

N° 428609, M. P...

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies,

Séance du 10 février 2021

Lecture du 5 mars 2021

CONCLUSIONS

M. Olivier Fuchs, rapporteur public

« Nous sommes tous semblables et chacun d’entre nous est unique. Comme le disait déjà Héraclite, « on ne se baigne jamais deux fois dans la même rivière », signifiant par-là que tout change et que ce qui est apparemment identique – l’eau – ne l’est pas – parce que ce n’est pas la même eau »¹. Ainsi s’exprimait Guy Braibant pour expliquer l’obscur clarté du principe d’égalité et la caractère délicat de sa mise en œuvre par le juge, dont la présente affaire donne une nouvelle illustration.

Les faits sont les suivants. M. P..., à sa sortie de l’ENA en 2006, est devenu membre du corps des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel. Il a exercé en juridiction pendant trois années puis, notamment, en administration centrale. Il a ensuite été placé en position de disponibilité en 2016 et inscrit au barreau de Paris. Il a sollicité du président de l’Ordre des avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation des éclaircissements quant aux conditions d’accès à cette profession et à sa formation, en particulier pour savoir si la condition de détention d’une maîtrise en droit ou d’un diplôme équivalent était requise pour les magistrats administratifs. Insatisfait de la réponse apportée, il a saisi le ministre de la justice et la ministre de l’enseignement supérieur d’une demande d’abrogation partielle du décret du 28 octobre 1991 relatif aux conditions d’accès à la profession d’avocat au conseil d’Etat et à la Cour de cassation et de l’arrêté du 25 novembre 1998 fixant la liste des titres ou diplômes reconnus comme équivalents à la maîtrise en droit pour l’exercice de la profession d’avocat.

1. M. P... vous demande d’annuler les décisions implicites nées des refus des ministres concernés d’abroger les dispositions du 2° de l’article 1^{er} et de l’article 6 du décret du 28 octobre 1991 ainsi que celles de l’article 1^{er} de l’arrêté du 25 novembre 1998, en tant que ces dispositions n’incluent pas le titre de membres ou d’anciens membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel dans la liste des titres et diplômes reconnus équivalents à la maîtrise en droit pour la profession d’avocat. Il ne s’agit, vous le voyez, pas tant d’une demande d’abrogation au sens strict que d’une demande d’ajout aux textes existants qu’il attaque. Par ailleurs, M. P... ne formule ces conclusions qu’en ce qui concerne

¹ G. Braibant, « Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d’Etat », in *Les Droits de l’homme et la jurisprudence*, colloque des 25 et 26 mai 1989, PUF.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Cette demande nous semble recevable au regard du caractère intellectuellement divisible des dispositions en cause.

2. La solution du litige réside pour partie dans le degré d'autonomie qu'il convient de donner aux règles d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation par rapport aux règles d'accès à la profession d'avocat. Deux jeux de normes se côtoient en effet, applicables à chacune de ces professions, dont il convient de déterminer s'ils trouvent des points de contact ou non s'agissant, en particulier, de la condition de diplôme.

2.1. En ce qui concerne l'accès à la profession d'avocat, d'abord, l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose en son 2° que nul ne peut exercer la profession d'avocat s'il n'est pas titulaire d'au moins une maîtrise en droit ou de titres ou diplômes reconnus comme équivalents. L'arrêté du 25 novembre 1998, pris pour l'application de cet article, dispose que sont équivalents à une maîtrise certains diplômes (doctorat, master ou encore diplôme de certaines écoles²) ainsi que certains titres, notamment ceux d'ancien élève de l'Ecole nationale des finances publiques, du Centre de formation des inspecteurs du travail ou encore de l'Ecole nationale des greffes.

L'article 11 réserve toutefois expressément le cas des personnes ayant exercé certaines fonctions ou activités en France³, auquel la condition de diplôme n'est pas applicable. L'article 97 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat met ainsi en place un système de dispense en raison de la profession exercée. Sont dispensés non seulement de la condition de diplôme, mais aussi de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, les membres de plusieurs professions dont les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel de même, d'ailleurs, que les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

1.2. Venons-en maintenant aux règles d'accès de la profession d'avocat aux conseils. L'ordonnance du 10 septembre 1817, qui constitue encore aujourd'hui le fondement juridique des règles particulières qui régissent cette profession, renvoie depuis la loi du 31 décembre 1990 au pouvoir réglementaire le soin de leur fixation⁴. Le décret du 28 octobre 1991, adopté sur ce fondement, a permis une forme de codification générale des conditions d'accès à la profession⁵. Son article 1^{er} énonce des conditions générales d'aptitude, qui sont ensuite assorties de dispenses fixées des articles 2 à 5. Outre les conditions de nationalité et celles destinées à assurer l'intégrité des candidats, une condition de diplôme et d'inscription pendant une année au moins à un barreau sont ainsi requises *ab initio* et permettent de suivre la formation prévue aux articles 6 et suivants du même décret. Enfin, les candidats doivent subir

² Diplôme de la faculté libre autonome et cogérée d'économie et de droit de Paris et deux mentions juridiques du diplôme de Sciences Po Paris (sur ce dernier point, voir CE, 23 juillet 2008, *Syndicat autonome du personnel enseignant des sciences juridiques, politiques et de gestion des universités et autre*, n°306321, inédit).

³ Son article 53 renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin d'apporter des précisions sur ce point.

⁴ Aujourd'hui II de l'article 3 de cette ordonnance.

⁵ J. Boré, « L'accès à la profession d'avocat aux Conseils », *RFDA*, 1992, p. 865.

avec succès l'examen d'aptitude à la profession, qui est fixé aux articles 17 et suivants du décret.

Quant au diplôme exigé par le 2° de l'article 1^{er} du décret du 28 octobre 1991, il s'agit d'au moins la maîtrise en droit ou de l'un des diplômes « reconnus comme équivalents pour l'accès à la profession d'avocat ». Le président Jacques Boré, commentant le décret à la *RFDA*, expliquait s'agissant de cette condition que l'ordre avait demandé que les candidats soient titulaires d'un diplôme de troisième cycle, qu'il estimait être une « condition raisonnable pour l'exercice de la profession », mais que ce niveau n'étant exigé pour aucun concours ou profession, notamment pas pour l'Ecole nationale d'administration, et dans un souci d'accélération des formations, c'est l'exigence d'une maîtrise en droit qui avait été retenue⁶.

Le décret du 28 octobre 1991 permet toutefois à certaines personnes d'être dispensées des conditions de diplôme, d'inscription au barreau et de suivi de la formation. Le champ des personnes concernées est déterminé principalement au regard de l'appartenance à un corps, du grade détenu et, le cas échéant, d'un certain nombre d'années d'exercice des fonctions. En particulier, sont concernés au titre de l'article 4 du décret les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel justifiant d'au moins huit années d'exercice professionnel dans leur corps, sous réserve d'avoir effectué un an de pratique professionnelle auprès d'un avocat aux conseils.

En résumé, deux jeux de règles existent donc, exigeant chacun une même condition de diplôme, qui est celle de la maîtrise en droit ou d'un diplôme équivalent, et organisant des systèmes de dispense basés sur l'expérience professionnelle, dont le champ est bien plus restreint toutefois en ce qui concerne la profession d'avocat aux Conseils d'Etat et à la Cour de cassation.

2. Ce cadre esquissé, deux questions se posent.

2.1. La première est celle de savoir si l'article 97 du décret du 27 novembre 1991 relatif aux dispenses pour devenir avocats pourrait être appliqué pour l'accès à la profession d'avocats aux conseils. Comme le fait en effet valoir M. P..., cette interprétation aurait un effet neutralisant au regard de ses prétentions personnelles, puisqu'elle conduirait à reconnaître que la qualité de magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel permet d'être dispensé de la condition de diplôme et d'accéder à la formation des avocats aux conseils.

Va dans le sens de cette lecture que l'on peut qualifier de globalisante le fait que les avocats aux conseils sont « avant tout avocats », ainsi que l'écrivent d'éminents membres de la profession⁷, ou, pour reprendre les mots du doyen Hauriou, que les avocats aux conseils sont

⁶ De même, le décret « ne demande au candidat qu'une année de stage à un Barreau, alors que, depuis plus d'un siècle, les textes imposaient, pour entrer dans l'Ordre, trois années d'inscription au Barreau d'une cour d'appel, ce qui garantissait une meilleure connaissance de la profession d'avocat et une plus grande expérience des décisions des juridictions de fond, que l'avocat aux Conseils a la charge de critiquer » (J. Boré, *op. cit.*).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

avant tout des avocats dont la fonction a été érigée en office⁸. Une telle analyse postule l'existence d'un socle commun de règles et, à cet égard, il est contre-intuitif de penser qu'un magistrat administratif pourrait être regardé comme dispensé de la condition de diplôme pour l'accès à la profession d'avocat mais non pour l'accès à la profession d'avocat aux conseils⁹.

Mais l'analyse globalisante des dispositions en cause n'est à nos yeux pas la plus solide juridiquement. Vous avez ainsi ouvert la voie à une large autonomie des règles applicables à l'accès à la profession d'avocat aux conseils par votre décision d'Assemblée du 17 décembre 1993, *M. C... et autres* (n°132744, au Recueil), en jugeant que les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1971, qui confèrent des droits identiques aux anciens avocats et aux anciens conseils juridiques pour ce qui est de l'exercice de la nouvelle profession d'avocat, « sont sans incidence sur la détermination des conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, lesquelles sont justifiées par les besoins propres à l'exercice de cette profession ». Certes, le même raisonnement ne vaut pas en ce qui concerne tous les articles de cette loi puisque, par exemple, l'article 4 est regardé par vous comme par la Cour de cassation comme le fondant le monopole des avocats au Conseil pour représenter et assister les parties devant les juridictions suprêmes¹⁰. Cet article renvoi toutefois explicitement à la situation des avocats aux conseils, ce que ne fait pas l'article 11.

Cette analyse autonome, ou « insulaire » comme le dit la requête, nous semble d'autant plus indiquée que l'ordonnance du 10 septembre 1817 fixe en son article des règles spéciales propres aux avocats aux conseils qui rendent sans effet l'invocation de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971. Cela vaut également au niveau réglementaire, puisque les articles 2 à 5 du décret du 28 octobre 1991 déterminent de manière complète les règles de dispense spécifiques applicables aux avocats aux conseils, sans qu'il y ait lieu, donc, de recourir à l'article 97 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

Ceci étant dit, un certain pragmatisme pourrait tout de même inciter à retenir une lecture globalisante de ces dispositions. Mais ce choix nous semble finalement devoir être écarté dans la mesure où il apparaît contraire à l'intention des auteurs du texte et à l'interprétation qu'en font tant l'ordre que le ministre, ainsi que cela ressort sans ambiguïté de leurs écritures.

⁷ B. Odent, L. Poulet, « Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation », *Répertoire Dalloz de Procédure Civile*.

⁸ CE, 4 juin 1897, *Lefort* : S. 1898, 3, p. 97.

⁹ Un second élément pouvant, mais de manière bien plus hypothétique, aller dans le sens de la lecture globalisante est tiré l'article 14 de l'ordonnance du 10 septembre 1817, qui dispose que « les règlements et ordonnances actuellement existants, et concernant l'ordre des avocats et les fonctions des conseils de discipline, seront observés par l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, en tout ce qui n'est pas contraire à la présente ordonnance ». Ces dispositions ont toutefois trait au fonctionnement de l'ordre en lui-même et aux procédures disciplinaires, conformément à l'interprétation qu'en avaient les auteurs du texte (J. Barthélémy, « Traditions et fonctionnement de l'ordre », in P. Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Dalloz, 2002, p. 56) et il nous semblerait délicat d'en étendre la portée

¹⁰ CE, 28 septembre 2016, *M. B...*, n°397231, aux Tables ; Cass. crim., 4 mars 2014, n°13-90038, inédit.

2.2. Après avoir prôné l'autonomie des jeux de normes applicables, il faut en venir au point de contact, qui est l'arrêté du 25 novembre 1998, relatif à la liste des titres ou diplômes reconnus comme équivalents à la maîtrise en droit pour l'exercice de la profession d'avocat, qui est également applicable aux avocats aux conseils.

Cette solution ne fait pas de doute. Outre qu'elle a pour elle une certaine logique et que les parties s'y accordent, le débat semble plié par le décret du 28 octobre 1991 régissant l'accès à la profession d'avocat aux conseils¹¹ qui fait expressément mention des « titres ou diplômes reconnus comme équivalents pour l'accès à la profession d'avocat », ce qui est un renvoi clair aux règles applicables, sur ce point, à la profession d'avocat¹².

C'est toutefois dans ce point de contact entre les deux professions que se trouve l'une des difficultés. En effet, la logique de l'arrêté de novembre 1998 ne se comprend pleinement que dans l'écosystème que sont les dispositions de la loi du 31 décembre 1971 et du décret du 27 novembre 1991. L'absence de reconnaissance d'une équivalence des titres d'anciens élèves de certaines formations initiales, qui peut surprendre, qu'il s'agisse par exemple de l'Ecole nationale de la magistrature ou de la formation dispensée par le Centre de formation de la juridiction administrative, est au regard de l'écosystème général de l'accès à la profession d'avocat très logique, puisque les membres de ces corps sont dispensés non seulement de la condition de diplôme mais également de la formation et du certificat d'aptitude par les dispositions réglementaires applicables à la profession d'avocat. En revanche, si l'on applique l'arrêté du 25 novembre 1998 aux règles d'accès pour les avocats aux conseils, la cohérence des dispositions en combinaison avec l'ordonnance de 1817 et le décret du 28 octobre 1991 est moindre, puisqu'elle conduit à ce qu'un magistrat des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui ne détient pas un diplôme de maîtrise et qui a une ancienneté dans ses fonctions inférieure à huit années ne peut pas accéder à la formation aux avocats aux conseils, alors même qu'il peut être inscrit au barreau.

Pour résumer à ce stade, nous croyons que l'article 97 du décret du 27 novembre 1991 n'est applicable qu'à la profession d'avocat tandis que l'arrêté du 25 novembre 1998 est applicable aux deux professions d'avocat et d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

3. Il est en temps d'en revenir à la demande de M. P... et au moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité.

3.1. Si ce principe s'applique entre les candidats à une profession réglementée, ainsi que vous l'avez reconnu dans une décision *Bodin* du 10 février 1978 (n°01181, au Recueil), il est bien entendu que ses modalités de mise en œuvre peuvent prendre en compte des différences de situations, suivant la grille d'analyse dessinée par vos décisions *Villemain* et *Duvignères*. Ainsi, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'elle déroge à

¹¹ Voir le 2° de l'article 1er de ce décret.

¹² Et en dépit du fait que cet arrêté ne fait pas mention de l'ordonnance du 10 septembre 1817 et a été pris pour l'application du 2° de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971 uniquement.

l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier.

Vous faites une application prudente du principe d'égalité. Vous avez par exemple refusé de reconnaître que ce principe était méconnu à l'entrée à la profession d'avocats aux conseils entre les anciens avocats et les anciens conseils juridiques, réunis dans la nouvelle profession d'avocat en 1990, en ce qui concerne la condition de détention du certificat d'aptitude à la profession d'avocat (décision C... précitée). Vous avez également jugé que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire traite différemment, pour l'accès à la profession d'avocat, d'une part les juristes salariés des cabinets d'avocats par rapport aux juristes d'entreprises et aux juristes attachés à une organisation syndicale en ce qui concerne certaines dispenses du CAPA (CE, 6 mars 2003, *M. K...*, n° 240225, au Rec.) et, quelques années plus tard et après un changement de l'état du droit, que ces mêmes les juristes d'entreprises étaient dans une situation différente des juristes travaillant dans un cabinet d'avocat et que, par suite, les conditions de dispense du CAPA pouvaient ne pas être identiques selon la profession exercée (CE, Section, 25 juillet 2007, *Syndicat des avocats de France*, n° 288720, au Recueil).

Ce panorama jurisprudentiel n'incite pas à l'optimisme quant au succès du moyen présenté par M. P... et ce d'autant plus que vous insistez, dans ces décisions, sur le « large pouvoir d'appréciation » laissé par le législateur au pouvoir réglementaire ainsi que sur le « double objectif de diversifier les modes d'accès à la profession d'avocat sans pour autant bouleverser les conditions générales de cet accès ». Ces considérations pourraient être reprises si vous décidiez d'écarter le moyen de méconnaissance du principe d'égalité, tout comme la circonstance que la situation des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est prise en compte au titre des dispenses. En d'autres termes, vous constateriez l'existence de régimes distincts répondant chacun à une logique propre et ne pouvant que difficilement être comparés. Vous pourriez, dans le même mouvement, écarter également le moyen tiré d'erreur manifeste d'appréciation.

3.2. Une autre voie est toutefois envisageable. Il nous semble en effet que votre réponse dépend largement de la focale choisie. Si vous la rétrécissez et que vous vous concentrez sur la seule question de l'équivalence au diplôme de maîtrise, le moyen déploie toute sa force. Ainsi, le titre d'ancien élève du Centre de formation de la juridiction administrative ou, pour les besoins de la démonstration, de l'Ecole nationale de la magistrature par exemple, nous paraît tout autant être équivalent à la maîtrise en droit que celui d'ancien élève de l'Ecole nationale des impôts, devenu Ecole nationale des finances publiques, du Centre de formation des inspecteurs du travail et de l'Ecole nationale des greffes, qui sont actuellement visés par l'arrêté. Nous ne voyons objectivement aucun élément qui pourrait conduire à considérer que la formation prévue par l'article R. 233-15 du code de justice administrative ne permet pas à ses anciens élèves d'être regardés comme bénéficiant d'une équivalence à une maîtrise en droit, contrairement à ceux mentionnés par l'arrêté de 1998. Au contraire, et à l'instar de l'Ecole nationale de la magistrature, la dominante juridique apparaît plus forte encore que

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

dans les formations visées par l'arrêté. Seule la durée de six mois pourrait conduire à hésiter, mais ces six mois de formation interviennent, en très grande majorité, après le suivi d'une scolarité à l'ENA ou la réussite d'un concours dont les épreuves sont strictement juridiques et qui supposent de détenir une licence.

La situation des anciens élèves du CFJA nous semble donc tout à fait comparable à celle des anciens élèves des écoles visées par l'arrêté en cause. Et nous ne voyons alors pas en quoi l'exclusion des premiers seraient en rapport avec l'objet de la norme, qui est de s'assurer d'une qualification minimale à l'entrée à l'école de formation. En tout état de cause, il nous semble qu'il y aurait là une différence de traitement manifestement disproportionnée.

Vous pourrez trouver, dans cette voie, le soutien de solutions jurisprudentielles. Vos décisions nous paraissent en effet plus accueillantes lorsqu'il s'agit d'évaluer si le pouvoir réglementaire, en excluant certaines personnes au motif d'un diplôme non équivalent, ce qui est bien le cas en l'espèce, a méconnu ou non le principe d'égalité (en ce sens voyez notamment CE, 23 juillet 2008, *M. F... et autres*, n° 310157, aux Tables en ce qui concerne les conditions de dispense d'examen d'entrée aux centres de formation professionnelle notariale et CE, 23 janvier 2013, *M. N-B... et autres*, n° 353300, aux Tables, en ce qui concerne l'accès au troisième cycle des études médicales).

Ajoutons que cette solution, d'une part, ne paraît pas de nature à mettre en péril le fonctionnement de l'école de formation en cause. D'autre part, il y a tout de même en pratique une double incongruité à penser que pour l'entrée dans une profession juridique, un magistrat ayant achevé son cycle de formation initial ne peut pas bénéficier d'une équivalence de diplômes dont bénéficie, par exemple, un inspecteur du travail venant de finir l'école de formation. Enfin et surtout, une telle solution permettrait d'apporter une correction qui nous semblerait bienvenue en complétant, pour la seule profession d'avocat aux conseils, des dispositions réglementaires qui ont été pensées pour la profession d'avocat.

4. L'hésitation, vous le voyez, est permise. Pour les raisons que nous vous venons de vous donner, nous vous proposons toutefois d'accueillir le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité.

Vous pourrez alors faire droit à la demande d'annulation des décisions implicites qui ont été opposées à M. P..., lequel avait, comme nous vous l'avons dit, très précisément ciselé la portée de ses conclusions. L'injonction que vous allez prononcer ne devrait toutefois pas vous conduire à prendre la plume à la place du pouvoir réglementaire, puisque plusieurs solutions seraient envisageables pour corriger l'atteinte relevée. Nous en voyons à ce stade au moins deux : la première serait de compléter l'arrêté du 25 novembre 1998, la seconde de prendre un arrêté d'équivalence propre à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ce qui impliquerait toutefois de modifier à la marge le renvoi opéré par le décret du 28 octobre 1991 au 2° de son article 1^{er}.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Et par ces motifs nous concluons à l'annulation des décisions attaquées et à ce qu'il soit enjoint à l'administration d'agir dans le sens que nous venons de dire, un délai de six mois nous paraissant raisonnable pour ce faire.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.