

L'effectivité du droit communautaire dans les régions transfrontalières quand à la profession d'avocat

Université de Pau et des Pays de l'Adour
Master 1 Affaires Européennes et Internationales

La libre circulation des avocats revêt deux formes, la libre prestation de service d'une part, et la liberté d'établissement d'autre part. Ces deux notions, qui ont chacune leurs règles propres, ont évolué de façon significative, concomitamment à la construction communautaire.

En effet, il importe de bien distinguer ces deux libertés dont l'exercice pose des problèmes différents. La libre prestation de service concerne le service fourni à titre occasionnel ou permanent par l'avocat ressortissant d'un autre État membre. La liberté d'établissement permet à l'avocat communautaire de s'inscrire à un barreau d'un autre état membre de l'UE.

Ainsi, la libre prestation de service, instaurée par le constituant communautaire aux articles 49 et 50 TCE, et la liberté d'établissement instituée par l'article 43 TCE, conditionnent l'existence d'un marché unique pour les professions libérales et les entreprises.

La Cour de justice des communautés a reconnu très tôt l'effet direct de ces deux dispositions du traité CE. Concernant la libre prestation des services, c'est l'arrêt Van Binsbergen du 3 Décembre 1974, (Affaire N°33/74), quand à la liberté d'établissement c'est l'arrêt Reyners du 21 Juin 1974, (Affaire N°2/74).

La libre circulation des avocats est une question spécifique, puisqu'il s'agit d'une profession réglementée. C'est à dire une profession contrôlée par des lois locales ou étatiques et régie par une association professionnelle qui en fixe les critères d'accès, évalue les qualifications et les diplômes des candidats, et accorde le certificat, le titre réservé ou le permis d'exercice aux candidats qualifiés.

Le droit communautaire s'est préoccupé assez tardivement de cette profession, puisque il s'agit d'une profession à part, par nature liée à bien des égards à l'état qui délivre le titre.

L'accès à la profession d'avocat va différer selon les pays de l'union européenne puisque la réglementation de chaque Etat va soumettre son accès à des règles bien différentes. En effet, si nous parlons de l'accès dans la réglementation française, il faut être titulaire d'un Master 1 de droit, puis l'inscription à l'école d'avocat sera subordonnée à la réussite d'un concours alors que si l'on se concentre sur le cas espagnol, il suffit d'avoir une licence de droit pour s'inscrire dans une école d'avocat qui elle, ne sera soumise à aucun examen d'entrée.

Cet exemple concret nous permet d'aborder la difficulté d'une telle réglementation communautaire, surtout lorsque l'on multiplie le nombre de réglementations nationales par le nombre de pays membres de l'Union européenne.

De plus, l'activité professionnelle de l'avocat va revêtir deux aspects, activité de conseil et activité de représentation, en effet, l'avocat intervient dans deux directions principales : d'une part, il opère le lien entre le plaideur et le juge, c'est sa fonction judiciaire ; d'autre part, il consulte hors du contentieux et rédige des actes, c'est sa fonction qu'il est coutume de nommer juridique.

Toute la question est de savoir si, à travers l'évolution des normes communautaires relatives à la libre prestation de service et à la liberté d'établissement, ces deux libertés sont désormais effectives, ou si les normes actuelles sont insuffisantes pour les garantir ?

Il sera intéressant de mêler la procédure établie par le droit communautaire primaire, ainsi que son droit dérivé, à la pratique concrète de la profession d'avocat pour tirer les conséquences relatives à l'existence d'une amélioration des droits mis en place par l'Union européenne.

C'est par cette approche que nous pourrons répondre à la distinction procédurale existante entre la libre prestation de service (I) et la liberté d'établissement (II).

I - La Libre Prestation de Service

La libre prestation de service des avocats de la communauté européenne a fait l'objet de la directive du 22 mars 1977. Y est énoncée « une liberté générale pour tout avocat de la Communauté de fournir un service juridique dans un autre Etat membre ». avec deux corollaires: d'une part la prestation de services est temporaire, avec un accès réglementé, et d'autre part, elle recouvre toutes les activités de la profession juridique.

A - L'accès à la Libre Prestation de Service

La diversité des systèmes et des formations juridiques des Etats membres a rendu extrêmement difficile la reconnaissance mutuelle complète des diplômes et des titres d'accès, qui auraient permis une libre prestation de service effective. C'est dans l'optique de parvenir à cette effectivité que la Communauté d'une part, et les Etats membres d'autre part ont tenté d'instaurer des « règles ».

Dans un premier temps, la Directive du Conseil 77/249 du 22 mars 1977 est intervenue en application du Traité de

1957, en rappelant que toute restriction en matière de prestation de service fondée sur la nationalité ou sur des conditions de résidence est interdite depuis la fin de la période de transition. Elle prévoit ensuite toute une série de conditions générales à destination des Etats pour l'exercice de la libre prestation de services.

Tout d'abord, l'exercice effectif des activités d'avocat en prestation de service suppose que l'Etat membre d'accueil reconnaisse être avocats les personnes exerçant cette profession dans les différents Etats membres.

Ensuite, tout bénéficiaire de la Directive utilisera le titre professionnel de l'Etat membre dans lequel il est établi. Cependant, elle n'autorisait qu'une libre prestation de services occasionnelle. Un avocat pouvait donc exercer son activité dans un autre Etat membre sous son titre d'origine que de temps en temps, ce qui différencie la libre prestation de services de la liberté d'établissement.

Ensuite, la directive prévoyait des conditions plus spécifiques au libre accès à cette prestation de services. Ainsi, l'avocat devait être inscrit dans un barreau de l'Espace économique européen, plus particulièrement dans l'Etat dans lequel il avait son activité principale.

De plus, il devait être affilié et cotiser dans son barreau d'origine. Les avocats d'un autre Etat membre font « usage de leur titre professionnel exprimé dans la ou l'une des langues de l'Etat membre d'origine, avec indication de l'organisation professionnelle dont elle relève ». L'activité relative à la représentation et à la défense d'un client en justice ou devant une autorité publique doit être exercée dans chaque Etat membre d'accueil dans les conditions prévues pour les avocats de cet Etat.

De plus, l'avocat doit respecter tant les règles professionnelles de l'Etat d'accueil que celles de l'Etat de provenance. L'Etat d'accueil peut imposer aux avocats prestataires d'être introduits auprès du président de la juridiction saisie ou du bâtonnier compétent selon les règles et les usages locaux, et d'exercer de concert avec un avocat de l'Etat d'accueil.

D'autre part, chaque Etat membre peut exclure les avocats salariés liés par un contrat de travail avec une entreprise publique ou privée de l'exercice de défense ou de représentation de ladite entreprise dans la mesure où les avocats établis dans cet Etat ne sont pas autorisés à les exercer.

Enfin, cette directive de 1977 prévoit que l'Etat membre d'accueil peut demander au prestataire de service d'établir sa qualité d'avocat.

Malgré une bonne première approche de cette libre prestation de services des avocats, la Directive de 1977 présentait plusieurs lacunes : en effet, et à titre d'exemple, elle ne distinguait pas selon qu'il s'agissait d'une activité de conseil ou de défense pure.

Dans l'optique de pallier les manques persistants, le Conseil des Communautés européennes a adopté une seconde directive, plus générale, le 21 décembre 1988. Cette directive était relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de plus de trois ans.

Sur la base des deux directives de 1977 et 1988, la France a pour sa part adopté un décret dont la version consolidée date du 16 mai 2007 (décret de 1991). Ce décret reprend les modalités de l'exercice par un avocat de sa libre prestation de services. Ainsi, l'on peut citer la reprise du caractère temporaire de l'activité. Ensuite, et selon la Commission Européenne, l'activité doit présenter un caractère de « discontinuité ». Le centre principal de l'activité doit être situé dans un autre Etat membre que celui dans lequel la prestation est fournie, l'avocat prestataire doit s'affilier et cotiser au régime prévu dans son barreau d'origine. De plus, l'avocat qui souhaite prêter dans un autre Etat membre doit respecter à la fois les règles de déontologie de son Etat d'origine et celles du pays qui accueille sa prestation.

L'ensemble des conditions d'accès à la libre prestation de service rendent parfois délicat l'exercice de cette dernière.

B - L'exercice de la Libre Prestation de Service

Nous cherchons à savoir ici quelles sont les conditions qui entourent et réglementent l'exercice de la profession d'avocat dans le cadre de la liberté de prestation et si elles peuvent concrètement constituer un frein à l'exercice de la liberté de prestation.

En principe, l'avocat européen peut immédiatement profiter de la libre prestation de services, sans être soumis à des formalités préalables auprès de l'Etat d'accueil, en étant notamment dispensé de toute condition d'inscription à une organisation professionnelle dans l'Etat membre d'accueil, ou des conditions de connaissance du droit de l'Etat d'accueil.

Toutefois, la Directive de 1977 exige d'un avocat communautaire d'établir sa qualité d'avocat en présentant sa carte

d'identité professionnelle délivrée par le barreau d'origine.

Cette carte doit être accompagnée d'une mention d'un titre universitaire, dont la délivrance est conditionnée par le droit d'autorisation de l'Etat d'origine. (CJCE, Kraus, 31 mars 1993)

L'avocat doit par ailleurs respecter le principe de double déontologie, qui consiste, à la fois dans l'application des règles professionnelles de l'Etat membre d'accueil et celles de son Etat membre d'origine.

D'ailleurs, la directive distingue les activités judiciaires auxquelles on a appliqué les règles professionnelles de l'Etat membre d'accueil et les activités extrajudiciaires auxquelles on applique les règles de l'Etat membre d'origine.

La Directive exige également un contrôle disciplinaire. Il est à noter que tant la Directive que la jurisprudence (CJCE, Gullung, 19 janvier 1988) estiment que " lorsque la capacité d'exercice de l'avocat à fait défaut, l'intéressé, s'étant vu interdire pour cette raison l'accès à cette profession, il y a lieu de considérer qu'il ne remplit pas les conditions que la directive pose pour la libre prestation de services."

Il existe aussi une action de concert, les Etats membres peuvent imposer en matière de représentation en justice l'obligation d'agir avec un avocat local.

Au vu de l'ensemble de ces obligations, nous pouvons affirmer qu'il n'existe pas d'obstacles infranchissables.

D'abord, en ce qui concerne le respect du principe de la double déontologie, cette exigence ne nécessite pas d'acte concret de la part de l'avocat c'est une obligation purement intellectuelle.

Ensuite, la carte CCBE (carte du barreau européen) est une sorte de "livret d'avocat" qui regroupe l'ensemble des informations le concernant, qui est disponible auprès du barreau du pays d'origine, elle lui permettra une identification plus rapide et par conséquent lui facilite l'accès aux juridictions d'autres Etats membres.

Enfin concernant l'action de concert, nous pouvons dire qu'elle contribue à favoriser la libre prestation de service car elle permet une meilleure intégration. En effet, en faisant appel à un confrère local, connaissant mieux le droit du pays concerné la liberté de prestation de service devient plus efficace.

En conclusion, nous pensons que ce dispositif a un double effet. D'une part, comme nous l'avons dit précédemment, il favorise la prestation de service et d'autre part, il permet également une meilleure sécurité juridique pour le justiciable, puisque il peut avoir un maximum d'informations sur son représentant.

Cela étant dit son efficacité dépendra du bon vouloir des avocats, car ces dispositifs ne sont pas obligatoires.

Lorsque nous avons essayé de démontrer l'effectivité de l'exercice de la libre prestation de service, de façon concrète, nous nous sommes heurté à un problème auquel nous ne nous attendions pas. En effet, après avoir pris contact avec la maison des avocats, et avec de nombreux cabinets d'avocat, nous nous sommes heurtés au constat que la libre prestation de service avait peu de succès dans les régions trans-frontalières. Nous avons fini par obtenir le témoignage de Maître LOUSTEAU, avocat au barreau de Bayonne et directeur de l'observatoire trans-frontalier.

Celui-ci nous a confié que lorsqu'il était confronté à un litige qui l'obligeait à aller plaider en Espagne, il collaborait avec un cabinet espagnol afin que celui-ci plaide à sa place. Il va justifier cela par un argument incontournable, à savoir le manque de connaissance du droit espagnol. En effet, nous constatons qu'il est très difficile de maîtriser un droit, différent du droit de son pays d'origine, dont on a pas fait l'apprentissage. Dans le cas typique France-Espagne, des principes juridiques évidents, comme par exemple le mode de preuve, va totalement différer d'un pays à l'autre. L'un favorisant la preuve holographique, l'autre les témoignages. Si sur un point si spécifique, des différences apparaissent, celles-ci sont d'autant plus importantes d'un point de vue procédurale. C'est donc pour cela que le travail en collaboration prévaut sur la libre prestation de service puisque d'une part il enlève les entraves fonctionnelles, et que d'autre part on constate que c'est l'option envisagé par la plupart des praticiens.

II - La Liberté d'Etablissement

L'objectif de la liberté d'établissement est de permettre à tout avocat de la Communauté d'être automatiquement inscrit, à sa demande, à un barreau français. Une réglementation très précise vient encadrer aussi bien l'accès que l'exercice de la profession.

A - L'accès à la Liberté d'Etablissement

Pour pouvoir s'installer en France, un avocat ressortissant d'un autre Etat membre doit s'inscrire auprès d'un barreau français. La directive du 16 février 1998 (visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui ou la qualification a été acquise) pose une seule et unique condition pour obtenir l'inscription d'un avocat ressortissant d'un autre Etat membre auprès d'un barreau d'un autre Etat membre. L'avocat européen souhaitant s'installer en France doit pouvoir justifier qu'il est régulièrement inscrit dans un autre barreau de l'Union Européenne.

Toutefois, en pratique, nous pouvons constater d'autres exigences. Avant de pouvoir s'inscrire au barreau français de son choix, l'avocat, ressortissant d'un autre Etat membre doit demander un formulaire d'inscription. Afin de le remplir correctement, il doit fournir :

- l'attestation du barreau de son pays d'origine contenant d'éventuelles mentions concernant des procédures disciplinaires prononcées en son encontre.
- Une attestation d'assurance professionnelle.

L'avocat, désirant s'installer en France, doit payer une cotisation dans le barreau de son Etat d'origine ainsi que dans le barreau de l'Etat d'accueil. Cette double cotisation est un frein à la libre circulation.

Nous pouvons également constater une discrimination mineure entre les avocats. En effet, chaque barreau français comprend deux listes d'avocats. L'une comprend les avocats français et l'autre, les avocats ressortissants d'un autre Etat membre. Toutefois, au bout de trois ans d'activité effective et régulière en France et en droit français, l'avocat acquiert la possibilité de s'inscrire sous le titre d'avocat français. D'autres discriminations mineures sont à noter notamment l'exigence d'un examen d'aptitude soumis à autorisation après requête auprès du Conseil National des Barreaux. En cas de réussite, l'avocat se voit délivrer une attestation lui permettant de demander son inscription auprès du barreau français de son choix.

Voyons en l'espèce le cas d'une avocate Espagnole installée en France: Marga WANNENBROUCK, qui a obtenu une maîtrise de droit en Espagne en 1994, après quoi elle s'est inscrite dans un barreau espagnol en qualité d'Abogado (avocat). Elle décide ensuite de venir exercer sa profession en France.

Elle s'est inscrite au CRFPA de Strasbourg, de manière à pouvoir se présenter à l'homologation du diplôme d'avocat. Il est intéressant de noter préalablement que la première difficulté rencontrée fut relative à son inscription en tant qu'auditeur libre dans ce centre de formation. En effet, alors que pour les nationaux, la formation était gratuite, la direction du centre exigea de sa part une cotisation de 10 000 FRF pour pouvoir suivre cette formation.

Ces frais apparaissent comme étant discriminatoires puisqu'ils semblent soumis à une décision discrétionnaire de la direction.

La directive 89/48/CEE "relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans", l'a contrainte à se soumettre à une procédure comportant plusieurs étapes.

En pratique, elle a d'abord dû faire une demande au conseil national du barreau français pour obtenir un dossier où elle devait faire état des matières étudiées durant son cursus espagnol. De là, elle a dû trouver un traducteur assermenté, ce qui posait problème pour la transcription des matières. Le conseil national de l'ordre des avocats avait alors quatre mois pour répondre à l'admissibilité de la demande, et l'examen ne pouvait être repassé plus de trois fois.

Là, un parallèle entre les matières étudiées en Espagne, et les matières à passer pour l'homologation fut effectué.

Dans le cas de Mme WANNENBROUCK, les matières qui ont été sélectionnées furent réduites du fait de son passage au centre de formation de Strasbourg.

Elle tient à nous préciser que pour les avocats résidents à l'étranger et désirant s'établir en France, la formation relative au métier d'avocat est très difficile d'accès et ne favorise absolument pas la reconnaissance des diplômes et par conséquent la liberté d'établissement. Dans la pratique, elle s'est rendu compte que la procédure liée à l'établissement dans un état membre autre que l'état d'origine est dans la pratique très lourde et qu'une volonté délibérée des barreaux français a émergé afin de limiter l'accès tant à la libre prestation de services qu'à la liberté d'établissement. Le problème majeur est lié à la concurrence. En effet, Mme WANNENBROUCK ayant été inscrite dans des barreaux qui ne sont pas dans une situation géographique trans-frontalière a remarqué que l'inscription au barreau et la liberté d'établissement étaient plus accessibles, alors que dans les régions trans-frontalières, les barreaux français limitaient volontairement l'accès.

Elle tient également à préciser que pour elle, la directive de 89/48/CEE est plus favorable que la directive 98/05 relative à la liberté d'établissement puisqu'en pratique, elle constate qu'il est difficile de justifier de trois ans d'activité effective en France pour se voir reconnaître la liberté d'établissement.

B - L'exercice de la Liberté d'Etablissement

Il s'agit de voir quelles sont les conditions qui entourent et réglementent l'exercice de la profession d'avocat dans le cadre de la liberté d'établissement et si elles peuvent concrètement constituer un frein à l'exercice de la liberté d'établissement.

En principe, l'avocat établi dans l'Etat membre d'accueil peut exercer les mêmes activités professionnelles que l'avocat ressortissant de ce pays d'accueil. C'est-à-dire que sous son titre professionnel d'origine il peut prétendre à exercer les fonctions traditionnelles de tout avocat : activité de conseil / représentation et défense d'un client.

Néanmoins la directive 98/5/CE, prévoit certaines dérogations:

- lorsqu'il existe un monopole accordé à une autre profession pour l'accomplissement de certains actes, ce qui vise en pratique les activités réservées aux notaires, ou lorsqu'il existe un monopole accordé à des avocats spécialisés devant les cours suprêmes.

Un Etat membre n'est pas autorisé à prévoir d'autres exceptions, ce que la CJCE s'attache à contrôler.

Le Luxembourg par exemple a été sanctionné par la CJCE pour avoir voulu exclure du champ de la liberté d'établissement l'activité de domiciliaire de sociétés en la réservant aux professionnels des secteurs financiers et des assurances, aux réviseurs d'entreprise et experts-comptables, et aux avocats membres de la profession nationale.

- lorsque l'Etat estime nécessaire que l'avocat ressortissant d'un autre Etat membre soit assisté d'un avocat national pour exercer ses fonctions de représentation et de défense : on parle alors d'action de concert.

Ce n'est pas une obligation mais une possibilité pour l'Etat. Cependant en pratique certains barreaux imposent facilement l'action de concert sous prétexte que l'avocat étranger ne maîtrise pas assez le fonctionnement des juridictions nationales alors qu'aucune difficulté procédurale ne se présente. Par contre selon le témoignage de certains avocats, cette action de concert est perçue comme une collaboration avec l'état d'accueil leur permettant de s'intégrer plus facilement dans les mœurs juridiques du pays d'accueil.

La directive n'impose aucun contrôle a priori quant à la maîtrise de la langue du pays d'accueil par l'avocat étranger. Pourtant cela a déjà porté préjudice à certains avocats, victimes des nationalisme juridiques. Bien heureusement la CJCE contrôle de près ces dérives.

Un Etat membre ne peut donc pas subordonner le droit d'exercer la profession d'avocat à un contrôle de la maîtrise de la langue car la directive prévoit d'autres mécanismes susceptibles de mettre en évidence ce critère dans les cas où il serait nécessaire (mention du titre professionnel d'origine, l'action de concert, respect des règles de déontologie, sanctions disciplinaires).

Ensuite, l'avocat établi dans un autre Etat membre que le sien, est soumis à la fois aux règles de déontologie de son pays d'origine et aux règles de déontologie du pays d'accueil.

A priori cet aspect n'est pas véritablement problématique car il apparaît qu'il agisse comme un facteur d'harmonisation des règles déontologiques de chaque pays de l'UE. En effet il oblige à une certaine coopération et un certain dialogue entre les Etats.

Pour l'avocat établi ce n'est pas un lourd fardeau à porter même si une harmonisation globale faciliterait sa situation.

Dans le même état d'esprit de coopération, les procédures disciplinaires, bien que propre à chaque pays obligent les Etats membres à s'accorder sur leurs règles puisque l'Etat d'accueil qui engagerait une procédure contre un avocat étranger est dans l'obligation d'informer le pays d'origine de ce dernier, ce même pays d'origine devant à son tour donner suite à la décision disciplinaire selon ses propres règles de fond et de forme.

Certains barreaux ont toutefois des sections internationales qui permettent une certaine harmonisation des règles entourant la profession d'avocat.

Enfin la directive permet à l'avocat établi, sous certaines conditions, d'être assimilé à l'avocat de l'Etat membre d'accueil.

Deux hypothèses sont à distinguer :

- au bout de trois ans d'exercice effectif et régulier de la profession sans interruption et dans le droit de l'Etat d'accueil l'avocat peut accéder à la profession d'avocat de l'Etat membre d'accueil c'est-à-dire faire partie intégrante d'un barreau, au même titre qu'un avocat national sans passer aucun examen ou n'effectuer aucun stage de mise à niveau.

- à tout moment l'avocat peut demander aux autorités nationales d'exercer sous le titre professionnel de l'Etat d'accueil. Pour cela la directive 89/48/CEE permet une reconnaissance des diplômes. Si la formation n'est pas équivalente à celle de l'Etat d'accueil, ce dernier peut exiger de l'avocat d'effectuer une remise à niveau ou de lui faire passer un examen pour évaluer ses connaissances dans le droit du pays d'accueil.

Selon le témoignage d'un avocat belge exerçant en Espagne, l'examen exigé présente des difficultés, car il porte sur l'ensemble du droit de l'Etat d'accueil et les matières fondamentales. Néanmoins il lui semble primordial de devoir avoir une connaissance globale de ce droit sans quoi il ne pourrait exercer correctement ses fonctions.

Conclusion

Ainsi donc, à l'issue de cette présentation, nous pouvons constater que la mobilité des avocats à l'échelle communautaire est très loin d'être acquise, et que l'ouverture de la profession aux ressortissants d'états membres reste pour l'heure assez timide.

Cela n'est pas du à la fatalité d'une seule discordance des droits nationaux, qui peuvent selon les états être aussi bien similaires que fondamentalement différents.

On assiste au fond à une véritable mauvaise volonté des régulateurs de la profession, bien souvent organisé en ordres, pour lesquels le statu quo serait une bénédiction.

On notera ainsi la clairvoyance du Parlement Européen qui, pour le suivi du "Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales" a adopté une résolution le 12 octobre 2006 à la suite du rapport d'initiative rédigé par Mr Jan Christian EHLER (PPE – Commission des affaires économiques et monétaires) par lequel : "Il (Mr EHLER) a estimé que le droit traditionnel d'édicter des réglementations basées sur les spécificité coutumières, géographiques et démocratiques devrait être limité et finalement supprimé."

Ce qui ouvre la perspective, en somme, d'une loi Le Chapelier à l'échelle Européenne, seul moyen d'arriver à un véritable libéralisme dans ce secteur économique, et limiter au sein des professions juridiques ce que Jacques ATTALI n'hésite pas à qualifier de "rentes de situation".