



TD n° 1. Cas pratique Maria

Maria est Rechtsanwältin (avocate allemande) depuis 1990 en RFA. En 2002, elle veut s'inscrire dans un Barreau français afin de pouvoir exercer la profession d'avocat comme le prévoit la **directive** 98/5/CE du 16 février **1998** sur la liberté d'établissement des avocats (délai de transposition : 14 mars 2000).

Article 2 Droit d'exercer sous son titre professionnel d'origine

Tout avocat a le droit d'exercer à titre permanent, dans tout autre Etat membre, sous son titre professionnel d'origine, les activités d'avocat telles que précisées à l'article 5. L'intégration dans la profession d'avocat de l'état membre d'accueil est soumise aux dispositions de l'article 10.

Article 3 Inscription auprès de l'autorité compétente

1. L'avocat voulant exercer dans un Etat membre autre que celui où il a acquis sa qualification professionnelle est tenu de s'inscrire auprès de l'autorité compétente de cet Etat membre.

Le Bâtonnier hésite quant à son inscription dans la mesure où la loi française de transposition n'a pas été votée. Il lui fait savoir qu'en cas d'inscription, elle devra immédiatement payer une cotisation d'un montant correspondant à un avocat inscrit en France depuis 1990. Elle trouve la cotisation anormale et prétend pouvoir être inscrite sans payer la cotisation à l'Ordre. Ursula vous pose 3 questions : L'Ordre peut-il refuser de l'inscrire, doit-elle payer une cotisation, pourrait-elle demander des dommages-intérêts à l'Ordre pour un refus d'inscription ?

1° Sur l'obligation d'inscription

Selon l'article 249 al. 3 du traité CE, "la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens".

La directive est obligatoire. Elle s'impose aux Etats membres. La directive devait être transposée le 14 mars 2000. En 2002, la transposition n'a pas été effectuée. En d'autres termes, le droit français ne contient pas d'obligation d'inscription. La question est alors de savoir si la directive peut être

directement applicable en droit français. Pour qu'une norme communautaire soit directement applicable, il faut qu'elle soit :

- claire et précise (par exemple, les dispositions prescrivant des obligations de faire ou ne pas faire). Les dispositions à caractère trop général n'ont pas vocation à s'appliquer par elles-mêmes (tels des objectifs énoncés à l'article 3 du traité CE, qui relèvent davantage des déclarations et intentions que de créations normatives)
- juridiquement parfaite et complète, autrement dit se suffire à elle-même et ne pas nécessiter l'intervention d'un pouvoir discrétionnaire pour être exécutée
- inconditionnelle et ne saurait être assujettie à aucun terme ni réserve.

La CJCE a considéré que les directives pouvaient avoir un effet direct :

“ « si en vertu des dispositions de l'article 189 (aujourd'hui article 249), les règlements sont directement applicables ..., il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire d'effets analogues ; qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive d'exclure, en principe, que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par les personnes concernées ; que, particulièrement dans les cas où les autorités communautaires auraient, par directive, obligé les Etats membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire »(CJCE, 12 juillet 1990 (Foster, aff E-188/89: Rec. CJCE, 1, p. 3343, v. précédemment : CJCE 17 décembre 1970, société SACE Bergame c/ ministère des Finances de la République italienne (aff 33/70 : Rec. CJCE, p. 1213), développée avec l'arrêt du 4 décembre 1974, Van Duyn et Home office (aff 41/74 : Rec. CJCE, p. 1337).

Toutefois la question de l'effet direct des directives ne se pose qu'en cas d'inexécution de ses obligations par un Etat membre. Le particulier ne peut invoquer cet effet qu'en cas de défaut ou de mauvaise transposition (CJCE, 5 avr. 1979, aff 148/78, Ministère public c/ Ratti : Rec. CJCE, p. 1629).

C'est bien le cas en l'espèce.

Mais il faut distinguer l'effet horizontal et l'effet vertical. L'effet direct n'est pas horizontal. En d'autres termes, une directive non transposée ne saurait être invoquée par un particulier à l'encontre d'un autre particulier. Le particulier peut seulement l'invoquer contre l'Etat défaillant (arrêt Marshall du 26 février 1986, et qui a été confirmé dans le cas des recommandations CECA (CJCE, 22 févr. 1990, aff 221/88, CECA c/ Ferriere Busseni : Rec. CJCE, p. 495).

En l'espèce, l'Ordre des avocats n'est pas un particulier. C'est un organe administratif ordinal qui a pour attribution légale de traiter toutes les questions intéressant l'exercice de la profession (v. En ce sens, l'article 17 de la loi du 31 déc. 1971) et d'assurer dans son ressort l'exécution des décisions prises par le Conseil national des barreaux.

Maria peut donc invoquer la directive contre l'Ordre. Il a d'ailleurs été jugé que la directive 98/5 du 16 février 1998 est d'application directe et immédiate à compter du 14 mars 2000 dès lors que la France ne l'a pas transposée en droit interne avant cette date et que son contenu est inconditionnel et suffisamment précis. L'autorité compétente pour statuer sur l'inscription d'un avocat ne peut être que le conseil de l'ordre (art. 17-1° L. 71) (Pau, 21 mai 2001; D. 2001, 1847, Toulouse 5 juill. 2001, Bull. Inf. Cass. 2001, n° 1016).

La directive européenne 98-5 du 16 février 1998, qui reconnaît le droit à tout avocat d'exercer à titre permanent dans tout autre Etat sous son titre professionnel d'origine, est d'application directe et immédiate à compter du 14 mars 2000, dès lors que la France ne l'a pas transposée en droit interne avant cette date, et que son contenu est inconditionnel et suffisamment précis.

En effet, sur ce point, s'agissant de l'article 3 de la directive, il résulte sans ambiguïté de l'article 17-1° de la loi du 31 décembre 1971 que l'autorité compétente pour statuer sur l'inscription d'un avocat ne peut être que le conseil de l'Ordre. Par ailleurs, les autres dispositions de cette loi et celles du décret du 27 novembre 1991 autorisent une application directe ou ne sont pas en contradiction avec l'article 5.3 relatif à la postulation prévoyant l'action "de concert" et les articles 6.2 relatif à la représentation dans les instances professionnelles, 6.1 relatif aux obligations déontologiques et 6.3 relatif à l'assurance de l'avocat. (C.A. Toulouse (1ère Ch., 1ère sect.), 5 juillet 2001).

En l'espèce, Maria peut donc être inscrite dès lors qu'elle remplit les conditions posées par la directive. Le Bâtonnier ne saurait refuser son inscription

2. Sur l'obligation de cotisation

Le Conseil de l'Ordre a le pouvoir de fixer le montant des cotisations. Il doit respecter le principe d'égalité entre avocats.

Par ailleurs, selon l'article 6.§ 1. de la directive, "indépendamment des règles professionnelles et déontologiques auxquelles il est soumis dans son Etat membre d'origine, l'avocat exerçant sous son titre professionnel d'origine est soumis aux mêmes règles professionnelles et déontologiques que les avocats exerçant sous le titre professionnel approprié de l'Etat membre d'accueil pour toutes les activités qu'il exerce sur le territoire de celui-ci".

Parmi ces règles professionnelles, le paiement des cotisations est obligatoire. Maria doit donc en principe payer les cotisations. Toutefois, ne peut-on pas s'interroger sur la réalité de cette obligation à la lumière du droit communautaire. En effet, l'effet vertical des directives ne joue que dans un sens. L'Etat ne peut invoquer la directive qu'il n'a pas transposée contre un particulier (CJCE, 11 juin 1987, Pretore di Salo : Rec. CJCE, p. 2545). Cette dernière solution a été confirmée par le Conseil d'Etat. v. ég. (CE, 23 juin 1995, n° 149 226, 155 083 et 162 001, SA Lilly France : AJDA n° 7-8, 1995, p. 496 et 570, note J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; Dr. adm. 1995, n° 433, note Ch. Mangue).

Il paraît toutefois difficile d'admettre que l'on puisse dispenser Maria de cotisations sur la base du droit communautaire. En effet, l'objectif de la directive est atteint pas l'inscription et les règles déontologiques internes doivent être respectées. A partir du moment où l'inscription est réalisée, les cotisations sont dues. Il reste à fixer le montant de ces cotisations en respectant le principe d'égalité.

3. De la responsabilité éventuelle du Conseil de l'Ordre

En cas de refus d'inscription, Maria pourrait-elle engager la responsabilité de l'Etat français pour non transposition.

La CJCE a admis que la mauvaise transposition ou le défaut de transposition d'une directive à l'origine d'un dommage peut entraîner la responsabilité de l'Etat défaillant (CJCE, 19 nov. 1991, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, Francovich et Bonifaci : Rec. CJCE, 1, p. 5357).

Les conditions précises de cette responsabilité ont été précisées dans les arrêts du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame (*CJCE, 5 mars 1996, aff jtes C 46/93 et C 48/93 : Rec. CJCE, 1, p. 1131*) et du 23 mai 1996, Hedley Lomas Ltd (aff C 5/94 : Rec. CJCE, 1, p. 2604).

En premier lieu, il a été admis que les questions de l'existence et de l'étendue de la responsabilité d'un Etat membre pour des dommages découlant de la violation des obligations qui lui incombent relève de l'interprétation du traité et par voie de conséquence de la compétence de la CJCE. Autrement dit, la mise en oeuvre de cette responsabilité ne saurait dépendre des règles internes de répartition des compétences entre les pouvoirs constitutionnels.

En second lieu, le droit à réparation est reconnu lorsque trois conditions sont réunies :

d'une part, lorsque la règle de droit violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers (exigence de l'effet direct) ;

d'autre part, lorsque la violation est suffisamment caractérisée, c'est-à-dire lorsque l'État méconnaît gravement et manifestement les limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation (26 mars 1996, British Telecom (CJCE, 26 mars 1996, aff C-392/93, British Telecom : Rec. CJCE, I, p. 1631). En pratique donc, s'agissant des directives, plus la règle communautaire est obscure ou imprécise, plus la compétence d'interprétation de l'État sera large, moins la violation du droit communautaire pourra être caractérisée et, par suite, l'engagement de la responsabilité retenue. Même si, dans une affaire encore plus récente, la Cour a reconnu que la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation caractérisée (CJCE, 8 oct. 1996, aff jtes C-178/94, C-179/94, C-188 à 190/94, Dillenkofer : Rec. CJCE, 1, p. 4845).

Enfin lorsqu'il existe un lien de causalité directe entre le non-respect de l'obligation et le dommage subi par les personnes lésées ;

En troisième lieu, c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé, étant entendu que les conditions fixées par les législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation.

En l'espèce, le refus d'inscription pourrait permettre d'engager la responsabilité pour non transposition. Mais en vérité, l'inscription pourrait être obtenue en faisant appel de la décision du Conseil de l'Ordre (art. 19 al. 2 L. 31 déc. 1971). Si la Cour d'appel puis la Cour de cassation refuse, alors la responsabilité de l'Etat peut être engagée.