

**N° 451753**  
**GEIE Alphalex Avocats**

**6<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 9 février 2022**  
**Décision du 7 mars 2022**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public**

La présente affaire vous conduit à vous pencher sur les nouvelles voies d'accès à la profession d'avocats aux conseils, ouvertes par le décret du 16 février 2021<sup>1</sup> aux ressortissants de l'Union européenne ou d'autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen.

Depuis sa version initiale, le décret du 28 octobre 1991<sup>2</sup> qui régit les conditions d'accès à la profession permet déjà à des avocats venus d'autres Etats européens de voir pris en compte, pour satisfaire les conditions de formation requises, les titres, formations et même l'expérience professionnelle acquis dans l'Etat d'origine, selon une logique d'équivalence. Les intéressés restent néanmoins soumis comme les autres candidats à l'examen d'aptitude, à l'issue duquel ils peuvent se voir reconnaître la qualité d'avocats aux conseils.

Le décret du 16 février 2021 franchit une étape supplémentaire puisqu'il autorise les avocats européens à venir exercer la profession d'avocat aux conseils, non en cette qualité, mais sous leur titre professionnel d'origine, sans avoir donc à subir l'examen d'aptitude. Cette dérogation est ouverte sous deux conditions de fond et deux conditions d'ordre procédural :

- d'une part, les intéressés doivent être habilités dans leur Etat d'origine à représenter les parties devant « *la ou les juridictions suprêmes, juges de cassation* ». Ils doivent en outre y consacrer « *à titre habituel une part substantielle* » de leur activité (art. 31-2) ;

- d'autre part, ils doivent solliciter une autorisation du garde des sceaux permettant la vérification de ces conditions (art. 31-3). Et ils ne peuvent se constituer qu'après avoir élu

---

<sup>1</sup> Décret n° 2021-171 du 16 février 2021 organisant la représentation devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation par les professionnels ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France et modifiant le décret n° 91-1125 du 28 octobre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

<sup>2</sup> Décret n°91-1125 du 28 octobre 1991 relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

domicile auprès d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation auquel les actes de la procédure sont valablement notifiés (art. 31-11).

L'autorisation est délivrée soit pour une prestation temporaire et occasionnelle (art. 31-14), soit à titre permanent ; dans ce dernier cas, le titulaire fait partie de l'ordre des avocats aux conseils et il est inscrit de droit sur une liste spéciale du tableau de l'ordre (art. 31-15).

La notice du décret indique sobrement que le texte est pris pour la transposition de directives européennes. Il s'avère que la France était, jusqu'en septembre dernier, sous le coup d'une procédure d'infraction engagée par la Commission à la suite d'une plainte déposée par un avocat français.

La publication du décret du 16 février 2021, complété par un décret du 23 mai<sup>3</sup>, pourrait avoir été de nature à répondre aux attentes de la Commission qui a décidé de classer l'affaire le 23 septembre dernier<sup>4</sup>.

Elle n'a pas satisfait en revanche le groupement européen d'intérêt économique « Alphalex Avocats », dont le siège est à Bruxelles et qui réunit seize avocats ressortissants de plusieurs Etats membres. Il vous demande d'annuler une partie des dispositions des articles 2 et 3 du décret du 16 février 2021 et, à titre subsidiaire, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle.

La requête ne dirige aucun de ses moyens contre les dispositions de l'article 2 relatives aux modalités selon lesquelles le garde des sceaux apprécie les règles d'équivalence des ressortissants européens en amont de l'examen d'aptitude. Toute son argumentation se concentre sur les dispositions de l'article 3 relatives à la nouvelle procédure d'accès à la profession au bénéfice des avocats européens exerçant sous leur titre professionnel d'origine.

1. Le groupement Alphalex Avocats invoque en premier lieu une atteinte à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services garanties respectivement par les articles 49 et 56 du Traité, ainsi qu'une violation des directives sectorielles de 1977 et 1998.

La profession d'avocat fait l'objet de deux instruments spécifiques en droit de l'Union pour la mise en œuvre de chacune de ces libertés : la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats et la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise.

---

<sup>3</sup> Ce second décret supprime la règle selon laquelle l'autorisation accordée à un avocat d'exercer à titre temporaire ou occasionnel est valable pour une durée d'un an renouvelable (art. 36-1, al. 2).

<sup>4</sup> Procédure INFR (2016) 4040.

Si ces directives ne font pas obstacle à l'application de la directive 2005/36/CE propre à l'ensemble des professions réglementées, vous jugez qu'elles s'imposent par priorité en cas de dispositions correspondantes (CE 30 janvier 2019, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et autres*, n° 408258, inédit).

**1.1.** La requête conteste d'abord à ce titre l'obligation faite, à l'article 31-12 du décret du 28 octobre 1991 issu du décret attaqué, **d'élire domicile** auprès d'un avocat aux conseils dans le cadre d'une convention conclue avec ce dernier.

La question posée est de savoir dans quelle mesure cette sujétion peut valablement se rattacher à la faculté qu'ont les Etats membres, en vertu des deux directives sectorielles, d'imposer aux avocats qui viennent prester ou s'établir dans l'Etat d'accueil, d'« agir de concert » avec un avocat établi dans cet Etat.

En effet, aux termes de l'article 5 des directives 77/249 et 98/5, « *Pour l'exercice des activités relatives à la représentation et à la défense d'un client en justice* », chaque Etat membre « *peut imposer* » aux avocats originaires d'autres Etats membres « *d'agir de concert soit avec un avocat exerçant auprès de la juridiction saisie et qui serait responsable, s'il y a lieu, à l'égard de cette juridiction soit avec un «avoué» ou «procuratore» exerçant auprès d'elle* »<sup>5</sup>.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a explicité les conditions dans lesquelles cette action de concert peut être imposée et les formes qu'elle peut revêtir.

Deux motifs sont susceptibles de la justifier. Le premier est tiré de la bonne administration de la justice : dans son arrêt *Commission c. Allemagne* du 25 février 1988 (aff. 427/85), la Cour relève que cette obligation a pour but de « *fournir l'appui nécessaire en vue d'agir dans un système juridictionnel différent de celui auquel il est habitué, et de donner au tribunal saisi l'assurance que l'avocat prestataire de services dispose effectivement de cet appui et est ainsi en mesure de respecter pleinement les règles procédurales et déontologiques applicables* » (§ 23). Le second motif est tiré de l'objectif de « *protection des consommateurs, notamment des destinataires des services juridiques fournis par des auxiliaires de justice* » (CJUE 10 mars 2021, *VK c. An Bord Pleanála*, aff. C-739/19, §22)<sup>6</sup>.

En revanche, la mesure doit être justifiée et proportionnée à ces objectifs. Tel n'est pas le cas, dit pour droit la Cour dans l'affaire *Commission c. Allemagne*, d'une législation

---

<sup>5</sup> La directive 98/5/CE précise que cette faculté s'exerce «dans la mesure où le droit de l'Etat membre d'accueil réserve ces activités aux avocats exerçant sous le titre professionnel de cet Etat ».

<sup>6</sup> Voir aussi, de manière plus générale CJUE 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.* , aff. C-94/04 et C-202/04, point 64.

imposant à l'avocat prestataire d'agir de concert avec un avocat exerçant auprès de la juridiction de l'Etat d'accueil dans le cas de litiges pour lesquels cette législation n'imposait pas l'assistance obligatoire d'un avocat<sup>7</sup>. A l'inverse, dans l'affaire *VK c. An Bord Pleanála*, la Cour admet qu'un avocat prestataire puisse se voir imposer une condition d'action de concert, compte tenu du cadre propre au système irlandais qui impose aux avocats des obligations déontologiques et procédurales telles que celles de soumettre à la juridiction saisie tout élément juridique, législatif ou jurisprudentiel, aux fins du bon déroulement de la procédure ; dans ce cadre, la cour exclut en revanche une obligation générale qui ne permettrait pas de tenir compte de l'expérience de l'avocat prestataire – susceptible de le mettre à même de représenter le justiciable de la même manière qu'un avocat exerçant habituellement devant la juridiction nationale concernée.

S'agissant des modalités de l'action de concert, sont en principe exclus les carcans trop étroits qui exigent par exemple que l'avocat prestataire ne puisse intervenir à l'audience que s'il est accompagné de l'avocat exerçant dans l'Etat d'accueil ou que ce dernier soit lui-même mandaté pour défendre le client (*Commission c. Allemagne*, §26). A l'inverse, la Cour apprécie positivement, dans son contrôle de proportionnalité, des mécanismes souples qui laissent la possibilité aux deux professionnels de définir ensemble leurs rôles respectifs (*VK c. An Bord Pleanála*, § 34). Dans cet éventail, l'obligation faite au prestataire d'élire domicile auprès d'un avocat national, auquel les notifications provenant de la juridiction saisie sont valablement faites, est regardée par la Cour comme une forme allégée de l'action de concert (CJCE 10 juillet 1991, *Commission c. France*, aff. C-294/89, §35).

Enfin, tous ces arrêts rendus au sujet de la directive de 1977 relative à la libre prestation de services apparaissent transposables à la directive de 1998 sur la liberté d'établissement, dont le considérant 10 fait explicitement référence à l'arrêt *Commission contre Allemagne* pour expliciter la notion d'action de concert.

En l'espèce, il ne fait guère de doute que l'obligation prévue par le décret est à la fois justifiée et proportionnée.

D'une part, elle s'applique à la seule catégorie des avocats aux conseils, dont le champ d'intervention confère une dimension toute particulière aux impératifs de bonne administration de la justice et de protection des justiciables.

Il n'est guère besoin de rappeler ici le rôle essentiel des avocats aux conseils<sup>8</sup>, tenant à la fois à leur fonction de filtre et de régulation du contentieux ainsi qu'à leur contribution

---

<sup>7</sup> La Cour réitère cette solution dans l'arrêt *Commission/France* ayant pour objet une législation française qui obligeait également l'avocat prestataire des services à agir de concert avec un avocat inscrit à un barreau en France pour l'exercice d'activités pour lesquelles le droit français n'exigeait pas l'assistance obligatoire d'un avocat

<sup>8</sup> Voir : « *Les avocats aux Conseils et la bonne administration de la justice* », Jean Barthélemy, Justice et

majeure à la qualité du débat contentieux et à la construction de la jurisprudence, qui justifie leur monopole de représentation devant les juridictions suprêmes et que reflète leur statut d'officiers ministériels, l'ordre des avocats aux conseils étant lui-même qualifié d'auxiliaire du service public de la justice (CE 22 avril 2005, *M...*, n° 257406, au recueil).

La directive 98/5 n'ignore pas d'ailleurs cette spécificité, puisqu'elle laisse la possibilité aux Etats membres d'établir « *des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés* » (art. 5). La CJUE a également relevé que la procédure devant les cours suprêmes appelle une appréciation particulière des exigences de la directive 77/249 (CJUE 25 février 1988, *Commission c. Allemagne*, aff. 427/85, § 44).

Certes, les conditions de fond posées par le décret attaqué, qui imposent une activité habituelle auprès des juridictions suprêmes de l'Etat d'origine, permettront en principe de sélectionner des avocats déjà familiers de la technique de cassation. Mais l'analyse comparée<sup>9</sup> montre que les cours suprêmes européennes présentent des spécificités marquées, tant en ce qui concerne les conditions de recevabilité des recours, les procédures de filtrage ou encore l'intensité du contrôle de cassation. Nous croyons donc que des motifs impérieux de bonne administration de la justice plaident, dans ce cadre particulier, pour aménager l'exercice des libertés d'établissement et de prestation de services.

D'autre part, les sujétions imposées par le décret attaqué apparaissent proportionnées.

L'obligation ne joue, bien entendu, que lorsque le ministère d'avocat est obligatoire, ainsi que l'énonce l'article 31-1.

Elle se limite à une élection de domicile. Cette condition constitue une garantie procédurale minimale pour sécuriser les correspondances à ce stade ultime du contentieux, en conservant aux juridictions suprêmes un nombre limité d'interlocuteurs. Elle permet aussi, en renvoyant à une convention librement conclue entre les parties, de déterminer au cas par cas les modalités selon lesquelles le prestataire pourra solliciter l'appui de l'avocat aux conseils.

On pourrait objecter que l'expérience que le titulaire de l'autorisation accumule au fil du temps auprès du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation amoindrit, avec le temps, la nécessité d'une élection de domicile. Mais l'article 1<sup>er</sup> du décret attaqué organise précisément, pour les intéressés, une voie privilégiée d'accès à la qualité d'avocat aux conseils : une activité continue de trois ans sous le nouveau régime les exemptera de la formation obligatoire en les autorisant à postuler directement à l'examen d'aptitude, à l'instar des

---

Cassation, 2013.

<sup>9</sup> Voir « *La juridiction judiciaire suprême en droit comparé : missions, filtrage, intensité du contrôle* », Frédérique Ferrand, in : *L'accès au juge de cassation*, 2015.

membres et anciens membres du Conseil d'Etat – ce qui nous semble un élément notable dans l'économie d'ensemble du dispositif.

Aucun des arguments de la requête ne remet utilement en cause cette analyse. Contrairement à ce qui est soutenu, une inscription au tableau de l'ordre du barreau de Paris ne saurait tenir lieu de garantie équivalente, puisqu'elle est sans rapport avec l'exercice des fonctions d'avocat aux conseils. Enfin, le décret ne méconnaît pas la directive 2018/958 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions.

**1.2.** Le groupement Alphalex soutient également que le décret attaqué serait contraire à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services en ce qu'il subordonne la possibilité pour les avocats européens de représenter leurs clients devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation à une **autorisation préalable du garde des sceaux**.

Cette seconde branche du moyen sera écartée plus rapidement. Il résulte des dispositions attaquées que cette procédure a pour seul objet de vérifier les conditions de fond définies par le décret, notamment celle tenant à l'exercice d'une activité auprès des juridictions suprêmes de l'Etat d'origine. La vérification est réalisée dans un délai de 15 jours pour une prestation temporaire ou de deux mois pour un établissement permanent, à l'issue duquel naît une décision implicite d'acceptation. Cette contrainte procédurale ne constitue donc pas une restriction injustifiée aux libertés garanties par le Traité.

**2.** Le moyen tiré de **l'atteinte au principe d'égalité** s'articule en deux branches.

En premier lieu, la requête invoque une différence de traitement au détriment des avocats originaires des autres Etats membres, en ce que ces derniers seraient susceptibles à tout moment de voir leur autorisation suspendue en application du nouvel article 31-8.

Mais cette différence est en rapport direct avec la différence de situation qui distingue ces deux catégories de professionnels, compte tenu des hypothèses limitatives dans lesquelles le ministre est habilité à prononcer la suspension.

Cette mesure, qui n'a pas le caractère d'une sanction, ne fait que tirer la conséquence de ce que les conditions nécessaires à la délivrance de l'autorisation ne sont plus remplies, soit que l'avocat ne justifie plus de l'exercice, à titre habituel et pour une part substantielle de son activité, de la profession d'avocat devant les juridictions suprêmes de son Etat d'origine

(1°), soit qu'il ait fait l'objet dans cet Etat d'une mesure de privation temporaire ou définitive du droit d'exercer la profession (3°). Si la suspension est enfin possible en cas de condamnation pénale, de sanctions disciplinaires ou de situation de faillite personnelle (2°), cette condition est applicable également aux nationaux (art. 1<sup>er</sup>) ; la suspension s'explique par le fait que cette condition n'est pas vérifiée en amont mais fait seulement l'objet d'une attestation sur l'honneur (art. 31-3, 4°).

En second lieu, la requête invoque une discrimination « à rebours » à l'encontre des avocats français qui n'ont pas la qualité d'avocats aux conseils – moyen susceptible d'être accueilli sur le terrain de la méconnaissance du principe d'égalité (CE 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, n° 310146, au Recueil).

Le requérant fait valoir que la formation de trois ans à l'IFRAC puis l'examen d'aptitude professionnelle qui s'imposent aux avocats qui exercent en France ne seront pas exigés des avocats européens titulaires de la nouvelle autorisation. Mais ces derniers devront justifier, en lieu et place de ces conditions, d'une pratique effective et assidue de la cassation devant les juridictions suprêmes de leur pays. C'est cette expérience, dont le requérant ne conteste pas le caractère suffisant, qui distingue les avocats européens de leurs homologues français dépourvus de pratique équivalente et qui justifie la différence de traitement invoquée.

**3.** Le requérant soutient encore qu'en conditionnant l'exercice de l'activité des professionnels à une autorisation du Garde des Sceaux, les dispositions contestées porteraient atteinte au **principe d'indépendance de la justice** garanti par l'article 64 de la Constitution.

Le moyen n'apparaît pas opérant, la garantie invoquée protégeant exclusivement « l'autorité judiciaire », à laquelle n'appartiennent pas les auxiliaires de justice.

A supposer que soient ici invoquées l'autonomie et l'indépendance de la profession d'avocat, garanties par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971<sup>10</sup>, le moyen n'est pas fondé. La désignation du ministre de la justice comme autorité compétente pour délivrer les autorisations, sur la base de critères objectifs et précis, ne saurait porter d'atteinte à ces principes, ainsi que vous l'avez déjà jugé au sujet des autorisations délivrées par le ministre dans le cadre de l'accès partiel à la profession d'avocat (CE 30 janvier 2019, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et autres*, n° 408258, inédit). Au demeurant, les avocats aux conseils eux-mêmes sont nommés par arrêté ministériel (art. 19 du décret de 1991).

---

<sup>10</sup> Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

4. Enfin, il est soutenu que le décret attaqué méconnaîtrait le droit à un recours effectif garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en ce qu'il ne prévoit pas explicitement la possibilité de contester la décision par laquelle le Garde des Sceaux rejette une demande d'autorisation ou suspend une autorisation.

Mais le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert même sans texte, en vertu du principe général du droit consacré par votre décision *Dame Lamotte* (CE Ass. 17 février 1950, *ministre c. Dame Lamotte*, au recueil). Le décret n'est donc pas entaché d'illégalité sur ce point.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.