, les rattache à l'**objet** du **litige**.

L'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat a été, à tort, **interprété** et **appliqué** par les **juridictions judiciaires françaises** comme **excluant l'application** notamment de l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse.

A contrario, si la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation** avait adopté la même position, beaucoup plus juridique, que le **Conseil d'Etat** (**CE**, **4e et 5e sous-sections réunies**, **22 Mai 2015**, n°370429), le comportement de Maître **BONO**, à l'audience, aurait été apprécié différemment, puisqu'il aurait, dans le principe, bénéficié de l'**immunité des débats** qu'offre aux **parties** et à leurs **défenseurs** l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse. Seuls en auraient été exclus les « *discours ou écrits outrageants, étrangers à la cause et excédant les limites des droits de la défense ; (...)* », selon la formulation retenue par la **Chambre criminelle** (**Cass. Crim.**, 03 Septembre 2019, Maître Philippe **KRIKORIAN**, n°B 18-86.208 F-D).

Aux fins que les **exigences** de la **Convention européenne des droits de l'homme** en termes de **liberté d'expression** soient respectées par les **autorités françaises**, dans un cas de figure semblable à celui jugé par la **Cour de Strasbourg** le 15 Décembre 2015, plaçant au centre de la problématique la **mission de défense d'un avocat**, l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse devra, dans un premier temps, être mobilisé pour savoir si les **propos** tenus à l'audience ou les **écrits** produits devant la juridiction peuvent bénéficier de l'**immunité** prévue par son **alinéa 4**, sous réserve du **pouvoir** de « *suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires (...)* », comme **mesure de police de l'audience** dont l'**alinéa 5** dote la juridiction saisie de la cause.

Ce n'est que si les « *discours ou écrits outrageants (sont) étrangers à la cause et exc(è)d(e)nt les limites des droits de la défense (...)* » (**Cass. Crim.**, 03 Septembre 2019, Maître Philippe **KRIKORIAN**, n°B 18-86.208 F-D), que la **juridiction**, qui devra les **déclarer** tels, pourra recouvrer son **pouvoir de dénonciation** au **procureur général** qu'elle tient de l'article **25** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Cette hypothèse correspond à la situation régie par l'**alinéa 6** de l'article **41** de la **loi** du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, rouvrant l'**action publique** et l'**action civile** au profit des **parties** qui auront demandé qu'elles leur soient **réservées** « *et, dans tous les cas (...) l'action civile des tiers.* »

.../...

Autrement dit, le seul exercice du pouvoir de « *suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires* (...) » en vertu de l'**alinéa 5** de l'article précité, pouvant être justifié par leur caractère **excessif** troublant la **sérénité des débats**, ne suffit pas, pour autant, à caractériser, de la part de l'**avocat** « *un manquement aux obligations que lui impose son serment* », au sens de l'article **25, alinéa 1er** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

En effet, comme l'observe la **Cour européenne des droits de l'homme**, la **menace de poursuites disciplinaires ex post facto**, pour des **propos** tenus par un avocat dans le **prétoire**, sans qu'ils soient déclarés **étrangers à la cause** ni appréciés comme **excédant les limites des droits de la défense**, heurte de front l'**obligation** de l'**avocat** de défendre les intérêts de ses clients avec **zèle**, propre à sa **mission constitutionnelle de défense** :

« (...)

47. Enfin, la Cour rappelle qu'elle a déjà considéré qu'un **contrôle ex post facto** de propos formulés par un avocat dans le prétoire **se concilie difficilement** avec le **devoir** de l'avocat de **défendre ses clients** et peut avoir un **effet « inhibant »** sur l'exercice par celui-ci de ses **obligations professionnelles** (*Nikula, précité, § 54, Steur c. Pays-Bas, no 39657/98, §44, CEDH 2003-XI ; mutatis mutandis, Roland Dumas c. France, no 34875/07, § 48, 15 juillet 2010*).

(...) »

(CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE, requête n°29024/11, § 47).

En tout état de cause, l'**action disciplinaire**, appréciée comme étant « *l'action civile des tiers* », dans l'**intérêt d'une bonne administration de la justice**, au sens et pour l'application de l'article **41, alinéa 6** de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, résultant du **délit de presse** qui, par l'initiative procédurale de la **juridiction**, recouvre sa **qualification pénale** (articles **30, 31, 32** ou **33**), devra, le cas échéant, conformément à l'article **65, alinéa 1er** de ladite loi, être exercée par le **procureur général, seul titulaire** de l'action, dans ce cas précis où un **avocat** aurait, en **abusant** de sa **liberté d'expression**, « *commis à l'audience un manquement aux obligations que lui impose son serment* » (article **25, alinéa 1er** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), dans les **trois mois** « *à compter du jour* » où les propos auront été tenus ou les écrits produits « *ou du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait.* ». L'**alinéa 2** de l'article **65** de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse étant lui-même applicable :

« Toutefois, avant l'engagement des poursuites, seules les **réquisitions aux fins d'enquête** seront interruptives de prescription. Ces réquisitions devront, à peine de nullité, **articuler et qualifier** les provocations, outrages, diffamations et injures à raison desquels l'enquête est ordonnée. »

De la même façon, la **citation** du **procureur général** devant le **Conseil régional de discipline** devra, à peine de **nullité**, respecter les dispositions de l'article **53** de la loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, ci-après reproduites :

« La citation **précisera et qualifiera le fait incriminé**, elle indiquera le **texte de loi applicable** à la poursuite.

Si la citation est à la requête du plaignant, elle contiendra élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie et sera notifiée tant au prévenu qu'au ministère public.

Toutes ces formalités seront observées à peine de **nullité de la poursuite**. »

Il est, en effet, jugé par la **Cour de cassation**, au visa de l'article **53** précité, statuant en **matière civile**, dans laquelle l'article **277** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat range expressément l'**action disciplinaire** (« Il est procédé comme en **matière civile** pour tout ce qui n'est pas réglé par le présent décret. »), que « **l'assignation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait incriminé et énoncer le texte de loi applicable ; (...)** » :

« (...)

Vu l'article **53** de la loi du 29 juillet 1881 ;

Attendu que, selon ce texte, **l'assignation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait incriminé et énoncer le texte de loi applicable ; qu'est nulle une assignation qui retient pour les mêmes faits une double qualification fondée sur la loi du 29 juillet 1881 et sur l'article 9-1 du code civil ;**

(...) »

(**Cass. 1° Civ., 04 Février 2015, n°13-19.455**).

Seront, de même, applicables les dispositions de l'article **55** de la loi susvisée :

« **Quand le prévenu voudra être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, conformément aux dispositions de l'article 35 de la présente loi, il devra, dans le délai de dix jours après la signification de la citation, faire signifier au ministère public ou au plaignant au domicile par lui élu, suivant qu'il est assigné à la requête de l'un ou de l'autre :**

1° Les faits articulés et qualifiés dans la citation, desquels il entend prouver la vérité ;

2° La copie des pièces ;

3° Les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire la preuve.

Cette signification contiendra élection de domicile près le tribunal correctionnel, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve.

En cas de poursuites engagées sous la qualification prévues aux septième ou huitième alinéas de l'article 24 ou aux troisième ou quatrième alinéas de l'article 33, le présent article est également applicable devant la juridiction de jugement si celle-ci requalifie l'infraction sous la qualification prévue aux deuxième et troisième alinéas de l'article 32. »

*

.../...

Dans ces conditions, la thèse de **l'autonomie du droit disciplinaire** ne peut plus être soutenue. Devra lui être préférée une **conciliation** entre, d'une part, les **règles de droit** applicables, notamment en matière de **presse**, à **l'ensemble des personnes** relevant de la juridiction de la **France** et, d'autre part, les **normes déontologiques** propres à la **profession d'avocat**, telles qu'**interprétées conformément** à la **Constitution** et au **droit supranational**, sauf à en **écarter l'application** et/ou en provoquer **l'abrogation** :

« (...)

47. Enfin, la Cour rappelle qu'elle a déjà considéré qu'un **contrôle ex post facto** de propos formulés par un **avocat** dans le **prétoire** se concilie difficilement avec le **devoir** de l'avocat de **défendre ses clients** et peut avoir un **effet « inhibant »** sur l'exercice par celui-ci de ses **obligations professionnelles** (*Nikula*, précité, § 54, *Steur c. Pays-Bas*, no 39657/98, §44, CEDH 2003-XI ; *mutatis mutandis*, *Roland Dumas c. France*, no 34875/07, § 48, 15 juillet 2010).

(...) »

« (...)

55. Compte tenu de ces éléments, la Cour est d'avis que la sanction disciplinaire infligée au requérant n'était pas proportionnée. Outre les répercussions négatives d'une telle sanction sur la carrière professionnelle d'un avocat, la Cour estime que le **contrôle ex post facto** des paroles ou des écrits litigieux d'un **avocat** doit être mis en œuvre avec une **prudence** et une **mesure particulières**. En effet, s'il appartient aux autorités judiciaires et disciplinaires, dans **l'intérêt du bon fonctionnement de la justice**, de **relever** et parfois même de **sanctionner** certains comportements des avocats, elles doivent veiller à ce que ce contrôle ne constitue pas pour ceux-ci une **menace** ayant un effet « **inhibant** », qui porterait atteinte à la **défense des intérêts de leurs clients**. Ainsi, en l'espèce, le président de la chambre de la cour d'appel devant laquelle était jugé le client du requérant avait déjà invité ce dernier au cours de l'audience à **mesurer ses propos** puis, considérant qu'ils étaient **excessifs**, cette chambre a fait alors figurer dans le **dispositif** de l'arrêt le **rejet des conclusions** sur ce **point** au motif qu'elles étaient **infamantes** (paragraphe 16 ci-dessus). Estimant **suffisant ce rappel à l'ordre**, ces juges n'avaient pas estimé **opportun** de demander au **procureur général** de **saisir les instances disciplinaires**. Ce n'est que **plusieurs mois après** le dépôt des conclusions litigieuses devant la cour d'appel, et l'arrêt rendu par celle-ci, que le **procureur général initia** une **procédure disciplinaire**. Au regard de **l'ensemble des circonstances de l'espèce**, la Cour considère qu'en allant **au-delà** de la **position ferme et mesurée** de la **cour d'appel** pour infliger une **sanction disciplinaire** au requérant, les autorités ont porté une **atteinte excessive** à l'exercice de la **mission de défense de l'avocat**.

56. En conclusion, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article **10** de la Convention en raison du **caractère disproportionné** de la **peine** infligée au requérant.

(...) »

*

Dans cet ordre d'idées, l'article **25** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques doit être **interprété** comme :

1°) S'opposant à ce qu'une **juridiction** saisisse le **procureur général** aux fins de **poursuites disciplinaires** visant un **avocat** soupçonné d'avoir « *commis à l'audience un **manquement aux obligations que lui impose son serment*** » en **abusant** de sa **liberté d'expression**, sans qu'elle ait **qualifié** dans son **acte de saisine** ledit manquement de **faits diffamatoires étrangers à la cause** et « *excédant les limites des droits de la défense (...)* », selon la formulation retenue par la **Chambre criminelle** (**Cass. Crim., 03 Septembre 2019, Maître Philippe KRIKORIAN, n°B 18-86.208 F-D**).

2°) **Privant** le **procureur général** du **pouvoir** de « *saisir l'instance disciplinaire* » s'il ne constate pas, dans son **acte de saisine**, l'existence de **faits diffamatoires étrangers à la cause** et « *excédant les limites des droits de la défense (...)* ».

*

Ainsi, aux fins d'éviter de nouvelles condamnations de la **France** par la **Cour européenne des droits de l'homme**, l'article **183** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat devra être :

1°) abrogé en tant qu'il **n'exclut pas** de son **champ d'application** les **propos** tenus ou les **écrits** produits par un **avocat** dans le **prétoire**, qui n'auraient été ni **déclarés** par la **juridiction saisie** de la cause **étrangers à la cause** ni appréciés par elle comme **excédant les limites des droits de la défense**, par une **décision irrévocable** ;

ou

2°) à tout le moins, modifié dans le même sens.

Il est à observer, que ce faisant, l'**incrimination réglementaire nouvelle**, gagnant en **sécurité juridique**, rejoindrait celle qui s'adresse aux magistrats de l'ordre judiciaire.

Ainsi, l'article **43, alinéa 2** de l'**ordonnance n°58-1270 du 22 Décembre 1958** portant loi organique relative au statut de la magistrature range, concernant un **magistrat**, parmi les « **manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée (...) d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties** » à condition qu'elle soit « **constatée par une décision de justice devenue définitive.** »

A n'en pas douter, l'**exclusion d'un avocat du prétoire** au motif qu'il aurait, dans l'exercice de sa **mission constitutionnelle de défense**, compromis la **sérénité des débats**, caractériserait une « **violation grave et délibérée (...) d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties** » qu'il appartiendrait aux **juridictions supérieures**, le cas échéant, de **constater**.

*

4-3.-/ LA MECONNAISSANCE DES PRINCIPES ESSENTIELS D'INDEPENDANCE DE L'AVOCAT, DE L'AUTONOMIE DES CONSEILS DE L'ORDRE ET DU CARACTÈRE LIBERAL DE LA PROFESSION

L'effet inhibiteur qui, comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE, requête n°29024/11, § 55), s'attache à la critique *ex post facto* des actions d'un avocat, est une atteinte substantielle à son indépendance, que garantit la loi (articles 1er, I ; 3, alinéa 2 ; 53 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) (4-3-1).

S'y ajoutent les atteintes substantielles :

- au principe de l'autonomie des conseils de l'ordre (4-3-2),
- au caractère libéral de la profession d'avocat (4-3-3).

*

**4-3-1/ PREMIERE CONTRAINTE FONDAMENTALE IMPOSEE AU
REGLEMENT D'APPLICATION DE LA LOI : L'INDEPENDANCE DE L'AVOCAT**

L'**indépendance** désigne couramment l'état d'une personne dont l'**action** ne dépend que de sa **propre volonté (libre arbitre)**, en tant que telle seulement tributaire du **principe constitutionnel de réparation – responsabilité**, qui est le **corollaire de la liberté**.

La langue juridique précise :

« (...)

1 (pour une personne ou une collectivité publique).

a/ Situation d'une **collectivité non subordonnée** à une collectivité étrangère ; ne pas confondre avec la **simple autonomie**. V. *liberté*.

b/ S'agissant d'un Etat, souvent employé comme synonyme de **souveraineté** ; droit pour un Etat d'exercer par lui-même l'ensemble de ses compétences internes et externes sans subordination à un autre Etat ou à une autorité internationale, mais en restant tenu d'observer le **Droit international** et de respecter ses **engagements conventionnels**. V. *dépendance*.

c/ Situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions **en toute liberté** et à **l'abri de toutes instructions** et **pressions**. Ex. **indépendance de l'autorité judiciaire** (Const. 1958, a. 64).

(...)

3 (plus généralement, pour une personne privée).

a/ Situation d'un **individu qui exerce seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés**. Ex. indépendance de chaque époux dans l'exercice de sa profession ou dans la gestion de ses biens personnels. Comp. *Interdépendance, cogestion, autorisation*. V. *individuel*.

b/ Parfois syn. de pleine capacité. Ex. situation du majeur qui a échappé à l'autorité parentale et n'est soumis à aucun régime de protection.

(...) »

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF 10^e édition Janvier 2014, v^o INDEPENDANCE, page 536).

Les principes de la philosophie transcendantale d'Emmanuel KANT aident à la compréhension du sujet :

« (...)

Troisième section

PASSAGE DE LA METAPHYSIQUE DES MOEURS A LA CRITIQUE DE LA RAISON
PURE PRATIQUE

LE CONCEPT DE LA LIBERTE EST LA CLEF DE L'EXPLICATION DE L'AUTONOMIE
DE LA VOLONTE

La *volonté* est une sorte de causalité qui appartient aux être vivants, en tant qu'ils sont raisonnables, et la *liberté* serait la propriété qu'aurait cette causalité de pouvoir agir indépendamment de causes étrangères qui la *détermineraient* ; de même que la *nécessité naturelle* est la propriété qu'a la causalité de tous les êtres dépourvus de raison d'être déterminée à agir par l'influence de causes étrangères.

La définition qui vient d'être donnée de la liberté est *négative*, et par conséquent, si l'on veut saisir l'essence de son objet, inféconde ; mais il en découle un concept *positif* de la liberté, qui est d'autant plus riche et plus fécond. Comme le concept d'une causalité implique en lui celui de *lois*, d'après lesquelles quelque chose que nous nommons effet doit être posé par quelque autre chose qui est la cause, la liberté, bien qu'elle ne soit pas une propriété de la volonté se conformant à des lois de la nature, n'échappe pas cependant à toute loi ; au contraire, elle doit être une causalité agissant selon des lois immuables, mais des lois d'une espèce particulière, car autrement une volonté libre serait un pur rien. La nécessité naturelle est, elle, pour les causes efficientes, une hétéronomie ; car tout effet n'est alors possible que suivant la loi qui veut que quelque chose d'étranger détermine la cause efficiente à l'action. En quoi donc peut bien consister la liberté de la volonté, sinon dans une autonomie, c'est-à-dire dans la propriété qu'elle a d'être à elle-même sa loi ? Or cette proposition : la volonté, dans toutes les actions, est à elle-même sa loi, n'est qu'une autre formule de ce principe : il ne faut agir que d'après une maxime qui puisse aussi se prendre elle-même pour objet à titre de loi universelle. Mais c'est précisément la formule de l'impératif catégorique et le principe de la moralité ; une volonté libre et une volonté soumise à des lois morales sont par conséquent une seule et même chose.

Si donc la liberté de la volonté est supposée, il suffit d'en analyser le concept pour en déduire la moralité avec son principe. Ce principe cependant est toujours une proposition synthétique, qui peut s'énoncer ainsi : une volonté absolument bonne est celle dont la maxime peut toujours enfermer en elle-même la loi universelle qu'elle est capable d'être ; car, par l'analyse du concept d'une volonté absolument bonne, on ne peut découvrir cette propriété de la maxime. Mais des propositions synthétiques de ce genre ne sont possibles qu'à la condition que deux notions soient liées l'une à l'autre grâce à leur union avec une troisième où elles doivent de part et d'autre se rencontrer. Le concept *positif* de la liberté fournit ce troisième terme, qui ne peut être, comme pour les causes physiques, la nature du monde sensible (dont le concept comprend le concept de quelque chose, considéré comme cause, et le concept de *quelque autre chose* à quoi la cause se rapporte, et qui est considéré comme effet).

.../...

Mais quel est ce troisième terme auquel nous renvoie la liberté et dont nous avons *a priori* une idée, il est encore trop tôt pour pouvoir l'indiquer ici (1), ainsi que pour faire comprendre comment le concept de la liberté se déduit de la raison pure pratique, et comment par là également est possible un impératif catégorique : tout cela exige encore quelque préparation.

(...)

(**Emmanuel KANT**, *Métaphysique des mœurs*, 1785, Troisième section, IV, 446 et 447 Gallimard, Bibliothèque La Pléiade, 1985, Oeuvres philosophiques, II, Des prolégomènes aux écrits de 1791, pp. 315 et 316).

*

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

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

*

L'indépendance de l'Avocat est affirmée à **plusieurs reprises** dans la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971**, notamment aux articles **1er, I, 3 et 53** :

Article **1er, I** :

« (...) *La profession d'avocat est une **profession libérale et indépendante**. (...).* »

Article **3** :

« *Les avocats sont des auxiliaires de justice.*

*Ils prêtent serment en ces termes : "Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, **indépendance**, probité et humanité".*

Ils revêtent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession. »

Article **53** :

« *Dans le respect de **l'indépendance de l'avocat**, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession*, des décrets en Conseil d'Etat fixent les conditions d'application du présent titre. (...) »

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

Il s'agit de professions où prédomine le **principe de liberté d'accès et d'exercice**, qu'équilibre le **principe de réparation – responsabilité**.

Le **règlement** a précisé que l'**indépendance** de l'**Avocat** est « *absolue* ».

Le **Code de déontologie des Avocats européens** annexé au **Règlement Intérieur National (R.I.N.) des Barreaux de France (Mai 2014)**, pleinement opposable aux juridictions et pouvoirs publics et invocable par les tiers, prévoit, de la même façon:

“21.1.1 La mission de l'avocat

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

« 21.2.1 Indépendance

*21.2.1. 1 La multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une **indépendance absolue, exempte de toute pression**, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influences extérieures. Cette **indépendance** est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que l'**impartialité du juge**. L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son **indépendance** et veiller à ne pas négliger l'**éthique professionnelle** pour plaire à son client, au juge ou à des tiers.*

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

21.4.3 Respect du juge

Tout en faisant preuve de respect et de loyauté envers l'office du juge, l'avocat défend son client avec conscience et sans crainte, sans tenir compte de ses propres intérêts ni de quelque conséquence que ce soit pour lui-même ou toute autre personne. »

*

La Cour européenne des droits de l'homme confirme que « **l'indépendance de la profession d'avocat (est) cruciale pour un fonctionnement effectif de l'administration équitable de la justice** » :

« (...)

132. Le **statut spécifique des avocats**, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une **position centrale** dans l'**administration de la justice**. C'est à ce titre qu'ils jouent un **rôle clé** pour assurer la **confiance du public** dans l'**action des tribunaux**, dont la **mission est fondamentale** dans une **démocratie** et un **État de droit** (*Schöpfer c. Suisse*, 20 mai 1998, §§ 29-30, *Recueil* 1998-III, *Nikula c. Finlande*, no 31611/96, § 45, CEDH 2002-II, *Amihalachioaie c. Moldova*, no 60115/00, § 27, CEDH 2004-III, *Kyprianou*, précité, § 173, *André et autre c. France*, no 18603/03, § 42, 28 juillet 2008, et *Mor*, précité, § 42). Toutefois, pour croire en l'administration de la justice, le public doit également avoir confiance en la **capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables** (*Kyprianou*, précité, § 175).

(...)

135. La question de la **liberté d'expression** est liée à l'**indépendance de la profession d'avocat**, **cruciale pour un fonctionnement effectif de l'administration équitable de la justice** (*Sialkowska c. Pologne*, no 8932/05, § 111, 22 mars 2007). Ce n'est qu'**exceptionnellement** qu'une limite touchant la **liberté d'expression** de l'avocat de la défense – même au moyen d'une **sanction pénale légère** – peut passer pour nécessaire dans une société démocratique (*Nikula et Kyprianou*, précités, respectivement §§ 55 et 174, et *Mor*, précité, § 44).

136. Il convient toutefois de distinguer selon que l'avocat s'exprime dans le prétoire ou en dehors de celui-ci.

137. S'agissant tout d'abord des « faits d'audience », dès lors que la liberté d'expression de l'avocat peut soulever une question sous l'angle du droit de son client à un procès équitable, l'**équité** milite également en faveur d'un **échange de vues libre**, voire **énergique**, entre les parties (*Nikula*, précité, § 49, et *Steur*, précité, § 37) et l'**avocat a le devoir de « défendre avec zèle les intérêts de ses clients »** (*Nikula*, précité, § 54), ce qui le conduit parfois à s'interroger sur la nécessité de **s'opposer ou non à l'attitude du tribunal** ou de **s'en plaindre** (*Kyprianou*, précité, § 175). De plus, la Cour tient compte du fait que les propos litigieux ne sortent pas de la salle d'audience. Par ailleurs, elle opère une distinction selon la personne visée, un procureur, qui est une « partie » au procès, devant « tolérer des critiques très larges de la part de [l'avocat de la défense] », même si certains termes sont déplacés, dès lors qu'elles ne portent pas sur ses qualités professionnelles ou autres en général (*Nikula*, précité, §§ 51-52, *Foglia*, précité, § 95, et *Roland Dumas*, précité, § 48).

(...) »

(CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE, requête n°29369/10, §§ 132 et 135 à 137).

*

L'exécution d'un **mandat de représentation et d'assistance en justice librement souscrit et judiciairement déclaré valable** (**ordonnance** du 28 Juin 2016 – *pièce n°1*), qui est un droit, comme une obligation (article **411** CPC : « *L e mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure.* »), ne peut, en aucune façon, être appréciée comme s'écartant **manifestement** de la **mission constitutionnelle** de l'**avocat défenseur**.

La mise en oeuvre d'un tel **mandat** est à l'**avocat** ce qu'est au **juge** le prononcé de **décisions juridictionnelles** (article **4** du Code civil : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* »), dont le **recueil** des **obligations déontologiques** des magistrats publié par le **CSM** dit qu'il ne peut jamais être reprochable :

« (...)

13. *Les magistrats ne peuvent être poursuivis ou sanctionnés disciplinairement en raison de leurs décisions juridictionnelles.* ■

(...) »

*

L'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat contrevient au **principe essentiel d'indépendance de l'avocat** en tant, qu'ainsi l'a relevé la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH, 15 Décembre 2015, BONO c. FRANCE**, requête n°29024/11, § **55**), à la **critique ex post facto** des actions d'un **avocat** s'attache inéluctablement un **effet inhibiteur** pouvant **très fortement le dissuader de défendre** les intérêts de son client avec **zèle**, comme l'exige de lui son statut de **défenseur universel** (**CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, § **137**).

Il en résulte une **atteinte substantielle à l'indépendance de l'avocat**, que garantit la **loi** (articles **1er, I ; 3, alinéa 2 ; 53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

*

4-3-2/ DEUXIEME CONTRAINTE FONDAMENTALE IMPOSEE AU REGLEMENT D'APPLICATION DE LA LOI : L'AUTONOMIE DES CONSEILS DE L'ORDRE

Le conseil de l'ordre est le conseil d'administration d'un barreau.

Sa mission est définie à l'article 17 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

« Le conseil de l'ordre a pour attribution de traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats ainsi qu'à la protection de leurs droits. Sans préjudice des dispositions de l'article 21-1, il a pour tâches, notamment :

1° D'arrêter et, s'il y a lieu, de modifier les dispositions du règlement intérieur, de statuer sur l'inscription au tableau des avocats, sur l'omission de ce tableau décidée d'office ou à la demande du procureur général, sur l'inscription et sur le rang des avocats qui, ayant déjà été inscrits au tableau et ayant abandonné l'exercice de la profession, se présentent de nouveau pour la reprendre ainsi que sur l'autorisation d'ouverture de bureaux secondaires ou le retrait de cette autorisation.

Lorsqu'un barreau comprend au moins cinq cents avocats disposant du droit de vote mentionné au deuxième alinéa de l'article 15, le conseil de l'ordre peut siéger, en vue de statuer, soit sur l'inscription au tableau du barreau ou sur l'omission du tableau, soit sur l'autorisation d'ouverture de bureaux secondaires ou le retrait de cette autorisation, en une ou plusieurs formations de cinq membres, présidées par le bâtonnier ou un ancien bâtonnier. Les membres qui composent ces formations peuvent être des membres du conseil de l'ordre ou des anciens membres du conseil de l'ordre ayant quitté leurs fonctions depuis moins de huit ans. Ces membres sont choisis sur une liste arrêtée chaque année par le conseil de l'ordre.

La formation restreinte peut renvoyer l'examen de l'affaire à la formation plénière ;

1° bis De communiquer au Conseil national des barreaux la liste des avocats inscrits au tableau, ainsi que les mises à jour périodiques, selon les modalités fixées par le Conseil national des barreaux ;

2° De concourir à la discipline dans les conditions prévues par les articles 22 à 25 de la présente loi et par les décrets visés à l'article 53 ;

3° De maintenir les principes de probité, de désintéressement, de modération et de confraternité sur lesquels repose la profession et d'exercer la surveillance que l'honneur et l'intérêt de ses membres rendent nécessaire ;

4° De veiller à ce que les avocats soient exacts aux audiences et se comportent en loyaux auxiliaires de la justice ;

5° De traiter toute question intéressant l'exercice de la profession, la défense des droits des avocats et la stricte observation de leurs devoirs ;

6° De gérer les biens de l'ordre, de préparer le budget, de fixer le montant des cotisations des avocats relevant de ce conseil de l'ordre ainsi que de celles des avocats qui, appartenant à un autre barreau, ont été autorisés à ouvrir un ou plusieurs bureaux secondaires dans son ressort, d'administrer et d'utiliser ses ressources pour assurer les secours, allocations ou avantages quelconques attribués à ses membres ou anciens membres, à leurs conjoints survivants ou à leurs enfants dans le cadre de la législation existante, de répartir les charges entre ses membres et d'en poursuivre le recouvrement ;

7° D'autoriser le bâtonnier à ester en justice, à accepter tous dons et legs faits à l'ordre, à transiger ou à compromettre, à consentir toutes aliénations ou hypothèques et à contracter tous emprunts ;

8° D'organiser les services généraux de recherche et de documentation nécessaires à l'exercice de la profession ;

9° De vérifier la tenue de la comptabilité des avocats, personnes physiques ou morales, et la constitution des garanties imposées par l'article 27 et par les décrets visés à l'article 53 ;

10° D'assurer dans son ressort l'exécution des décisions prises par le Conseil national des barreaux ;

11° De veiller à ce que les avocats aient satisfait à l'obligation de formation continue prévue par l'article 14-2 ;

12° De collaborer avec les autorités compétentes des Etats membres de l'Union européenne ou des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen pour faciliter l'application de la directive 2005 / 36 / CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 modifiée relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles ;

13° De vérifier le respect par les avocats de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de se faire communiquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations.

Les contrats de collaboration ou de travail conclus par les avocats sont communiqués au conseil de l'ordre qui peut, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, mettre en demeure les avocats de modifier les contrats dont les stipulations seraient contraires aux dispositions de l'article 7. »

Tant l'**esprit** que la **lettre** du texte tendent à laisser aux **cent soixante-cinq barreaux français** une **certaine marge de manœuvre** dans la **gestion** de leurs affaires, **sans immixtion de l'Etat** quant à l'**opportunité** de leurs décisions. D'où le **principe d'autonomie** des conseils ayant pour tâche de les administrer, qu'équilibre le **contrôle juridictionnel** de la **légalité** de leurs actes (**décisions et délibérations**) à l'initiative du **Procureur général** ou de l'**Avocat** s'estimant **lésé** dans ses **intérêts professionnels**.

L'article **19** de la loi précitée dispose :

*« Toute **délibération** ou **décision** du conseil de l'ordre étrangère aux attributions de ce conseil ou contraire aux **dispositions législatives** ou **réglementaires** est annulée par la cour d'appel, sur les réquisitions du procureur général.*

*Peuvent également être déférées à la cour d'appel, à la requête de l'intéressé, les **délibérations** ou **décisions** du conseil de l'ordre de nature à léser les **intérêts professionnels** d'un avocat. »*

Si le barreau doit être libre de ses décisions, c'est sous la réserve expresse de ne pas sortir du cadre de ses **attributions légales**, de se conformer aux **lois et règlements en vigueur** et de ne pas léser les **intérêts professionnels** de ses membres.

Etymologiquement, l'**autonomie** est, en effet, le droit de se régir par ses **propres lois**.

Au sens général du terme, l'**autonomie** est le « *Pouvoir de se déterminer soi-même* », la « *faculté de se donner sa propre loi*. »

(...)

(**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF 10^e édition Janvier 2014, v^o **AUTONOMIE**, page **106**).

On parle volontiers en droit public d'**autonomie** pour caractériser une **entité liée** à une **puissance souveraine**, mais s'**administrant elle-même** :

*« Situation de **collectivités** ou d'**établissements** n'ayant pas acquis une **pleine indépendance** vis-à-vis de l'**Etat** dont ils font partie ou auquel ils sont rattachés, mais dotés d'une **certaine liberté interne** de se gouverner ou de s'**administrer eux-mêmes**. »* (ibid. page **107**).

Ainsi, à la différence de l'**Avocat** qui peut, le cas échéant, en être membre, le **barreau** conserve un **lien** avec l'**Etat**, notamment en ce qui concerne l'**aide juridictionnelle** et la **commission d'office**, institutions dont l'objet est de **faciliter l'accès des justiciables à la justice** (v. **mémoire en réplique n°2002787** déposé le 24 Mars 2021 par le **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** devant la **Cour administrative d'appel de Paris, Première chambre**, n°2002787 - **action en reconnaissance de droits – pièce n°11**).

*

.../...

L'article **183** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat contrevient au **principe essentiel d'autonomie des conseils de l'ordre** en tant que par le renvoi qu'il fait directement à l'article **184** du même décret et, indirectement, par le truchement de cet article, aux articles **185** et **186** dudit décret (**Titre IV : La discipline – articles 180 à 199 ; Chapitre II : Les sanctions disciplinaires – articles 183 à 186**), il permet que soit empêché d'exercer **au sein d'un barreau**, à titre **provisoire** ou **perpétuel**, un avocat, alors que le **principe d'autonomie des conseils de l'ordre** pourrait autoriser le **conseil de l'ordre d'un barreau** autre que le **barreau d'origine** de l'intéressé à **faire droit** à la **demande d'inscription** d'un avocat frappé de la peine de l'**interdiction temporaire** (article **186**) ou de la **radiation du tableau** (article **185**).

Il résulte, en effet, du **renvoi au décret en Conseil d'Etat** par l'article **53, 2°** de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques le soin d'établir les **sanctions disciplinaires** applicables aux avocats, que celles-ci ont rang seulement **réglementaire** et ne sauraient, en aucune façon, avoir pour **objet** ou pour **effet d'empêcher, par leur seul prononcé, l'exercice professionnel**. (v. **CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304, précité).

Il s'ensuit que ni la **radiation du tableau** (article **185** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'avocat) ni l'**interdiction temporaire** (article **186** du même **décret**) ne sont susceptibles de légalement figurer au **casier judiciaire national automatisé**, au titre notamment de l'article **768, 4°** du Code de procédure pénale, dès lors que ces **peines disciplinaires** ont une **portée limitée au barreau** du chef duquel ont été diligentées les poursuites et n'entraînent ni n'édictent, partant, **aucune incapacité d'exercice professionnel**.

Il y a lieu d'observer, à cet égard, que la peine de l'**interdiction temporaire** ou la **radiation du tableau** peut très bien être prononcée sans que l'avocat qui la subit n'ait jamais commis une **quelconque infraction pénale**. Il s'agit d'une **conséquence apparente du prétendu principe d'autonomie du régime disciplinaire**.

L'exemple en est donné par la **jurisprudence judiciaire**.

On rappelle qu'érigée au rang de **principe**, « ***L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil s'attache à ce qui a été définitivement, nécessairement et certainement décidé par le juge pénal sur l'existence du fait qui forme la base commune de l'action civile et de l'action pénale, sur sa qualification ainsi que sur la culpabilité de celui à qui le fait est imputé ; (...) (Cass. 1° Civ., 24 Octobre 2012, n°11-20.442)*** ».

Ainsi, a été **irrévocablement radiée du tableau du barreau de Périgueux**, à l'issue d'une longue procédure judiciaire (02 Janvier 2006 – 06 Septembre 2017), après **deux cassations** prononcées, par **arrêts** de la **Première Chambre civile** en date respectivement des 02 Avril 2009 (pourvoi n°08-12.246) et 27 Février 2013 (pourvoi n°12-15.338) et **reprise de la poursuite disciplinaire** le 25 Janvier 2011, l'**ancienne bâtonnière** dudit barreau, pour avoir **volontairement altéré la sincérité** du **premier tour des élections des membres du conseil de l'ordre**, qu'elle organisait *ès qualités*, en lisant à haute voix, lors du dépouillement des bulletins de vote, son nom à **cinquante-six reprises**, alors qu'elle n'avait recueilli que **douze suffrages** :

.../...

« (...)

Considérant sur le fond de l'affaire que Mme D. conteste les faits qui lui sont reprochés dont elle soutient qu'il n'existe aucune présomption permettant d'en démontrer la réalité, laissant entendre qu'elle aurait été la victime des agissements d'autrui ;

qu'elle fait valoir que le tribunal correctionnel de Poitiers a prononcé sa relaxe et que ne peuvent dès lors être retenus les motifs du jugement, étant observé que l'instance pénale est distincte de l'instance disciplinaire ;

qu'elle dénonce une violation du secret de l'instruction dans le cadre de l'enquête déontologique;

Considérant qu'il résulte du procès verbal du 16 décembre 2005 que le dépouillement des bulletins a donné comme résultats : 79 inscrits, 72 votants, 71 suffrages exprimés, Mme D. recueillant 56 voix ;

que le recomptage des voix auquel il a été procédé malgré l'opposition de l'intéressée a donné: 79 inscrits, 72 votants, 71 suffrages exprimés dont notamment 12 voix en faveur de Mme D., ce résultat ayant été entièrement confirmé par une troisième lecture des bulletins ;

*Considérant qu'analysant la **matérialité des faits** reprochés à Mme D. le **tribunal correctionnel de Poitiers** a retenu qu'il existait ' un **faisceau d'indices** permettant de se convaincre que Madame Claire D.L. a **faussemment lu les bulletins de vote qu'elle dépouillait** ' ;*

que ce tribunal s'est notamment déterminé en retenant les témoignages qu'il avait recueillis au cours de l'audience de jugement, rappelant que ' les différentes séquences décrites ont eu lieu dans un même lieu, la salle d'audience où avaient lieu les élections et en présence de quarante huit avocats du Barreau de Périgueux' estimant que ' L'hypothèse d'un complot supposant la fabrication puis la substitution des 72 bulletins de vote à l'insu ou avec la complicité des 47 avocats confrères de la prévenue n'apparaît dès lors absolument pas crédible' ;

*Considérant que le **juge pénal** s'est ainsi prononcé définitivement sur l'**existence des faits** constituant la **base commune de l'action pénale** et de la **présente procédure disciplinaire**, sa **décision de relaxe** étant fondée non pas sur l'**inexistence des dits faits** ou l'**absence de preuve** de ceux ci mais sur l'**impossibilité de leur conférer les qualifications pénales retenues**, à savoir le **délit de fraude électorale** ou le **faux intellectuel** et l'**usage de faux** ;*

*Considérant dès lors et sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur l'**intention de Mme D.** ou les **mobiles** ayant pu la déterminer, que la cour ne peut que **constater** qu'en énonçant lors du dépouillement des votes un résultat qui ne correspondait pas à la réalité du scrutin, **Mme D. a sciemment menti en altérant la vérité telle qu'elle résultait du vote de ses pairs**, comportement qui est **contraire aux principes d'honneur, de probité et de loyauté** prévus par les dispositions de l'article 183 du **décret du 27 novembre 1991**, modifié qui **fondent la profession d'avocat** et que le **bâtonnier, qualité de l'intéressée, doit en tout premier respecter et faire respecter** ;*

.../...

*Considérant qu'un tel manquement est **particulièrement grave** en ce qu'il porte **directement atteinte à la crédibilité du barreau de Périgueux** et à la **confiance dont il doit normalement jouir auprès du public** ;*

*qu'il justifie en conséquence que soit prononcée la sanction de la **radiation** ;*

Considérant qu'en l'état de cette décision il est équitable de rejeter la demande présentée par Mme D. au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

Déclare le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Périgueux recevable en son appel du 7 octobre 2011 à l'encontre de la décision implicite de rejet des poursuites disciplinaires engagées à l'encontre de Mme Claire D..

Infirme ladite décision,

Statuant à nouveau,

*Déclare Mme Claire D. **coupable** d'avoir le 16 décembre 2005 **altéré les résultats du premier tour de l'élection des membres du conseil de l'ordre.***

*Dit que ces faits sont **contraires aux principes essentiels de la profession : probité, honneur,** prévus par les dispositions de l'article **183** du **décret du 27 novembre 1991**, modifié.*

*Prononce à l'encontre de Mme Claire D. la sanction de la **radiation**.*

Rejette la demande présentée par Mme Claire D. sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Laisse les dépens à la charge de Mme Claire D.. LE GREFFIER LE PRESIDENT

(...) »

(CA Paris, Pôle 02 – Chambre 01, 14 Janvier 2016, n°14/22616).

Le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris a été rejeté le 06 Septembre 2017 par la Première Chambre civile de la Cour de cassation :

*« (...) Mais attendu que l'arrêt énonce que, selon le procès-verbal du 16 décembre 2005, le dépouillement des bulletins mentionnait que sur soixante-dix-neuf inscrits, soixante-douze votants, soixante-et-onze suffrages exprimés, l'avocate avait recueilli **cinquante-six voix** et qu'un nouveau décompte, puis une troisième lecture, effectués malgré l'opposition de cette dernière, révélaient qu'elle n'avait obtenu que **douze voix** ; qu'il relève que le **tribunal correctionnel**, malgré un **faisceau d'indices** permettant de se convaincre que l'avocate avait **faussement lu les bulletins de vote qu'elle avait dépouillés**, a prononcé une décision de **relaxe**, les **délits de fraude électorale, de faux intellectuel et usage de faux n'étant pas constitués** ; qu'il retient qu'en proclamant un **résultat qui ne correspondait pas à la réalité du scrutin**, celle-ci a **sciemment menti** et qu'un tel comportement est **contraire aux principes d'honneur, de probité et de loyauté** ;*

*que, par ces énonciations et appréciations, la cour d'appel, qui a caractérisé un **manquement de l'intéressée à ses obligations déontologiques**, malgré la déclaration par le **juge répressif de l'absence de faute pénale**, n'a pas méconnu **l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil**, laquelle ne s'attache qu'aux affirmations relatives à la **nature de l'infraction** et à sa **qualification** ; que le moyen n'est pas fondé ;*

(...)

*Mais attendu qu'après avoir rappelé les multiples décisions rendues depuis la saisine du conseil de discipline le 2 janvier 2006 tant sur les requêtes en récusation et suspicion légitime que sur le fond du litige, ce qui, hors tout défaut de diligence de quiconque, explique la durée de la procédure, l'arrêt relève la **gravité particulière des manquements déontologiques** dont l'avocate s'est rendue coupable, tandis qu'en sa **qualité de bâtonnier, élue par ses pairs**, elle était **garante du respect des règles déontologiques de la profession** ;*

*que, pour prononcer la sanction de la **radiation**, la cour d'appel a procédé au **contrôle de proportionnalité de la peine** en prenant en considération non seulement la **gravité des faits reprochés** mais aussi la **persistance**, en dépit du temps écoulé, de **l'atteinte à la crédibilité du barreau de Périgueux** et à la **confiance qu'il doit inspirer au public** ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;*

(...) »

(Cass. 1^o Civ., 06 Septembre 2017, n^o16-13.624).

*

L'**autonomie des conseils de l'ordre**, garantie par la **loi**, fait obstacle à ce que l'**autorité relative de chose jugée** qui s'attache à une **décision judiciaire** prononçant la **radiation** d'un avocat du **tableau** d'un barreau puisse lui être opposée aux fins d'empêcher son inscription au **tableau** d'un **autre barreau**.

Seules les conditions fixées par la **loi** devront être prises en considération, savoir :

1^o) D'une part, avoir prêté le **serment d'avocat** (article **3, alinéa 2** de la **loi n^o71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), ce dont rend compte l'**arrêt d'admittatur** rendu par la **Cour d'appel** compétente, nullement remis en cause par la **radiation du tableau**.

2^o) D'autre part, ne pas s'être rendu, postérieurement à la prestation de serment, l'auteur de **faits** ayant donné lieu à **condamnation** à la **peine principale** ou **complémentaire d'interdiction d'exercice de la profession d'avocat** prononcée par une **juridiction correctionnelle** ou une **cour d'assises** et inscrite au **bulletin n^o2** du **casier judiciaire** de l'intéressé, sous réserve des **effets** de la **réhabilitation** prévus à l'article **133-16** du Code pénal :

.../...

« **La réhabilitation** produit les **mêmes effets** que ceux qui sont prévus par les articles **133-10** et **133-11**. Elle **efface toutes les incapacités et déchéances** qui résultent de la condamnation.

Toutefois, lorsque la personne a été condamnée au suivi socio-judiciaire prévu à l'article 131-36-1 ou à la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs, la réhabilitation ne produit ses effets qu'à la fin de la mesure. Par ailleurs, la **réhabilitation** ne produit ses **effets** qu'à l'issue d'un **délai de quarante ans** lorsqu'a été prononcée, comme **peine complémentaire, une interdiction, incapacité ou déchéance à titre définitif**.

La réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation, par les seules autorités judiciaires, en cas de nouvelles poursuites, pour l'application des règles sur la récidive légale. »

*

La question à poser est, en effet, de savoir quelle a été la **volonté du législateur** concernant les **sanctions** dont les **Avocats** pouvaient être tributaires. Dans quelles hypothèses celles-ci **empêchent-elles** l'exercice professionnel ?

Le recours au **droit pénal** a paru suffisant au **pouvoir normatif** :

Article **131-6** du Code pénal :

« Lorsqu'un **délict** est puni d'une **peine d'emprisonnement**, la juridiction peut prononcer, à la place de l'emprisonnement, une ou plusieurs des **peines privatives ou restrictives de liberté** suivantes :

(...)

11° L'interdiction pour une durée de **cinq ans au plus** d'exercer une **activité professionnelle** ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction. Cette interdiction n'est toutefois pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales. Elle n'est pas non plus applicable en matière de délit de presse ;

(...) »

Article **131-10** du Code pénal :

« Lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs **peines complémentaires** qui, frappant les personnes physiques, emportent **interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, confiscation d'un animal, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci** soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique. »

Article **131-26** du Code pénal :

« *L'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur :*

1° Le droit de vote ;

2° L'éligibilité ;

3° Le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice ;

4° Le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ;

5° Le droit d'être tuteur ou curateur ; cette interdiction n'exclut pas le droit, après avis conforme du juge des tutelles, le conseil de famille entendu, d'être tuteur ou curateur de ses propres enfants.

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille ne peut excéder une durée de dix ans en cas de condamnation pour crime et une durée de cinq ans en cas de condamnation pour délit.

La juridiction peut prononcer l'interdiction de tout ou partie de ces droits.

L'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique. »

Article **131-27** du Code pénal :

« *Lorsqu'elle est encourue à titre de peine complémentaire pour un crime ou un délit, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale est soit définitive, soit temporaire ; dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de cinq ans.*

L'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale est soit définitive, soit temporaire ; dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de quinze ans.

Cette interdiction n'est pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales. Elle n'est pas non plus applicable en matière de délit de presse. »

Article **131-28** du Code pénal :

« L'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale peut porter soit sur l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, soit sur toute autre activité professionnelle ou sociale définie par la loi qui réprime l'infraction. »

Article **131-29** du Code pénal :

« Lorsque l'interdiction d'exercer tout ou partie des droits énumérés à l'article 131-26, ou l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale, accompagne une peine privative de liberté sans sursis, elle s'applique dès le commencement de cette peine et son exécution se poursuit, pour la durée fixée par la décision de condamnation, à compter du jour où la privation de liberté a pris fin. »

*

Article **3** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

*« Les **avocats** sont des auxiliaires de justice.*

*Ils **prêtent serment** en ces termes : "Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité".*

Ils revêtent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, le costume de leur profession. »,

dont on déduit directement qu'est **Avocat** celui ou celle qui **prête le serment de l'Avocat** défini par **l'alinéa 2** de l'article **3**.

Article **3 bis** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

*« L'**avocat** peut librement se déplacer pour exercer ses fonctions. Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, l'avocat est autorisé à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée. Toute prestation réalisée à la suite d'une sollicitation personnalisée fait l'objet d'une convention d'honoraires. »*

Article **4** de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

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

.../...

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

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

Nulle mention dans les textes qui précèdent à une quelconque inscription à un **barreau**.

Article 72 de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques :

*« Sera puni des **peines** prévues à l'article **433-17** du code pénal **quiconque** aura, n'étant pas **régulièrement inscrit au barreau**, exercé une ou plusieurs des **activités** réservées au **ministère des avocats** dans les conditions prévues à l'article 4, sous réserve des **conventions internationales**. »*

Le **renvoi exprès** à l'article 4 de la **loi** ne laisse aucun doute quant à l'interprétation à donner de l'expression « **n'étant pas régulièrement inscrit au barreau** » : il échet de lire : « **n'ayant jamais prêté le serment de l'Avocat prévu à l'article 3, alinéa 2** ».

Cette solution est confirmée par l'article **323** du Code de procédure pénale, lequel prévoit expressément le cas d'un **Avocat non inscrit au tableau d'un barreau** :

*« Lorsque l'**avocat** de l'accusé **n'est pas inscrit à un barreau**, le président l'informe qu'il ne peut rien dire contre sa conscience ou le respect dû aux lois et qu'il doit s'exprimer avec **décence et modération**. »*

Article **433-17** du Code pénal (**Livre IV : des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique - Titre III : Des atteintes à l'autorité de l'Etat - Chapitre III : Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers - Section 9 : De l'usurpation de titres**) :

*« L'**usage, sans droit, d'un titre** attaché à une **profession réglementée par l'autorité publique** ou d'un **diplôme officiel** ou d'une **qualité** dont les conditions d'attribution sont fixées par l'**autorité publique** est puni d'un **an** d'emprisonnement et de **15 000 euros** d'amende.*

Les personnes physiques ou morales coupables du délit prévu à la présente section encourent également la peine complémentaire suivante : interdiction de l'activité de prestataire de formation professionnelle continue au sens de l'article L. 6313-1 du code du travail pour une durée de cinq ans. »

L'incrimination de l'article 72 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et les peines prévues à l'article 433-17 du Code pénal ne s'appliquent, donc, pas à l'Avocat ayant fait le libre choix d'exercer hors barreau ou qui serait tributaire d'une sanction d'interdiction temporaire ou de la radiation du tableau, telles que fulminées à l'article 184 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'Avocat.

Seule, en effet, la loi, en vertu de l'article 34 de la Constitution du 04 Octobre 1958, peut interdire à un professionnel d'exercer son activité.

Le législateur désigne, à cet effet, principalement :

1°) Pour toutes les personnes, le Tribunal correctionnel et la Cour d'assises (articles 131-6, 131-10, 131-26, 131-27, 131-28 et 131-29 du Code pénal).

2°) Pour certains professionnels, à l'exclusion des Avocats, les instances disciplinaires dont ils relèvent.

S'agissant des Avocats, il est exclu qu'ils puissent par l'exercice légal de leur mandat de représentation et d'assistance en justice, attenter d'une quelconque manière, aux intérêts de la Nation, de l'Etat ou de la paix publique, au sens de l'article 433-17 du Code pénal, ci-après reproduit :

Article 433-17 du Code pénal (Livre IV : des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique - Titre Ier : Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation) :

« Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel. »

*

4-3-3/ TROISIEME CONTRAINTE FONDAMENTALE IMPOSEE AU REGLEMENT D'APPLICATION DE LA LOI : LE CARACTÈRE LIBERAL DE LA PROFESSION D'AVOCAT

Le **libéralisme politique** est la doctrine « *qui proclame et consacre, comme un principe fondamental, les **libertés publiques** ou la **liberté du marché**; (...)* ». (**Vocabulaire juridique Gérard CORNU**, PUF 10^e édition Janvier 2014, v^o LIBERAL, ALE, page **610**, sens **1**).

Libéral s'oppose communément à « *autoritaire, dirigiste, interventionniste.* » (*ibid.*).

Rapporté aux professions, le vocable « *Sert à caractériser, bien qu'elles soient de plus en plus réglementées, certaines professions d'ordre intellectuel, en raison de l'indépendance qu'exige leur exercice. Ex. la **profession d'avocat** est une **profession libérale**.*

(...) » (*ibid.*, sens **5**).

Dire, dès lors, de la **profession d'Avocat**, comme le fait la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qu'elle est « *une **profession libérale et indépendante*** » (article **1er, I**) signifie que le **législateur** s'engage à n'entraver d'aucune sorte la **mission constitutionnelle de défense des Avocats**, lesquels évoluent dans l'**espace public du marché concurrentiel**.

« (...)

*La future profession d'avocat restera – la loi le dit – une **profession libérale**. Par conséquent, elle ne s'exercera pas sur un **mode contraignant**. A cet égard, l'amendement me paraît donc inutile.*

(...) »

(**Monsieur Michel de GRAILLY**, Député, Assemblée Nationale, séance publique du **13 Octobre 1971**, JORF page 4501).

Le **pouvoir réglementaire** ne saurait, dès lors, **légalement** contrarier « (...) *les **principes fondamentaux** (...) des **obligations civiles** (...)* » que le **Constituant** a confié au seul **législateur** le soin de déterminer (article **34** de la **Constitution** du **04 Octobre 1958**), érigeant, de la sorte, le **primat du droit civil** comme **référence universelle** de la **profession d'avocat**.

*

L'analyse de la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qui, dès lors qu'elle reconnaît des **droits fondamentaux**, doit être lue en ses **termes propres** et non pas dans ceux de ses **règlements d'application** (v. les développements de la **requête d'appel en reconnaissance de droits du GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** – déposée le 24 Septembre 2020 devant la **Cour administrative d'appel de Paris** et enregistrée sous le **n°2002787, § II-C-2-b**, pages **105-205/221**, requête communiquée le 23 Octobre 2020 au Garde des sceaux, ministre de la justice; **mémoire en réplique** déposé le 24 Mars 2021 – *pièce n°11*), conduit à retenir que la **prestation de serment** donne à l'**Avocat** qu'elle concerne le **droit ipso facto** :

1°) En toutes hypothèses et en tous lieux, à la plaidoirie « sans limitation territoriale devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires, sous les réserves prévues à l'article 4.

(...) » (**article 5, alinéa 1er**).

2°) Sous réserve de fixer sa résidence professionnelle dans le ressort d'une **Cour d'appel** autre que celles de **Paris** ou de **Versailles**, à la **postulation** « *devant l'ensemble des tribunaux judiciaires d(e son) ressort (...) et devant ladite cour d'appel.* » (**article 5, alinéa 2**).

3°) Sous réserve d'être inscrit au barreau de l'un des **tribunaux judiciaires** de **Paris, Bobigny, Créteil et Nanterre**, à la **postulation**, en première instance, devant chacune de ces juridictions et, en appel, devant la **Cour d'appel de Paris** lorsqu'il a postulé devant l'un des trois premiers tribunaux et devant la **Cour d'appel de Versailles** quand il a postulé devant le quatrième (**article 5-1, alinéas 1er et 2**).

4°) à la postulation seulement devant le **tribunal judiciaire** auprès duquel est établie sa **résidence professionnelle** dans **trois occurrences limitativement énumérées** par la **loi** :

4-a°) « procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation » ;

4-b°) « aide juridictionnelle », le **paiement** au moyen de la **dotation** visée à l'article **25, alinéa 2** de la **loi n°91-647 du 10 Juillet 1991** relative à l'aide juridique nécessitant, toutefois, que l'Avocat prestataire soit inscrit à un **barreau** ;

4-c°) « instances dans lesquelles il() ne serai()t pas maître() de l'affaire chargé() également d'assurer la plaidoirie. » (**articles 5, alinéa 3 et 5-1, alinéa 3**).

*

Il résulte de ce qui précède que l'**inscription au tableau d'un barreau français** n'est, aux termes de la **loi**, **jamais obligatoire** pour :

1°) la plaidoirie sur tout le territoire national ;

2°) la postulation devant les tribunaux judiciaires autres que ceux de Paris, Bobigny, Créteil et Nanterre ;

3°) la représentation des parties devant les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel statuant en application de l'article **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 (**question prioritaire de constitutionnalité – QPC**).

*

C'est en ce sens que la **profession d'avocat** est une **profession libérale** (articles **1er, I** et **53** de la **loi** n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques).

Dans ces conditions, l'article **183** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat contrevient au **principe essentiel** du **caractère libéral de la profession d'avocat** en tant qu'il conduit à sanctionner le comportement d'avocats **parfaitement respectueux** du **primat du droit civil**.

*

**4-3-4/ SYNTHESE DES OCCURRENCES D'ILLEGALITE INTERNE
DE L'ARTICLE 183 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA
PROFESSION D'AVOCAT**

Dans ces conditions, l'article 183 du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat est entaché d'**illégalité interne** en tant qu'il contrevient :

1°) au **principe de nécessité des peines** (article 8 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 – **DDH**) en ce qu'il incrimine la violation de **tous les règlements** y compris ceux qui n'entretiennent **aucun lien** ou qu'un **lien ténu** avec la **profession d'avocat** ;

2°) à la **liberté contractuelle** (articles 4 et 5 **DDH** ; article 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958), en ce qu'il **n'exclut pas de son champ d'application** la **conclusion** et l'**exécution**, le cas échéant, **renouvelées**, d'un **contrat de mandat aux fins de représentation et d'assistance en justice** dont aucune des stipulations **n'est contraire à l'ordre public** ;

3°) à la **liberté d'expression** (article 11 **DDH** ; article 10 **CEDH**), en ce qu'il **il n'exclut pas** de son **champ d'application** les **propos** tenus ou les **écrits** produits par un **avocat** dans le **prétoire**, qui n'auraient été ni **déclarés** par la **juridiction saisie** de la cause **étrangers à la cause** ni appréciés par elle comme **excédant les limites des droits de la défense**, par une **décision irrévocable** ;

4°) au **principe essentiel d'indépendance de l'avocat** (articles 1er, I ; 3, alinéa 2 et 53 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), en ce qu'ainsi l'a relevé la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH**, 15 **Décembre 2015**, **BONO c. FRANCE**, requête n°29024/11, § 55), à la **critique ex post facto** des actions d'un **avocat** s'attache inéluctablement un **effet inhibiteur** pouvant **très fortement le dissuader** de **défendre** les intérêts de son client avec **zèle**, comme l'exige de lui son statut de **défenseur universel** (**CEDH**, **Grande Chambre**, 23 **Avril 2015**, **MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, § 137) ;

5°) au **principe essentiel d'autonomie des conseils de l'ordre** (article 53 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), en ce que par le renvoi qu'il fait directement à l'article 184 du même décret et, indirectement, par le truchement de cet article, aux articles 185 et 186 dudit décret (**Titre IV : La discipline** – articles 180 à 199 ; **Chapitre II : Les sanctions disciplinaires** – articles 183 à 186), il permet que soit empêché d'exercer **au sein d'un barreau**, à titre **provisoire** ou **perpétuel**, un avocat, alors que le **principe d'autonomie des conseils de l'ordre** pourrait autoriser le **conseil de l'ordre** d'un **barreau** autre que le **barreau d'origine** de l'intéressé à **faire droit** à la **demande d'inscription** d'un avocat frappé de la peine de l'**interdiction temporaire** (article 186) ou de la **radiation du tableau** (article 185).

6°) au **principe essentiel du caractère libéral de la profession d'avocat** (articles 1er, I et 53 de la loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques), en ce qu'il conduit à sanctionner le comportement d'avocats **parfaitement respectueux** du **primat du droit civil**.

*

.../...

II-C-1-d/ L'ILLEGALITE FAUTIVE DE L'ARTICLE 184 DU DECRET N°91-1197 DU 27 NOVEMBRE 1991 ORGANISANT LA PROFESSION D'AVOCAT

Comme susdit, les articles **183** et **184** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat sont **indivisibles** en tant que l'un ne saurait avoir d'**effet utile** sans l'édition de l'autre.

Dès lors, les **mêmes griefs** précédemment développés à l'encontre de l'article **183** sont applicables à l'article **184** dudit décret. Il est renvoyé *supra* au § **II-C-1-c**.

*

**II-C-1-e/ L'ILLEGALITE FAUTIVE DE L'ARTICLE 1014 DU CODE DE
PROCEDURE CIVILE, VICIE D'INCOMPETENCE**

Ainsi que le rappelle judicieusement la **doctrine**,

« Depuis la Révolution, les **juges** sont, en France, tenus de faire connaître les **motifs** des décisions qu'ils rendent. L'article 15 de la loi des 16-24 août 1790 a imposé, pour la première fois, aux **juges** de faire figurer dans leurs jugements les **motifs** qui les ont déterminés. Cette obligation, qui nous apparaît **consubstantielle à la fonction de juger**, sera toujours observée par la suite par toutes les **juridictions administratives françaises**. Le **Conseil d'État motive ses décisions contentieuses depuis l'an VIII** et a imposé immédiatement cette obligation aux **conseils de préfecture** (CE 12 déc. 1818, Fouquet: Lebon 434).

(...) » (Observations sous article L. 9 du Code de justice administrative, éditions Dalloz).

La **motivation des décisions de justice** est une exigence du **procès équitable** (CE 14 déc. 1992, Lanson: Lebon T. 1217), quel que soit le degré de juridiction. Elle procède, à ce titre, des « (...) **garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques** (...) » dont les **règles**, en vertu de l'article 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, ne peuvent être fixées que par la **loi**.

L'exigence de **motivation** des jugements constitue, selon le **Conseil d'Etat**, un **principe général du droit de valeur législative** qui ne peut être écarté que par une **disposition législative expresse** (CE 5 Décembre 1924, Sieurs Légillon: Lebon 985; CE 8 Juillet 1970, Doré: Lebon 471) :

« (...)

*Considérant que la **commission départementale de reconstitution foncière**, à qui il appartient, aux termes de la loi du 4 mars 1919, de modifier le lotissement et d'en provoquer la modification, a la mission d'assurer l'exacte application de ladite loi et de reconnaître, le cas échéant, les droits qui découlent pour les propriétaires des dispositions de son art. 3; qu'elle a ainsi le caractère d'une **véritable juridiction**; qu'elle est tenue, dès lors, d'observer **toutes les règles générales de procédure** dont l'application n'a pas été écartée par une **disposition législative formelle** ou n'est pas inconciliable avec son organisation; qu'au nombre de ces règles se trouve celle d'après laquelle les **décisions** rendues par une **juridiction** doivent être **motivées** ;*

(...) »

(CE, 05 Décembre 1924, Sieurs Légillon, Rec. p. 1985) ;

« (...)

CONSIDERANT QU'IL RESULTE DES DISPOSITIONS DE LA LOI DU 23 NOVEMBRE 1957, SUR LE RECLASSEMENT DES TRAVAILLEURS HANDICAPES, ET DES DECRETS DU 26 JUILLET 1962 ET 16 DECEMBRE 1965, PORTANT REGLEMENT D'ADMINISTRATION PUBLIQUE POUR L'APPLICATION DE LADITE LOI, QUE LES COMMISSIONS DEPARTEMENTALES DU CONTENTIEUX SONT DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES LORSQU'ELLES STATUENT SUR LES CONSTATATIONS NÉES DE L'APPLICATION DES ARTICLES 11, 13 ET 15, ALINEAS 4 ET 5, DE LA LOI SUSMENTIONNÉE, C'EST-A-DIRE NOTAMMENT SUR LES LITIGES RELATIFS A LA CANDIDATURE DE TRAVAILLEURS HANDICAPES AUX EMPLOIS RESERVES ;

QU'IL SUIT DE LA QUE CES COMMISSIONS DOIVENT OBSERVER LES REGLES GENERALES DE PROCEDURE QUI N'ONT PAS ETE ECARTEES PAR UNE DISPOSITION LEGISLATIVE EXPRESSE OU QUI NE SONT PAS INCOMPATIBLES AVEC LEUR ORGANISATION ; QU'AU NOMBRE DE CES REGLES, FIGURENT CELLES SUIVANT LESQUELLES LES DECISIONS JURIDICTIONNELLES DOIVENT, D'UNE PART, ETRE MOTIVEES, D'AUTRE PART, COMPORTER LE NOM DES JUGES AYANT DELIBERE ;

(...) »

(CE, 08 Juillet 1970, M. DORE, n°75362)

Seule la **loi**, en conséquence, peut **moduler l'obligation de motivation des décisions de justice** et des **décisions non juridictionnelles** (**loi** du 11 Juillet 1979 ; articles **L. 211-1** et s. du Code des relations entre le public et l'administration – CRPA), soit pour **l'abolir** en considération de **raisons impérieuses d'intérêt général**, soit pour **l'alléger** pour la rendre **conciliable** avec l'**organisation** de la **juridiction** concernée.

Ainsi, l'article **L. 9** du Code de justice administrative (CJA) consacre le **principe prétorien** :

« Les jugements sont motivés. »

L'**obligation de motivation** n'a pas été supprimée par la **loi**, même si elle s'exprime de façon plus sommaire, dans le cadre de la **procédure préalable d'admission des recours en cassation** devant le **Conseil d'Etat**, procédure que prévoit expressément l'article **L. 822-1** CJA :

« L e pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une procédure préalable d'admission.

L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux. »

L'édition de l'article **L. 822-1** CJA confirme que la **procédure préalable d'admission du pourvoi** ne pouvait être instaurée que par la **loi**, en tant qu'elle soumet l'instruction du pourvoi à des **règles dérogatoires au principe du contradictoire** (l'admission est examinée au seul vu du pourvoi et sans qu'il soit communiqué à la partie défenderesse) et à une **motivation plus succincte** que celle qui prévaut dans les conditions ordinaires :

« (...)

13. Les décisions de refus d'admission sont des décisions juridictionnelles rendues par la chambre en formation de jugement, c'est-à-dire une formation collégiale de trois membres du Conseil d'État, présidée par le président de la chambre ou par un assesseur, après une audience publique au cours de laquelle le rapporteur public prononce ses conclusions. L'admission est refusée lorsque les pourvois sont irrecevables ou lorsqu'ils reposent sur une argumentation qui n'est pas jugée susceptible de conduire à la cassation de la décision déférée. La décision de refus d'admission est motivée de façon succincte, se bornant à énumérer les moyens invoqués pour dire « qu'aucun de ces moyens n'est de nature à permettre l'admission du pourvoi ». Les chambres n'explicitent pas davantage les motifs qui les ont conduites à regarder les moyens soulevés comme insusceptibles d'emporter la cassation.

(...) »

(**Jacques-Henri STAHL, Conseiller d'Etat**, Recours en cassation, Répertoire de contentieux administratif Dalloz, Avril 2019, § 13, page 8/78).

Le **règlement (décret en Conseil d'Etat)** était donc **compétent** en vertu de l'article **37** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 pour fixer les **règles** de la **procédure d'admission du pourvoi**, aux articles **R. 822-1 à R. 822-6** CJA :

Article **R. 822-2** CJA :

« S'il apparaît que l'admission du pourvoi peut être refusée, le président de la chambre transmet le dossier au rapporteur public en vue de son inscription au rôle ; le requérant ou son mandataire est averti du jour de la séance.

Dans le cas contraire, le président de la chambre décide qu'il sera procédé à l'instruction du pourvoi dans les conditions ordinaires ; le requérant ou son mandataire est avisé de cette décision. »

Article **R. 822-3** CJA:

« La décision juridictionnelle de refus d'admission est notifiée au requérant ou à son mandataire. Elle n'est susceptible que du recours en rectification d'erreur matérielle et du recours en révision.

Lorsque la formation de jugement ne refuse pas l'admission du pourvoi, il est procédé à l'instruction de l'affaire dans les conditions ordinaires. Le requérant ou son mandataire en est avisé. »

*

En ce qui concerne les **juridictions judiciaires**, l'article **455** du Code de procédure civile (CPC) n'est pas moins clair quant à l'**obligation de motivation** qui s'impose à elles :

*« Le **jugement** doit exposer succinctement les **prétentions** respectives des parties et leurs **moyens**. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le **jugement** doit être motivé.*

Il énonce la décision sous forme de dispositif. »

On ne peut, dès lors, qu'être très réservé quant à la **légalité** de l'article **1014** du Code de procédure civile (CPC), dont la **Cour de cassation** a fait application dans son **arrêt** du 06 Décembre 2017 (*pièce n°4*), aux termes duquel, dans sa rédaction issue de l'article **19** du **décret** n°2014-1338 du 06 Novembre 2014 relatif à la procédure civile applicable devant la Cour de cassation :

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

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

En effet, ce **texte réglementaire** investit expressément la **Cour de cassation** du **pouvoir de rejeter le pourvoi** ou de **ne pas répondre à un ou plusieurs moyens, sans motiver spécialement** sa décision, notamment s'ils « **ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.** »

Le **pouvoir réglementaire** a entendu, ce faisant, par l'emploi de l'adverbe « **manifestement** », se prévaloir du **titre de l'évidence**, comme si, en théorie, tout au moins, **n'importe quelle personne raisonnable**, était capable de **constater le manque de sérieux** du **pourvoi** ou de l'un des **moyens** présentés à son appui.

Cependant, d'une part, l'**évidence** ne suffit pas à se substituer au **Constituant** et ne saurait faire d'un **règlement** qui s'y réfère, une **loi** du **Parlement**.

De deuxième part, aux termes de l'article **L. 243-2** du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) :

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

*L'administration est tenue d'abroger expressément un acte non réglementaire non créateur de droits devenu illégal ou sans objet en raison de **circonstances de droit ou de fait postérieures** à son édicition, sauf à ce que l'illégalité ait cessé. »*

Il doit être observé, dans cet ordre d'idées, qu'à l'occasion de la **refonte** du **Code de l'organisation judiciaire** (COJ) opérée par l'**ordonnance** n°2006-673 du 08 Juin 2006 (JORF 09 Juin 2006, Texte 13 sur 135), **ratifiée** par l'article **138, I, 20°** de la **loi** n°2009-526 du 12 Mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JORF 13 Mai 2009, texte 1 sur 121), a été **abrogé** l'ancien article **L. 131-6** (COJ), avec **effet** au 05 Juin 2008, ci-après énoncé :

*« Après le dépôt des mémoires, les affaires soumises à une chambre civile sont examinées par une **formation de trois magistrats** appartenant à la chambre à laquelle elles ont été distribuées.*

*Cette formation **déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation**. Elle statue lorsque **la solution du pourvoi s'impose**. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à **l'audience de la chambre**.*

Toutefois, le premier président ou le président de la chambre concernée, ou leurs délégués, d'office ou à la demande du procureur général ou de l'une des parties, peuvent renvoyer directement une affaire à l'audience de la chambre par décision non motivée.

Lorsque la solution d'une affaire soumise à la chambre criminelle lui paraît s'imposer, le premier président ou le président de la chambre criminelle peut décider de faire juger l'affaire par une formation de trois magistrats. Cette formation peut renvoyer l'examen de l'affaire à l'audience de la chambre à la demande de l'une des parties ; le renvoi est de droit si l'un des magistrats composant la formation restreinte le demande. La formation déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation. »

L'actuel article **L. 431-1** COJ, dans la rédaction que lui a donnée l'**ordonnance** précitée n°2006-673 du 08 Juin 2006, **Annexe I**, entrée en vigueur le 05 Juin 2008, dispose désormais :

*« Les affaires soumises à une **chambre civile** sont examinées par une **formation de trois magistrats** appartenant à la **chambre** à laquelle elles ont été distribuées.*

*Cette formation statue lorsque **la solution du pourvoi s'impose**. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à **l'audience de la chambre**.*

*Toutefois, le **premier président** ou le **président de la chambre** concernée, ou leurs **délégués**, d'office ou à la **demande** du **procureur général** ou de **l'une des parties**, peuvent **renvoyer directement** une affaire à **l'audience de la chambre** par décision non motivée. »*

La **refonte** du Code de l'organisation judiciaire ne s'est pas faite à **droit constant**. En effet, comme on le constate rapidement à leur lecture, l'ancien article **L. 131-6** COJ et l'actuel **L. 431-1** COJ diffèrent dans leur **contenu normatif** en ce que la **première phrase** de l'**alinéa 2** de l'ancien article **L. 131-6** COJ « *Cette formation déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation.* » a été **retranchée** du corpus législatif pour être **transposée**, en **termes identiques**, par l'article **9, 4°** du **décret n°2008-522** du 02 Juin 2008 portant refonte de la partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire (JORF 04 Juin 2008, texte 11 sur 129), dans le corps de l'article **1014**, qu'il crée, à alinéa unique, consacré à la **formation restreinte de trois magistrats** chargée par l'ancien article **L. 131-6, alinéa 2, deuxième phrase** COJ et l'actuel article **L. 431-1, alinéa 2** COJ de statuer « (...) *lorsque la solution du pourvoi s'impose.* » :

« Après le dépôt des mémoires, cette formation déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation. »

L'**alinéa 2** de l'article **1014** CPC a été **créé** par l'article **19** du **décret n°2014-1338** du 06 Novembre 2014 relatif à la procédure civile applicable devant la Cour de cassation, en même temps qu'il a **réécrit l'alinéa 1er** de l'article **1014** CPC :

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

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

Sans doute, les **termes actuels** de la loi « *Cette formation statue lorsque la solution du pourvoi s'impose. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre.* » (actuel article **L. 431-1, alinéa 2** COJ), similaires à ceux de l'ancien article **L. 131-6, alinéa 2**, deuxième et troisième phrase (« (...) *Elle statue lorsque la solution du pourvoi s'impose. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre.* (...) ») permettent-ils de comprendre qu'un **traitement adapté** sera réservé aux **pourvois** pour lesquels la **solution apparaît d'évidence**, comme ceux qui sont **irrecevables** ou qui ne sont **manifestement** pas fondés sur un **moyen sérieux de cassation**. Les **caractéristiques objectives** de ces **pourvois** (l'**irrecevabilité** du **pourvoi** résulte de l'**écoulement du temps** ; le **défaut manifeste de moyen sérieux** doit pouvoir sauter aux yeux de **toute personne raisonnable**) justifient, sous réserve de la **dénaturation** qu'aucune juridiction supérieure nationale ne pourra, cependant, apprécier, qu'une **formation restreinte de trois magistrats** y statue selon une **procédure allégée**.

Cependant, d'une part, la loi n'a nullement prévu de **dérogation expresse** à l'**obligation de motivation** qui s'impose à **toute juridiction judiciaire ou administrative**, y compris la **Cour de cassation** et le **Conseil d'Etat**. Le **pouvoir réglementaire** n'était donc pas **habilité** par l'actuel article **L. 431-1, alinéa 2, première phrase** COJ à dispenser de **toute motivation** la **décision de non-admission** du **pourvoi en cassation** y compris « (...) *lorsque la solution du pourvoi s'impose.* (...) » (article **L. 431-1, alinéa 2, première phrase** COJ). Seul le **législateur** aurait pu en décider ainsi, au vu d'un **motif impérieux d'intérêt général**, ce qu'il n'a pas fait.

D'autre part, lorsqu'en application du **deuxième alinéa, deuxième phrase** ou du **troisième alinéa** de l'actuel article **L. 431-1** COJ, il a été décidé, par la **formation restreinte**, le **premier président**, le **président de la chambre concernée** ou leurs **délégués**, de **renvoyer** « (...) *l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre.* (...) », rien, dans les termes de la **loi**, n'autorise la **formation de jugement** à ne pas **dûment motiver** le **rejet** d'un **moyen** dont l'**irrecevabilité** n'est pas apparue **évidente** à la **formation restreinte** et que celle-ci n'a pas apprécié comme n'étant « (...) *manifestement pas de nature à entraîner la cassation.* », circonstances indiquant que la **solution du pourvoi ne s'impose pas**, au sens de l'article **L. 431-1, alinéa 2, première phrase** COJ.

Dans ces conditions et dès lors que la **solution du pourvoi ne s'impose pas**, l'**obligation de motivation** des **décisions juridictionnelles** induit nécessairement que la **chambre concernée** de la **Cour de cassation** procède à un **examen attentif** de **chacun** des **moyens** du pourvoi.

Seul le **législateur** aurait pu, en considération de **raisons impérieuses d'intérêt général**, décider de **déroger à la règle de la motivation** et autoriser la **chambre** à laquelle a été distribué le pourvoi, bien qu'aucune des autorités juridictionnelles précitées n'ait estimé que la **solution du pourvoi s'imposait**, à ne pas **spécialement motiver** le rejet du ou des **moyens** qui ne seraient **manifestement pas de nature à entraîner la cassation**.

La **loi**, comme susdit, a réservé l'**examen sommaire** du **pourvoi** à la **formation restreinte** de **trois magistrats** uniquement « (...) *lorsque la solution (...) s'impose.* (...) ».

Eu égard à l'**économie du pourvoi**, que composent un ou plusieurs **moyens**, constater que la **solution du pourvoi ne s'impose pas** en l'état de l'instruction, signifie qu'il n'est pas exclu qu'**un des moyens** présentés à son soutien suffise à justifier la **cassation** de la décision attaquée. Il est, donc, nécessaire de **dûment examiner chacun des moyens**, sans pouvoir **présumer** que l'un ou plusieurs d'entre eux ne seraient pas de nature à entraîner la **cassation**.

La **garantie des droits** que consacre l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du **26 Août 1789 (DDH)**, à **pleine valeur constitutionnelle**, dont procède l'**obligation de motivation**, commande, en l'**absence de dérogation expressément prévue par la loi** (v. **CE, 05 Décembre 1924, Sieurs Légillon**, Rec. p. 1985 ; **CE, 08 Juillet 1970, M. DORE**, n°75362, précités), qu'une fois le pourvoi soumis à l'examen de la **chambre concernée**, celle-ci indique avec **précision** les **raisons de droit** justifiant, le cas échéant, le **rejet** de **chacun des moyens** présentés à son appui, par le demandeur.

L'article **1014** du Code de procédure civile est, partant, entaché d'**incompétence**.

*

II-C-2/ LE PREJUDICE DE REPUTATION

Il y a lieu, ici, de considérer l'émergence du **droit souple** comme **alternative pérenne** au **droit dur** pour **réguler** le **domaine d'activité** de la **profession d'avocat**.

La **doctrine** confirme le propos :

« (...)

*Le **droit souple** est en effet un **droit de substitution** au **droit dur** lorsque le recours à ce dernier est **difficile** (engagement entre deux services d'une même personne morale, accords d'entreprise transnationaux). Il est aussi un **droit de préparation** du **droit dur**, plus évolutif, propice à l'expérimentation et à la prospection, afin d'appréhender des **évolutions technologiques** (gouvernance d'internet) ou **sociétales** (**prévention des conflits d'intérêts**). Il se présente également comme un **accompagnement** du **droit dur**, lorsqu'il agit par **délégation** ou lorsqu'il permet de rendre celui-ci **plus accessible** en assurant son **explication** (circulaires, chartes de service public), s a **prévisibilité** (directives) ou sa **mise en oeuvre** (démarches de conformité au sein des entreprises). Enfin, le **droit souple** peut se présenter comme une « **alternative pérenne** » au **droit dur** pour réguler de **manière incitative** un domaine d'activité où existent des **intérêts contradictoires**. Il en est ainsi en **matière de santé** (recommandations de bonnes pratiques médicales) ou en **matière économique** (régulation par la responsabilisation des acteurs).*

*Le **droit souple** est surtout loué en ce qu'il « élargit la palette des moyens d'action des pouvoirs publics » et « donne corps à la **notion de régulation** ». Le Conseil d'État évoque à ce titre le « rôle pionnier » des **AAI** (37). Ainsi, les **instructions** et **recommandations** adoptées par l'**Autorité des marchés financiers** sont des « instruments d'accompagnement » des pouvoirs réglementaires dont elle dispose, afin de les interpréter, de les préciser, de les mettre en oeuvre ou « d'impliquer les représentants des acteurs concernés dans une corégulation ». De même, les **recommandations, avis et lignes directrices** adoptés par l'**Autorité de la concurrence** ou la **Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)** permettent d'explicitier le **cadre légal souvent flou** qu'elles sont chargées d'appliquer (38). C'est donc tout naturellement que les premiers arrêts du Conseil d'État relatifs au **droit souple** concernent des actes émis par ces entités.*

(...) »

(**Julia SCHMITZ**, Maître de conférences à l'Université de Toulouse I Capitole, Institut Maurice Hauriou, Le droit « souple », les autorités administratives indépendantes et le juge administratif. De la doctrine au prétoire, RFDA 2017, p. 1087, page 4/22).

*

L'instrument de **droit souple** (les cinq termes du **serment** par lequel l'Avocat jure d'exercer ses fonctions avec **dignité, conscience, indépendance, probité** et **humanité**) pourra servir de **guide** à la **qualification** d'un comportement s'inscrivant dans un **espace-temps** (le **monde sensible**).

*

.../...

Est, dès lors, pertinente, la **jurisprudence constante** de la **Haute assemblée** ouvrant la voie du **recours pour excès de pouvoir** à l'encontre des **actes de droit souple** (**CE, Ass., 21 Mars 2016, Société FAIRVESTA International GmbH et autres**, n°368082, 368083, 368084, Rec. 77 et **Société NC NUMERICABLE**, n°390023, Rec. p. 89 ; **CE, 20 Juin 2016, Fédération française des sociétés d'assurances**, n°384297, Rec. p. 653 ; **CE, 30 Juin 2016, Société Crédit agricole SA et a. c/ Autorité de contrôle prudentiel et de résolution**, n°383822 ; **CE, Section, 13 Juillet 2016, Société GDF SUEZ**, n°388150, Rec. p. 384 ; **CE, 22 Juillet 2016, Syndicat Alliance française des industries du numérique - AFNUM -**, n°397014 ; **CE, 10 Novembre 2016, Mme E. et a. c/ Conseil supérieur de l'audiovisuel - CSA -**, n°384691, 384692, 394107 ; **CE, 19 Juillet 2017, Société Menarini France c/ Haute Autorité de santé et Agence nationale de sécurité du médicament**, n°399766, 399769, 399771, 399796, 399803, 399821, 402523, 40252 ; **CE, 07 Novembre 2018, Société Point d'appui et Association nationale des kinésithérapeutes fasciathérapeutes - ANKF - c/ Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires - MIVILUDES -**, n°417998 ; **CE, Ass., 19 Juillet 2019, Madame LE PEN**, n°426389 ; **CE, 16 Octobre 2019, Associations La Quadrature du net et Caliopen c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés - CNIL -**, n°433069 ; **CE, 04 Décembre 2019, Fédération des entreprises de la beauté**, n°416798 ; **CE, 31 Décembre 2019, Société BFM TV c/ Conseil supérieur de l'audiovisuel - CSA -**, n°431164 et 432634) :

« (...)

4. L'appréciation dont la Haute autorité pour la transparence de la vie publique estime utile d'assortir la déclaration de situation patrimoniale d'un député constitue une prise de position quant au respect de l'obligation d'exhaustivité, d'exactitude et de sincérité qui pèse sur l'auteur de cette déclaration. Alors même qu'elle est dépourvue d'effets juridiques, cette prise de position d'une autorité administrative, qui est rendue publique avec la déclaration de situation patrimoniale sur le fondement de l'article LO 135-2 du code électoral précité, est de nature à produire, sur la personne du député qu'elle concerne, des effets notables, notamment en termes de réputation, qui au demeurant sont susceptibles d'avoir une influence sur le comportement des personnes, et notamment des électeurs, auxquelles elle s'adresse. Dans ces conditions, une telle prise de position doit être regardée comme faisant grief au député dont la déclaration de situation patrimoniale fait l'objet de l'appréciation ainsi rendue publique. Il s'ensuit que Mme A...est recevable à demander l'annulation de la délibération du 24 octobre 2018 relative à sa déclaration de situation patrimoniale. La fin de non-recevoir soulevée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique doit donc être écartée.

(...) »

(**CE, 19 Juillet 2019, Madame LE PEN**, n°426389).

*

La **critique abusive** du **comportement d'un avocat**, dont rend compte notamment le prononcé d'un **blâme injustifié** à titre de **sanction disciplinaire**, est, à l'évidence, de nature à produire des **effets notables**, notamment en termes de **réputation**, sur la personne de l'**avocat** qui en est tributaire.

Dans ces conditions, si le **blâme** décerné par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** (*pièce n°3*) avait été prononcé par une **autorité administrative**, il y a tout lieu de penser qu'il aurait pris la forme d'un **acte de droit souple**, justiciable en tant que tel du **recours pour excès de pouvoir**.

Le requérant aurait eu, dès lors, le loisir de soulever devant le **juge de l'excès de pouvoir** l'ensemble des **moyens d'illégalité externe et interne** ci-avant développés.

*

En l'occurrence, l'ampleur du **préjudice** s'apprécie à l'aune du **dénigrement subi par le requérant, de façon publique et persistante**, auquel le **blâme** infligé par l'arrêt précité de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** (*pièce n°3*) a donné lieu de la part du **Conseil national des barreaux, trois ans** après le prononcé dudit arrêt, à l'occasion d'une **action en reconnaissance de droits** diligentée par **Maître Philippe KRIKORIAN** devant le **Tribunal administratif de Paris**, *ès qualités* de **Président-fondateur en exercice** du **GRAND BARREAU DE FRANCE - GBF-**, dont est actuellement saisie la **Cour administrative d'appel de Paris**, ce, depuis le 24 Septembre 2020 écoulé (v. *pièces n°7, 8, 9 et 11*).

*

II-C-3/ LE LIEN DE CAUSALITE

Sans doute, l'**application** des articles **183** et **184** du **décret** n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, de même que celle de l'article **1014** CPC, sont-elles l'oeuvre du **juge judiciaire**, en l'occurrence la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** (*pièce n°3*) et la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation** (*pièce n°4*).

- Cependant, d'une part, il tombe sous le sens qu'en l'absence des articles **183** et **184** dudit **décret**, dans leur **rédaction défectueuse** qui les vicie d'**illégalité**, le **juge d'appel** n'aurait pas pu apprécier comme **fautif** ni sanctionner d'un **blâme** le fait d'avoir :

1°) **conclu** et **exécuté avec zèle, sans carence ni excès**, comme l'exige de tous les **avocats** la **Cour européenne des droits de l'homme** (**CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, MORICE c. FRANCE**, requête n°29369/10, § **137**), pendant **huit années de procédure**, à la **demande expresse des clients**, un **mandat de représentation et d'assistance en justice renouvelé quinze fois** ;

2°) demandé et perçu la somme de **142 760,93 € TTC**, à titre de **légitime rémunération des diligences effectuées** (**820,13 heures de travail**), au vu de **vingt-huit factures très détaillées** correspondant « à *une exacte application de la convention d'honoraires et des mandats signés* » et acceptées « *après service rendu en toute connaissance de cause après une information exhaustive.* »

(**Ordonnance n°2016/255** rendue le 28 Juin 2016 par le **Premier président** de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence – RG N°15/13811** (fixe « à la somme de **142 760,93 € TTC** le montant des **honoraires dus par les époux Gérard et Monique VALENCHON** à **Maître Philippe KRIKORIAN** ; » (cinq pages) (*pièce n°1*).

- D'autre part, il n'est pas moins évident que si l'**énoncé normatif** de l'article **1014** CPC n'avait pas conféré à la **Cour de cassation** le **pouvoir de ne pas motiver le rejet de sept des neuf moyens** du pourvoi du requérant, celui-ci aurait pu bénéficier du **droit à un recours juridictionnel effectif**, garanti par l'article **16 DDH**, ce qui ne fut pas le cas.

Un **examen attentif** desdits moyens aurait, selon toute vraisemblance, conduit la **Cour régulatrice** à **contrôler la qualification juridique** donnée aux **faits** par la **Cour d'appel**, pour conclure, en l'occurrence, à l'**absence de faute**, comme l'aurait fait **tout juge indépendant et impartial**.

*

Le lien de causalité est, ainsi, établi entre la **faute** (**l'illégalité** des articles **183** et **184** du décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991 organisant la profession d'avocat, ainsi que de l'article **1014** CPC), d'une part et le **préjudice de réputation** subi par **Maître KRIKORIAN** du fait de l'**activité normative** de l'Etat (v. notamment **CE, 1ère sous-section jugeant seule, 25 Juillet 2008, n°260428 : illégalité fautive des mesures réglementaires de l'arrêté du 14 Mai 1997, vicié d'incompétence et annulé par CE 03 Octobre 1997**).

*

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, 5, 6, 10** et **14**,

Vu la **Constitution** du 4 Octobre 1958, notamment ses articles **1er, 21, alinéa 1er, 34, 37, 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 la **Convention européenne des droits de l'homme**, notamment ses articles **1er, 3, 4, 6, 8, 9, 11, 13, 14** et l'article **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** des 16-19 Décembre 1966,

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

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

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

Vu la **directive 2006/123/CE** du **Parlement européen et du Conseil** du 12 Décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur,

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 (**Loi Bergasse - liberté de la défense *in propria persona***),

Vu le **Code civil**, notamment ses articles **1er, alinéa 1er, 1145, alinéa 2** et **1343-2**,

Vu l'article **323** du **Code de procédure pénale**,

Vu le **Code des relations entre le public et l'administration**, notamment son article **L. 231-4, 3°**,

Vu le **Code de justice administrative** (**CJA**), notamment ses articles **R. 312-3, R. 421-1** et **R. 421-2**,

Vu la **loi n°71-1130 du 31 Décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, notamment ses articles **1er, 3, 15, 17, 21, 22, 25** et **53**,

Vu le **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat,

Vu l'article **21.2.1.1 du Code de déontologie des Avocats européens (Mai 2014)** annexé au **Règlement Intérieur National de la profession d'Avocat (R.I.N.)**,

Vu les **autres pièces** inventoriées sous **bordereau**,

I.-/ SUR L'EXCEPTION D'ILLEGALITE (ARTICLE R. 312-3 CJA) CONDITIONNANT LES CONCLUSIONS INDEMNITAIRES DU REQUERANT

1°) DECLARER illégaux :

1-a°) les articles **16, alinéa 3 (incompétence), 183 et 184 (incompétence et illégalité interne)** du **décret n°91-1197 du 27 Novembre 1991** organisant la profession d'Avocat, dont l'**illégalité** a été révélée par l'application judiciaire, qui a conduit à **injustement** porter atteinte à la **réputation professionnelle** de **Maître Philippe KRIKORIAN** en lui imputant, **à tort**, un **manquement déontologique qu'il n'a pas commis** (tels que ces textes ont été appliqués à son encontre notamment par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence** dans son **arrêt du 29 Septembre 2016 – pièce n°3)** ;

1-b°) l'article **1014** du Code de procédure civile (CPC - ancien article **L. 131-6** du Code d'organisation judiciaire – COJ), vicié d'**incompétence**, en tant qu'il autorise la **Cour de cassation** réunie en la « **formation restreinte de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée** » (article **1013** CPC) ou en « **Toute formation** » (article **1014, alinéa 2**) à **ne pas motiver le rejet du pourvoi** par une **formule stéréotypée** selon laquelle le **pourvoi** lui-même ou les **moyens** présentés à son appui ne sont « **manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;** » (v. **pièce n°4**) ;

II.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS D'INDEMNISATION DU PREJUDICE CAUSE AU REQUERANT PAR L'ILLEGALITE FAUTIVE DES DISPOSITIONS REGLEMENTAIRES ATTAQUEES

2°) CONDAMNER L'ETAT pris en la personne de **Monsieur le Premier ministre** à payer à **Maître Philippe KRIKORIAN**, avec **intérêts au taux légal** à compter du **30 Décembre 2020**, la somme de **1 000 000,00 € (UN MILLION D'EUROS)** au titre de l'indemnisation du **préjudice de réputation** causé au **requérant** du fait de l'**activité normative de l'Etat** ;

3°) DIRE que les **intérêts échus**, dus au moins pour **une année entière**, seront **capitalisés** et **produiront intérêt** ;

III.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS D'ALLOCATION DE L'INDEMNITE AU TITRE DES FRAIS IRREPETIBLES

Vu l'article L. 761-1 CJA,

4°) CONDAMNER l'Etat aux entiers dépens et à payer, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens à Maître Philippe KRIKORIAN la somme de 12000,00 € (DOUZE MILLE EUROS) ;

IV.-/ SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 2 DE L'ORDONNANCE N°2020-1402 DU 18 NOVEMBRE 2020 PORTANT ADAPTATION DES REGLES APPLICABLES AUX JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

5°) DIRE qu'en raison des mesures gouvernementales de confinement destinées à ralentir la propagation du virus COVID-19, l'audience se tiendra à distance par visio-conférence ou communication téléphonique avec l'Avocat du requérant ;

SOUS TOUTES RESERVES ;

Fait à Marseille, le 23 Avril 2021

Pour le requérant,

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

PRODUCTIONS - PIECES JUSTIFIANT LA DEMANDE D'INDEMNISATION DE MAITRE PHILIPPE KRIKORIAN A MONSIEUR LE PREMIER MINISTRE EN DATE DU 30 DECEMBRE 2020, PORTEE, APRES REFUS IMPLICITE, DEVANT LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE

1. **Ordonnance n°2016/255** irrévocablement rendue le 28 Juin 2016 par le **Premier président** de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence – RG N°15/13811** (fixe « à la somme de **142 760,93 € TTC** le montant des *honoraires dus par les époux Gérard et Monique VALENCHON à Maître Philippe KRIKORIAN* ; » (cinq pages), avec **certificat de non-pourvoi** délivré par la **Cour de cassation** le 28 Octobre 2016 (deux pages)
2. **Arrêt n°2014/1** rendu le 09 Janvier 2014 par la **Quatrième Chambre A** de la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence**, RG n°11/04351 (huit pages)
3. **Arrêt n°2016/ 13D** rendu le 29 Septembre 2016 par la **Cour d'appel d'Aix-en-Provence - Première Chambre A – RG 15/15836** - décision attaquée par le **pourvoi n°D 16-26.080** du 18 Novembre 2016 (seize pages)
4. **Arrêt n°1268 F-D** rendu le 06 Décembre 2017 par la **Première Chambre civile** de la **Cour de cassation – pourvoi n°D 16-26.080** (**rejet** – six pages)
5. **Formulaire de requête** adressé par **Maître Philippe KRIKORIAN**, le 04 Juin 2018, à la **Cour européenne des droits de l'homme** (treize pages ; vingt-cinq pièces inventoriées sous bordereau)
6. **Décision d'irrecevabilité** rendue le 04 Octobre 2018 par la **Cour européenne des droits de l'homme** (**requête n°26860/18** introduite le 04 Juin 2018 – deux pages)
7. **Mémoire en défense** du **Conseil national des barreaux** déposé le 26 Avril 2019 devant le **Tribunal administratif de Paris** (vingt-six pages - **action en reconnaissance de droits** exercée par le **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF – requête n°1903067/6-1**)
8. **Jugement n°1903067/6-1** rendu le 24 Juillet 2020 par le **Tribunal administratif de Paris**, notifié au **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** – le 17 Août 2020 (neuf pages)
9. **Historique** au 08 Décembre 2020, 20h22 de la **requête d'appel** déposée le 24 Septembre 2020 par le **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** devant la **Cour administrative d'appel de Paris, Première chambre, n°2002787** (**action en reconnaissance de droits** - deux pages)
10. **Demande indemnitaire préalable** formée par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception n°1A 164 388 4080 4** expédiée le 30 Décembre 2020 et reçue par le **Premier ministre** le 04 Janvier 2021 (cent douze pages ; neuf pièces inventoriées sous bordereau)
11. **Mémoire en réplique n°2002787** du **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF** – déposé le 23 Mars 2021, à 16h27 devant la **Cour administrative d'appel de Paris** (**action en reconnaissance de droits** - deux-cent quarante-quatre pages ; trente-neuf pièces inventoriées sous bordereau)

*

Fait à Marseille, le **23 Avril 2021**

Pour le **requérant**,

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