N^{os} 408258, 408267, 408289, 408305, 415795, 415827, 415901

Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris

Union des jeunes avocats de paris

Conseil national des barreaux et autres

Conférence des bâtonniers

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 11 janvier 2019

Lecture du 30 janvier 2019

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. Les sept recours appelés, qui émanent du Conseil national des barreaux, de la conférence des bâtonniers, de plusieurs barreaux et de l'Union des jeunes avocats de Paris et de divers barreaux, et qui ont donné lieu à de nombreuses interventions recevables, vous demandent d'annuler pour excès de pouvoir l'ordonnance n° 2016-1809 du 22 décembre 2016 et le décret n° 2017-1370 du 20 septembre 2017 qui ont transposé en droit français, notamment pour la profession d'avocat, la directive n° 2013/55/UE du 30 novembre 2013. Cette directive a modifié la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles pour prévoir que lorsque l'accès à une profession réglementée dans un Etat membre n'est pas possible, parce que le demandeur présente des qualifications lui permettant d'exercer une partie des activités de cette profession mais pas toutes, et que des *mesures compensatoires* ne sont pas possibles, l'Etat doit en principe permettre un *accès partiel* à cette profession, pour les seules activités pour lesquelles le demandeur est qualifié. Les textes attaqués ont ainsi créé une possibilité d'accès partiel à la profession d'avocat, qui se limite aux activités de consultation juridique ou de rédaction d'actes sous seing privé, que nous désignerons par commodité sous l'expression de *conseil juridique*. Avant d'examiner les moyens eux-mêmes, il nous semble **qu'il faut d'abord vous présenter le cadre juridique** de cette notion « d'accès partiel » à une profession réglementée et de son application à l'activité réglementée de conseil juridique.

2. **La directive 2005/36/CE** du 7 septembre 2005 est une pièce maîtresse du marché unique européen. L'un des obstacles à la liberté d'établissement et de prestation de services tient à ce que chaque pays subordonne l'exercice d'un grand nombre d'activité à la détention de certains titres de qualification. Il en va ainsi en France pour de très nombreuses professions, qu'il s'agisse du chirurgien du cœur qui doit avoir fait des études de médecine spécialisée (art. L. 4111-1 du code de la santé publique), du coiffeur qui doit avoir un certificat d'aptitude professionnelle (décret n°98-246 du 2 avril 1998) en passant par l'agent immobilier qui doit avoir en principe un diplôme Bac +3 (décret n° 72-678 du 20 juillet 1972). L'exercice est parfois conditionné à des autorisations qui comportent d'autres conditions (d'assurance, de garanties financières, d'absence de condamnations pénales, de moralité etc.), mais les

conditions de qualification professionnelle présentent un danger particulier pour la libre circulation puisqu'elles sont définies en fonction de diplômes et autres titres nationaux que, par définition, les ressortissants des autres Etats-membres n'ont pas.

La directive 2005/36, qui a remplacé un ensemble de directives antérieures, permet de répondre à cette difficulté. Elle définit comme profession réglementée toute « *activité ou ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement (...) à la possession de qualifications professionnelles déterminées.* » La définition européenne de la profession réglementée est donc beaucoup plus large que le sens que l'on donne parfois à cette expression en français, où elle désigne surtout les professions administrées par un ordre professionnel.

La directive prévoit trois systèmes d'accès aux professions réglementées. Un système de base, fixé par l'article 13, qui prévoit que les Etats-membres doivent reconnaître le diplôme obtenu dans un autre Etat pour exercer la même activité, dès lors que le demandeur produit une « *attestation de compétence* », délivrée par l'administration de l'Etat d'origine, qui certifie que tel diplôme permet de former à tel métier. Lorsqu'il y a des différences dans le périmètre des activités ou dans le niveau d'exigence, l'Etat d'accueil peut imposer des mesures de compensation, régies par l'article 14, notamment la réussite d'une épreuve d'aptitude. En outre, il est toujours nécessaire de maîtriser la langue du pays d'accueil, comme le prévoit l'article 53. Deux autres systèmes sont organisés par la directive, mais ne sont pas en cause aujourd'hui.¹

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos* du 19 janvier 2006 (C-330/03), rendu sous l'empire de la directive précédente : il s'agissait d'un ingénieur italien en hydraulique, n'étant qualifié que dans ce domaine de l'ingénierie civile et souhaitant exercer en Espagne, où la profession d'ingénieur civil permet d'exercer non seulement en matière hydraulique mais aussi dans d'autres domaines, notamment la voirie. Des mesures de compensation consistant à exiger qu'il complète sa formation dans des domaines lui étant totalement étrangers apparaissaient impossibles mais la cour a jugé que la directive 98/34/CE de l'époque, qui n'en disait rien, permettait aux autorités espagnoles d'accorder un accès partiel à leur profession d'ingénieur civil, limité au domaine hydraulique. Dans un arrêt du 27 juin 2013 *Eleftherio Themitoklis Nasiopoulos* (C-575/11), elle a été plus loin en jugeant que l'article 49 du TFUE s'oppose à qu'un Etat membre n'accorde pas un tel accès partiel. Pour le dire autrement, soit l'accès total est possible, quitte à imposer une formation complémentaire ; soit, selon la cour, « *les différences entres les domaines d'activité sont si importantes qu'il faudrait en réalité suivre une formation complète pour accéder à la profession* » entière, auquel cas l'Etat membre doit accorder un accès partiel si c'est possible. Quelques mois plus tard, la directive 2013/55/UE du 30 novembre 2013 a explicitement introduit cette obligation d'accès partiel à son article 4 septies. Si la directive renvoie, pour l'examen de la compétence,

¹ Le système de la reconnaissance de l'expérience professionnelle, qui oblige à permettre l'exercice de l'activité si le demandeur a exercé la même activité pendant une certaine durée dans d'autres Etats-membres. Ce système, qui dispense de la production d'un diplôme de l'Etat d'origine, n'est applicable qu'aux activités figurant à la longue annexe IV de la directive, qui sont pour beaucoup des activités techniques de fabrication, artisanales ou d'entretien. Enfin, la directive prévoit un troisième système dans lequel les périmètres des professions et le contenu des formations sont en partie harmonisés, ce qui facilite grandement la reconnaissance des diplômes, dont les noms sont listés pour tous les Etats-membres à l'annexe V. Une telle harmonisation n'a eu lieu que pour les professions médicales et pour les architectes.

au système de droit commun de l'article 13, elle met à cet accès partiel des conditions plus strictes que pour l'accès complet : l'activité en cause doit être objectivement séparable des autres activités de la profession de l'Etat d'accueil ; la personne accueillie ne peut se prévaloir du titre professionnel de l'Etat d'accueil, mais seulement de celui de son Etat d'origine, parfois même dans la langue de l'Etat d'origine ; enfin, l'Etat d'accueil peut refuser l'accès partiel s'il peut faire valoir une raison impérieuse d'intérêt général, ce qui n'est pas possible en matière d'accès total. Pour éviter que les Etats n'abusent de cette faculté de n'autoriser que partiellement l'accès à leur profession aux ressortissants des autres Etats-membres, l'accès partiel n'est possible que si l'accès entier n'est pas possible, parce que les mesures de compensation sont inenvisageables. L'accès partiel est donc un mécanisme subsidiaire.

3. En amont de l'examen des requêtes, **il faut donc déterminer si l'accès à l'activité de conseil juridique constitue un accès total ou un accès partiel à une profession française.** Cette question est tout sauf simple, dans la mesure où la réglementation du conseil juridique en France est particulièrement complexe. Elle est fixée aujourd'hui par le titre II de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, telle que réformée par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 qui a supprimé l'ancienne profession de conseil juridique. Cette activité est incontestablement une activité réglementée au sens de la directive 2005/36 : elle n'est pas libre mais subordonnée à des titres ou compétences équivalent au moins à la licence de droit. Pour le reste, le conseil juridique n'est pas l'apanage d'une seule profession mais ouvert, dans des conditions variables à un grand nombre de professionnels. On peut distinguer cinq cas de figure :

- celui des avocats (art. 56) qui, au titre de l'exercice de cette profession, peuvent pratiquer le conseil juridique en toute matière ; ils sont les seuls à disposer de cette habilitation universelle ;
- celui ensuite des personnes qui exercent déjà certaines autres professions réglementées à fort contenu juridique et qui, au titre de cette profession, sont autorisées à faire du conseil juridique « *dans les activités définies par leurs statuts* » ; il s'agit des cinq professions suivantes : notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires, administrateurs judiciaires et mandataires-liquidateurs (art. 56). Leurs activités de conseil juridique sont limitées aux matières dans lesquelles ils sont spécialisés mais n'ont pas à être accessoires : le professionnel peut choisir de ne faire que du conseil juridique ;
- les autres personnes exerçant une activité réglementée peuvent « *donner des consultations juridiques relevant de leur activité principale et rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire direct de la prestation fournie* » (art. 59) : leur activité de conseil juridique est alors non seulement limitée à certains domaines mais aussi par l'exigence qu'elle reste accessoire ;
- les personnes exerçant une activité non réglementée (art. 60) peuvent également pratiquer le conseil juridique, dans leur seul domaine de compétence principal et de façon accessoire ; ils doivent alors obtenir un agrément accordé par une commission prévue par l'article 54 de la loi ; il en va de même des employés de certaines personnes morales (organismes chargés d'une mission de service public, associations reconnues d'utilité publique, fondations, associations agréées, syndicats – art. 61 à 65), à condition que la personne morale ait obtenu préalablement cette autorisation ;
- enfin, les juristes d'entreprises et les agents publics peuvent pratiquer le conseil juridique (art. 57 et 58) s'ils ont une licence en droit ou une compétence équivalente ; les juristes d'entreprises ne peuvent le faire qu'au profit de leur employeur ; les agents publics sont limités par la réglementation sur le cumul d'activité ; pour eux, aucune autorisation préalable n'est requise.

Pour nous résumer, il nous semble qu'on peut donc distinguer deux situations principales pour l'application de la directive 2005/36 :

- d'une part, la situation où l'activité de conseil juridique que l'on souhaite exercer ne correspond en France qu'à l'une des activités d'une profession réglementée plus large ; il en va ainsi lorsqu'un ressortissant d'un Etat tiers souhaite faire du conseil juridique en toute matière, et doit alors obtenir un accès total ou partiel à la profession d'avocat ; il en va également ainsi pour quelqu'un qui souhaite, par exemple, faire à titre habituel du conseil juridique dans les matières correspondant à l'activité notariale, et doit alors devenir, totalement ou partiellement, soit avocat, soit notaire ; de même s'il souhaite faire du conseil juridique dans une matière relevant d'une autre profession réglementée, à laquelle il pourra accéder totalement ou partiellement ;
- d'autre part, la situation où l'exercice d'une activité de conseil juridique est réglementée pour elle-même, parce qu'il ne s'inscrit pas le cadre d'une profession réglementée plus large. Il en va ainsi à chaque fois que l'intéressé doit obtenir l'agrément prévu par l'article 54 de la loi. Il en va également ainsi à chaque fois que l'intéressé doit faire valoir auprès de son employeur qu'il dispose de titres ou de compétences équivalents à ceux exigés en France, même si la formule large de l'article ne rend pas certain qu'il soit nécessaire de recourir à un système de reconnaissance prévu par la directive 2005/36.

4. Au terme de cette analyse générale, nous en venons enfin à **ce que prévoit le droit français.**

4.1 En premier lieu, il y a des textes qui permettent l'accès entier aux professions faisant du conseil juridique. Ainsi que le soulignent abondamment les requêtes, l'accès des avocats des autres Etats-membres à l'activité de conseil juridique est en partie régi par deux directives spéciales, 77/249/CEE du 22 mars 1977 et 98/5/CE du 16 février 1998, respectivement pour permettre la liberté de prestation de service sous le titre d'origine et la liberté d'établissement, y compris sous le titre de l'Etat d'accueil. Ce régime spécifique a été transposé en droit français.

Cela dit, contrairement à ce qui est soutenu, ces directives n'excluent pas l'application de la directive 2005/36. Le 2 de l'article 10 de la directive 98/5 précise d'ailleurs qu'un avocat peut obtenir la reconnaissance de son diplôme en passant, le cas échéant, une épreuve d'aptitude complémentaire dans les conditions prévues par la directive 2005/36. La directive 2005/36 nous semble aussi applicable au cas d'un ressortissant d'un autre Etat membre qui n'est pas avocat et veut pratiquer en France une activité de conseil juridique qui constitue soit l'exercice partiel de la profession d'avocat ou d'une autre profession, soit une profession réglementée en soi.

Il y a d'autres textes qui permettent d'accéder entièrement aux autres professions réglementées pouvant faire du conseil juridique, à titre principal ou accessoire : notaire, huissier, expert-comptable, architecte etc.

4.2 En deuxième lieu, les textes attaqués prévoient un dispositif dit « d'accès partiel à la profession d'avocat », qui nécessite d'obtenir une autorisation du garde des sceaux, lequel tient à jour la liste des professionnels autorisés. L'autorisation détermine éventuellement les domaines juridiques et activités de conseil juridique que le demandeur est autorisé à pratiquer. Elle peut être subordonnée à des mesures compensatoires, à une épreuve d'aptitude. Cette dénomination « *d'accès partiel à la profession d'avocat* », qui est fortement mise en cause par les requérants, correspond à l'idée, intuitive, que celui qui va faire du conseil juridique en France va exercer une partie des activités de la profession d'avocat. C'est exact, mais

juridiquement cette façon de parler n'est pas sans paradoxe puisque, d'une part, cet accès partiel à la profession d'avocat s'adresse uniquement à des personnes qui ne sont pas avocats et n'en auront pas le titre, d'autre part, cet accès peut recouvrir des cas où le conseil juridique exercé constitue une partie d'une autre profession réglementée, comme celle d'huissier ou de notaire. Il est vrai qu'il n'y avait aucun intérêt à distinguer ces différents cas : l'important est qu'on puisse estimer, au regard de la directive 2005/36, qu'il s'agit d'un accès partiel à une profession plus large. Le dispositif attaqué n'est donc pas contraire aux directives 77/249/CEE, 98/5/CE et 2005/36. Il s'agit bien alors d'un accès partiel, et il est juridiquement indifférent qu'il ait été créé dans un titre V de la loi de 1971 et pas au sein du titre II.

4.3 Mais il résulte de ce que nous vous avons dit qu'on ne peut pas toujours dire que le conseil juridique est une partie d'une profession réglementée plus large. Ainsi, en France, un commerçant ou un agriculteur ayant développé une activité de conseil et souhaitant pratiquer une activité accessoire de conseil juridique doit obtenir un agrément : pour lui, le conseil juridique constitue l'ensemble de son activité réglementée au sens de la directive. Un agriculteur ou commerçant italien souhaitant s'installer en France en pratiquant accessoirement le conseil juridique, comme il le faisait en Italie (à supposer que cela soit possible en Italie), ne demande pas un accès partiel à une profession réglementée plus large qu'exercent les agriculteurs ou commerçants français. Il n'est donc pas possible de le soumettre aux conditions plus strictes prévues par la directive pour l'accès partiel, et notamment pas possible de lui refuser l'exercice pour des motifs d'intérêt général. En ce sens, nous sommes en partie d'accord avec les requérants lorsqu'ils soutiennent que l'accès au conseil juridique en France ne doit pas s'analyser comme un accès partiel à l'activité d'avocat mais comme un accès total à l'activité régie par le titre II de la loi du 31 décembre 1971. Cela est vrai dans un certain nombre de cas. Ils en tirent une méconnaissance de l'article 4 septies de la directive. Nous vous invitons à seulement juger que l'ordonnance et le décret attaqué, qui régissent un accès partiel, n'entendent s'appliquer qu'aux cas où il s'agit réellement d'un accès partiel. Ainsi, si notre agriculteur souhaite se spécialiser uniquement dans le conseil juridique agricole en France, et en faire son activité principale, ce qui n'est pas autorisé aux agriculteurs français mais aux seuls avocats, il demandera bien un accès partiel à la profession d'avocat. En revanche, s'il souhaite pratiquer cette activité de façon accessoire à son activité principale d'agriculteur, il demande l'équivalent de l'agrément prévu par l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 et il s'agit alors, au regard du droit européen, d'un accès total à cette activité réglementée. Les textes que vous examinez aujourd'hui ne régissent pas ce cas de figure. Au bénéfice de cette précision, vous écarterez le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 4 septies. Ce faisant, votre décision révélera également un manque ou une ambiguïté des textes actuels : soit il manque une partie du dispositif de transposition de la directive 2005/36 afin de permettre aux ressortissants européens d'obtenir l'agrément prévu par l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971, pour accéder à cette activité professionnelle dans les mêmes conditions que les Français, sans possibilité de refus, soit il faut considérer que cet agrément peut déjà être délivré par la commission à des personnes étrangères, mais les textes, si précis généralement sur ce sujet, sont ici muets et aucun décret d'application n'a été pris. Il reviendra au gouvernement de décider s'il y a lieu de les compléter ou préciser.

5. Cet examen général nous a déjà conduit à vous proposer de rejeter un certain nombre de critiques des requêtes. **Les autres moyens** nous semblent pouvoir être écartés sans difficulté.

5.1 L'ordonnance reste dans le champ de l'habilitation, qui n'est pas limitée aux professions de santé. Une question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée contre l'article d'habilitation, mais votre jurisprudence estime qu'une habilitation ne peut pas méconnaître les

droits et libertés garantis par la Constitution (CE, 23 novembre 2015, M. T..., n° 380339, T.). Rien ne s'opposait à ce que l'autorisation d'accès partiel soit délivrée par le garde des sceaux, qui tient à jour la liste de ces professionnels, et non par les ordres. Sa décision est susceptible de recours, et cela ne met pas en cause l'indépendance de la profession ou les prérogatives des ordres, qui d'ailleurs sont fixées par des normes de même niveau. L'ordonnance a précisé les obligations déontologiques et conditions d'exercice (secret professionnel, obligation d'assurance, possibilité de sanction ...), plus proches de celles du titre II que du titre I de la loi, dans des conditions qui nous semblent suffisantes, ne pas porter atteinte à la liberté d'entreprendre des intéressés et ne pas méconnaître le principe d'égalité au regard de la situation des véritables avocats : ils n'exercent pas la même profession. Le fait qu'aucun régime disciplinaire administratif n'ait été défini, seules des peines pénales pouvant s'appliquer en cas de manquement (art. 96 de la loi du 31 dec. 1971) ne nous semble pas contraire à une norme supérieure à la loi, étant entendu que le ministre pourra retirer l'autorisation d'exercice. La sécurité juridique des clients de ces professionnels ne nous semble donc pas méconnue, des mesures compensatoires pouvant être imposées au moment de l'octroi de l'organisation.

5.2 Les moyens dirigés contre le décret sont, pour la plupart, formulés par voie de conséquence de l'illicéité de l'ordonnance ou tirés des mêmes critiques que celles formulées contre l'ordonnance, transposées contre le décret : vous pourrez les écarter pour les mêmes motifs. Le décret nous semble d'une précision suffisante, sans qu'on puisse lui reprocher une « incompétence négative » ou une méconnaissance du principe de légalité des délits.

6. Nous terminons par une dernière question abordée par certaines requêtes, qui est celle de la création d'une **discrimination à rebours**. La critique nous paraît tout à fait pertinente. Si nous reprenons l'exemple de l'agriculteur français qui développe une activité de conseil, celui-ci ne pourra accorder, à titre accessoire, des consultations juridiques en matière agricole qu'après avoir obtenu l'agrément nécessaire. Il en va de même pour les professions réglementées qui ne sont pas les cinq professions du droit : ainsi, un architecte ne peut donner des consultations juridiques en matière de droit immobilier que comme l'accessoire de sa profession. Si expérimentés soient-ils, ils doivent, pour exercer cette activité à titre principale, voire exclusive, devenir avocat ou notaire. En revanche, si un agriculteur ou un architecte d'un autre Etat-membre est autorisé dans son pays à exercer à titre principal l'activité de conseil juridique en matière agricole ou immobilière, et s'il remplit les conditions posées par l'ordonnance pour que sa qualification soit reconnue en France, alors il obtiendra un accès partiel à la profession d'avocat qui est aujourd'hui fermé aux ressortissants français. Cette situation pourrait constituer une discrimination à rebours. Il n'y a là, cependant, rien d'évident, car il faut encore que cette configuration puisse advenir et il faudrait examiner les justifications qui pourraient soutenir le maintien de cette différence de traitement. Toujours est-il que cette discrimination ne conduirait pas à remettre pas en cause le libéralisme des textes attaqués, pour lequel nous vous proposons d'écarter toutes les critiques des requêtes, mais la restriction de l'actuel titre II de la loi du 31 décembre 1971, applicable aux Français et non modifié par l'ordonnance. Ce dernier moyen nous semble donc inopérant et par ces motifs **nous concluons donc à l'admission des interventions, au non renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité et au rejet des requêtes et des conclusions des intervenants.**