

N° 434750 – Association des jeunes avocats aux conseils

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 28 mai 2021

Lecture du 21 juillet 2021

CONCLUSIONS

M. Olivier FUCHS, rapporteur public

De 1814 à 2016, la stabilité du nombre des offices d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation a été remarquable. La formule de l'ordonnance du 10 septembre 1817, signée de la main de Louis XVIII en son château des Tuileries, selon laquelle « le nombre des titulaires est irrévocablement maintenu à soixante (...) », reprend le chiffre figurant déjà dans l'ordonnance du 10 juillet 1814 qui portait le nombre des avocats au Conseil d'Etat de 22 à 60¹. Cette formule presque sacramentelle – « irrévocablement maintenu à soixante » - a perduré au travers deux siècles d'une histoire de France pourtant mouvementée.

Ce bicentenaire de stabilité, il n'est pas inutile de le rappeler, contraste avec l'instabilité du nombre des offices ayant prévalu auparavant². Limités à 6 sous Henri III³, le nombre de charge augmenta parfois de beaucoup et se contracta d'autant, au gré des besoins du Trésor royal et des vicissitudes historiques ou même parfois de la volonté de briser l'opposition des avocats aux Conseils, comme par exemple lorsque ceux-ci, s'opposant au règlement de procédure d'Aguessau du 28 juin 1738, ont vu les 170 charges existantes être supprimées et 70 nouvelles être créées⁴. Il n'est pas inutile de rappeler, non plus, que ce bicentenaire de stabilité est un peu en

¹ Les 38 nouveaux venus étant déjà tous des avocats à la Cour de cassation.

² Voir notamment L. Boré, « L'ordre des avocats aux Conseils. Un cent-cinquantenaire », *Revue des deux mondes*, mars 1968, p. 62 ; B. Odent, L. Poulet, « Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, juin 2017, p. 3 et s.

³ Les offices n'étaient alors pas encore créés puisqu'il fallut attendre l'édit du 2 septembre 1643 pour que le matricule a été érigé en offices transmissibles.

⁴ Par un édit royal du 10 septembre 1738. Voir B. Odent, L. Poulet, précité, p. 3 et s.

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.

trompe-l'œil : la possibilité de créer des sociétés civiles professionnelles a ainsi substantiellement modifié la physionomie interne de l'ordre, notamment en conduisant à une augmentation continue du nombre des avocats associés⁵, sans compter la possibilité désormais ouverte, mais à ce jour peu utilisée, d'exercer en qualité de salarié d'une personne titulaire d'un office⁶. Fin 2016, on comptait ainsi 110 avocats aux conseils, soit une hausse d'environ 20% depuis l'année 2004.

C'est avec le décret du 22 avril 2009⁷ que l'ordonnance du 10 septembre 1817 a d'abord été modifiée pour permettre au Garde des sceaux de créer de nouveaux offices « pour des motifs tenant à la bonne administration de la justice, au vu notamment de l'évolution du contentieux devant ces deux juridictions »⁸. Aucun nouvel office n'a toutefois été créé par le biais de cette procédure.

Une modification de plus grande ampleur est ensuite intervenue avec l'article 57 de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Cet article confie à l'Autorité de la concurrence un rôle majeur dans la création de nouveaux offices, l'objectif affiché étant d'en augmenter le nombre afin d'assurer une offre satisfaisante, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et au regard de l'évolution du contentieux devant ces juridictions. L'Autorité fait ainsi tous les deux ans des recommandations qui doivent permettre l'augmentation progressive du nombre des offices sans toutefois bouleverser les conditions d'activité de ceux existants (voyez le nouvel article L. 462-4-2 du code de commerce). Il appartient alors au ministre de la justice, au vu des besoins ainsi identifiés par l'Autorité de la concurrence, de créer de nouveaux offices (voyez la nouvelle rédaction de l'article 3 de l'ordonnance du 10

⁵ Une société civile professionnelle peut actuellement compter jusqu'à quatre avocats associés, voir l'article 4 du décret n°78-380 du 15 mars 1978.

⁶ Nouvel article 3-1 de l'ordonnance du 10 septembre 1817, introduit par l'ordonnance n°2014-239 du 27 février 2014.

⁷ Décret 2099-452 du 22 avril 2009 relatif à l'évolution des professions juridiques et judiciaires.

⁸ Le nouvel article 3 dispose alors : « Le garde des sceaux, ministre de la justice, peut, par arrêté, créer de nouveaux offices d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, pour des motifs tenant à la bonne administration de la justice, au vu notamment de l'évolution du contentieux devant ces deux juridictions, après avis du vice-président du Conseil d'Etat, du premier président de la Cour de cassation, du procureur général près la Cour de cassation et du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. »

septembre 1817). La procédure de nomination au sein des offices peut désormais suivre trois voies : la nomination par présentation, dont les règles sont peu modifiées, ainsi que la nomination dans les offices créés et les offices vacants, avec présentation d'une demande de nomination, avis des chefs des cours suprêmes concernés, classement des candidatures par une commission puis nomination par le ministre de la justice.

Une première vague de création de quatre nouveaux offices est intervenue en 2016. Puis, à la suite de l'avis du 25 octobre 2018 par lequel l'Autorité de la concurrence recommandait à nouveau la création de quatre offices sur la période 2018-2020, le ministre de la justice a créé, par arrêté du 22 mars 2019, quatre offices supplémentaires. C'est cet arrêté qui est aujourd'hui attaqué devant vous, par la voie de l'excès de pouvoir, par l'association des jeunes avocats aux conseils.

1. Votre compétence pour connaître en premier et dernier ressort d'un tel acte nous semble s'imposer en raison du caractère réglementaire de la décision qui vous est soumise, votre jurisprudence en la matière étant toujours fondée sur une décision de Section *Commune de Clefcy* du 13 juin 1969, selon laquelle l'acte ayant pour objet l'organisation même d'un service public revêt de ce fait un caractère réglementaire⁹. Une question similaire s'est posée lors de la détermination des zones dans lesquelles les notaires peuvent désormais librement exercer et du nombre d'offices à créer dans ces zones. Vous avez alors jugé, par une solution qui nous semble tout à fait transposable, qu'une telle décision relève de l'organisation du service public et qu'elle diffère en cela de la décision de création d'un nouvel office en particulier, qui est dépourvue de caractère réglementaire (voyez CE, 28 décembre 2018, *M. L...*, n°409441, aux Tables). Nous n'avons donc, à cette aune, pas de doute sur votre compétence, de même qu'il en résulte que la décision par laquelle le ministre retient ou non un candidat pour exercer dans un office particulier constitue un acte individuel¹⁰.

⁹ Notion qui a été resserrée par la décision de Section *Institut d'ostéopathie de Bordeaux* du 1^{er} juillet 2016 (n°393082, au Recueil).

¹⁰ Voir CE, 25 juin 2018, *Garde des sceaux c. M. B...*, n°412970, aux Tables.

2. Venons-en alors au cœur de la requête, qui concerne le respect des critères de création des nouveaux offices au regard de la situation du marché alors existante.

2. Il faut au préalable préciser, d'une part, le cadre juridique fixé par les textes applicables et, d'autre part, déterminer l'intensité du contrôle que vous exercez.

2.1. Parmi les professions juridiques réglementées dont le législateur a entendu « libérer l'activité » avec la loi du 6 août 2015, celle d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation a sans doute été l'une des moins réformées. Initialement absente du projet de loi présenté par le Gouvernement, un amendement a été soutenu par les rapporteurs devant la commission spéciale croissance et activité de l'Assemblée nationale, lequel visait, selon la présentation qui en a été faite, à étendre à cette profession la libéralisation des conditions d'installation des autres officiers ministériels, les rapporteurs dénonçant l'absence d'évolution du nombre d'offices au regard de l'augmentation du nombre de pourvois. La réforme se traduit d'abord par un objectif affiché, qui est celui d'améliorer l'accès aux offices en cause dans la perspective d'en augmenter progressivement le nombre. Il reflète la volonté d'ouvrir ce marché de « niches » qui, selon les termes de l'Autorité de la concurrence dans son avis de 2016, est « *à l'origine d'un phénomène de rente dont les effets négatifs devraient être corrigés* ». Il en est attendu, notamment, une pratique d'honoraires plus modérés.

Une telle augmentation du nombre d'offices n'a toutefois pas de caractère automatique. Il convient, pour ce faire, qu'elle soit justifiée au regard des critères définis par les dispositions législatives applicables, ainsi que l'a précisé le Conseil constitutionnel, saisi de la loi du 6 août 2015 dans le cadre de son contrôle *a priori*¹¹. Aux termes de la loi, l'identification du nombre de créations d'offices nécessaires pour assurer une offre de service satisfaisante se fait au regard des critères définis par décret – il s'agit du décret du 26 février 2016¹², et en prenant en compte l'évolution du

¹¹ Voir la décision précitée § 93.

¹² Décret n° 2016-215 du 26 février 2016 portant définition des critères prévus pour l'application de l'article L. 462-4-2 du code de commerce.

contentieux devant ces deux juridictions ainsi que les exigences de bonne administration de la justice. L'objet est également, bien entendu, de maintenir la grande qualité des membres de la profession ainsi que l'excellence de ses compétences.

Deux séries de critères sont retenues par le décret du 26 février 2016. La première vise à évaluer le niveau et les perspectives d'évolution de la demande : il faut pour cela prendre en compte, au cours des cinq dernières années, l'évolution de l'activité contentieuse des juridictions suprêmes ainsi que l'évolution du nombre de décisions prononcées par les juridictions du fond susceptibles de pourvoi. La seconde série de critères permet d'évaluer le niveau et les perspectives d'évolution de l'offre. Ces critères sont plus hétérogènes. Le premier est relatif à la tendance de l'activité économique en général. Trois critères visent ensuite à évaluer l'état du marché en ce qui concerne les offices et les avocats concernés : ils concernent respectivement la dynamique du nombre des offices et des avocats aux conseils au cours des cinq dernières années, le nombre d'offices éventuellement vacants ainsi que le vivier potentiel, caractérisé par le nombre de personnes qui, alors qu'elles disposent du certificat d'aptitude pour ce faire, n'exercent pas en qualité d'avocat aux conseils, ainsi que par l'apport de la formation. Enfin, un dernier critère tient au chiffre d'affaires global des offices ainsi que celui réalisé à raison de leur activité devant les juridictions suprêmes concernées.

2.2. C'est la première fois que vous êtes saisis de ces dispositions et vous serez dès lors conduit à déterminer l'intensité de votre contrôle, tout en précisant que n'est invoqué devant vous qu'un moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation.

En matière de contrôle des professions réglementées, vous avez, à ce stade, surtout retenu un contrôle restreint : il en va ainsi tant en ce qui concerne la sélection des impétrants¹³, la fixation des tarifs applicables¹⁴ ou encore les

¹³ Voir par exemple CE, 10 novembre 1978, *Chambre syndicale des cochers et chauffeurs de voitures de place de la région parisienne*, n°01856, aux Tables.

¹⁴ Voir par exemple CE, 5 décembre 2016, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs de voitures CGT-Taxi*, n°395086, aux Tables sur un autre point ou CE, 24 mai 2017, *Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce et autres*, n°398801, aux Tables sur un autre point.

dispositions relatives à la façon dont sont départagées les demandes de nomination dans les offices à créer¹⁵. Surtout, par une décision inédite de vos chambres réunies du 14 octobre 2020, *Conseil supérieur du notariat*, n°426489, vous avez jugé que l’Autorité de la concurrence n’avait pas commis d’erreur manifeste d’appréciation en préconisant la poursuite de la création d’offices de notaires et vous avez rejeté la requête contre l’arrêté pris sur le fondement de cet avis. Nous comprenons de cette décision que, compte tenu de la diversité des critères d’appréciation en cause et de votre volonté de préserver les marges du pouvoir réglementaire dans sa décision de création de nouveaux offices, vous avez préféré vous en tenir à un contrôle restreint. Vous n’avez toutefois pas fiché ce point et vos autres décisions se contentent souvent d’écarter le moyen tiré de l’erreur manifeste d’appréciation sans trancher votre degré de contrôle.

Notre conviction, toutefois, ne va pas dans le sens du contrôle restreint. Depuis 2015 et le passage à un régime de liberté d’installation toujours régulée mais plus ouverte, vous pourriez nous semble-t-il prendre le parti d’un approfondissement de votre contrôle, compte tenu en particulier de l’incidence que peut avoir cette décision sur la liberté d’établissement et la liberté d’entreprendre¹⁶. Ajoutons que le recours à des critères aussi développés que ceux du dispositif en cause rend assez malaisé le contrôle restreint. Enfin, nous trouverions une certaine logique à ce que vous décidiez de retenir un contrôle entier sur la décision de création de nouveaux offices tout en maintenant un contrôle restreint en ce qui concerne la nomination au sein d’offices particuliers. *Mutatis mutandis*, et dans un domaine qui ne relève cette fois pas des professions réglementées, vous aviez adopté une telle gradation de votre contrôle en ce qui concerne la modification des sièges et ressorts des tribunaux judiciaires : vous avez alors retenu un contrôle normal en ce qui concerne l’appréciation globale de la réforme de cette carte et un contrôle restreint en ce qui concerne la suppression d’un tribunal en particulier¹⁷.

¹⁵ CE, Ass., 18 mai 2018, *M. O...*, n°400675, au Recueil.

¹⁶ Voir par exemple CE, 10 février 2016, *Mme H...*, n°388192, aux Tables.

¹⁷ CE, 19 février 2010, *M...*, n°322407, au Recueil.

Quel que soit le choix que vous opérerez entre contrôle restreint et entier, il nous apparaît important de ne pas adopter un contrôle différent de celui retenu pour d'autres professions réglementées. Dès lors de deux choses l'une : soit vous en restez à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation pour toutes, ce qui en l'état de la jurisprudence nous semble s'imposer, soit vous basculez sur un contrôle normal aujourd'hui en ce qui concerne la création d'offices, mais avec l'idée qu'il en ira de même pour les décisions similaires concernant les autres professions réglementées.

3. Quel que soit le degré de contrôle que vous retiendrez en l'espèce, nous croyons que vous pourrez écarter les moyens qui sont présentés devant vous.

3.1. L'association requérante fait d'abord porter la critique sur la première série de critères et, particulièrement, sur l'évolution de l'activité de la Cour de cassation au cours des années 2014 à 2018, qui est selon elle marquée par une baisse structurelle d'ailleurs confirmée au cours des années 2019 et 2020. Il ressort toutefois des rapports annuels de la Cour de cassation, après correction des séries notamment, une assez grande stabilité du flux entrant des affaires sur les années 2014 à 2017 et, seulement en 2018, une baisse des affaires nouvelles en matière civiles. Par ailleurs, vous savez que le contentieux devant le Conseil d'Etat n'a pas diminué durant cette période. Enfin, il ressort des pièces du dossier que le projet, alors non encore abandonné, d'une procédure plus drastique de filtrage des pourvois devant la Cour de cassation, a bien été pris en compte. Vous pourrez de même écarter l'argumentation tenant à la diminution du nombre de décisions prononcées par les juridictions du fond susceptibles de pourvoi en cassation. Nous partageons, au vu des pièces du dossier, l'analyse de l'Autorité de la concurrence sur ce point. Celle-ci, tout en contraste selon les contentieux, révèle sur la période considérée la relative stabilisation, voire l'augmentation devant les juridictions administratives, des affaires susceptibles de donner lieu à un pourvoi en cassation, avec par ailleurs des taux de pourvoi stables.

Ces éléments ont conduit l'Autorité de la concurrence à adopter une position qu'elle qualifie de « prudente » et « progressive » en ne proposant

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.

pas de créer plus d'offices. Le ministre a adopté la même position, qui nous semble raisonnable.

3.2. La critique porte ensuite sur les critères permettant d'évaluer le niveau et les perspectives d'évaluation de l'offre. Il est d'abord soutenu que l'évolution du nombre d'avocats aux Conseils, du nombre d'offices vacants et du nombre de titulaires du CAPAC ne peut justifier la création de 4 nouveaux offices. Il est notamment fait état de ce que l'emploi des diplômés du CAPAC peut être assurée par l'intégration des offices existants.

Il ressort des pièces du dossier, et notamment de l'avis de l'Autorité de la concurrence, l'existence d'une dynamique favorable à la nomination dans les offices existants, pour environ dix personnes dans les deux années concernées, et l'existence d'un « vivier limité de candidats potentiels à l'installation ». Néanmoins, si le nombre moyen de diplômé par année était de cinq, cet élément doit être tempéré par le nombre élevé des inscriptions en première année au titre de l'année 2018-2019 (24, contre moins de 6 pour chacune des trois années précédentes) et par le fait que plusieurs titulaires du CAPAC, environ une dizaine, n'exercent que comme collaborateurs au sein d'offices existants et seraient ainsi susceptibles de postuler en cas d'ouverture de nouveaux offices.

Dans la perspective d'une augmentation du nombre des offices, poursuivie par la loi, il faut surtout relever que l'activité des offices existants et nouvellement créés est dynamique et à l'origine de revenus que l'Autorité de la concurrence qualifie de « très élevés ». Il est certes soutenu que la situation économique varie beaucoup selon les offices, en particulier en ce qui concerne le chiffre d'affaires, et que la création de quatre nouveaux offices serait de nature à accroître ces disparités et à fragiliser les offices les moins rentables. Sans minimiser les charges pesant sur les avocats aux conseils, ni l'emprunt significatif que la plupart d'entre eux ont contracté pour l'exercice du droit de présentation, il ressort des pièces du dossier un chiffre d'affaires moyen élevé, de même qu'un taux de marge et un revenu forts, y compris par rapport aux autres professions juridiques exercées dans un cadre libéral. Les offices nouvellement créés ont par ailleurs très

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.

rapidement été rentables. Quant aux effets sur le long terme mis en avant sur le bouleversement de l'économie des offices existants, nous ne pouvons suivre l'argumentation de l'association requérante : la rentabilité des offices demeure à ce stade élevée, le ministre a fait preuve d'une certaine retenue dans la création des offices et aucun autre élément n'accrédite sérieusement la thèse avancée.

Si vous nous suivez, vous constaterez donc que l'arrêté attaqué n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation ou, si vous décidiez d'approfondir votre contrôle, d'aucune erreur d'appréciation. Nous ne voyons pas, par ailleurs, que l'Autorité ait retenue des critères étrangers à ceux prévus à l'article L. 462-4-2 du code de commerce et à l'article 2 du décret du 26 février 2016.

4. Après avoir écarté ces moyens, vous pourrez aussi écarter plus aisément celui tiré de ce que le ministre de la justice se serait, à tort, estimé lié par la recommandation de l'Autorité de la concurrence. Il est certain que le ministre n'est pas en situation de compétence liée, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel¹⁸. L'association développe principalement l'idée que le bilan d'activité, diffusé par la Cour de cassation pour l'année 2018, a démontré, postérieurement à l'avis de l'Autorité de la concurrence, une baisse très importante des pourvois devant cette cour suprême, ce qui révélerait *a contrario* l'absence d'exercice par le ministre de son pouvoir d'appréciation. Le ministre, pour sa part, soutient qu'il a bien fait usage de ce pouvoir pour prendre en compte tous les éléments d'information à sa disposition, ce qui expliquerait notamment le délai de cinq mois entre l'avis de l'Autorité de la concurrence et l'arrêté attaqué. Au regard de ces argumentations, vous pourrez nous semble-t-il simplement constater qu'aucun élément au dossier ne permet de penser que le ministre se serait cru lié par l'avis de l'Autorité. Vous pourrez donc écarter ce dernier moyen.

Et par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.

¹⁸ CC, 5 août 2015, n°2015-715 DC, §94.