



AVIS DE Mme MALLET-BRICOUT, AVOCATE GÉNÉRALE

Arrêt n° 648 du 6 décembre 2023 (B) – Première chambre civile

Pourvoi n° 22-15.558

Décision attaquée : 10 mars 2022 de la cour d'appel de Paris

M. [U] [Z] [P] [S]

C/

le procureur général près la cour d'appel de Paris

Il est renvoyé au rapport de Mme la conseillère rapporteure et aux écritures de parties pour le détail des faits et de la procédure dans ce dossier.

La **question juridique** soulevée dans le pourvoi, qui comporte un moyen unique, est relative aux conditions d'accès à la profession d'avocat en France, plus précisément s'agissant du ressortissant d'un Etat n'appartenant ni à l'Union européenne ni à l'Espace économique européen (le Bénin), mais membre de l'OMC et signataire de l'Accord général sur le commerce des services (ci-après, AGCS ou communément GATS en anglais), lorsque ce ressortissant a obtenu un diplôme de master 2 en droit en France et exercé durant plus de huit ans à titre bénévole les fonctions de juriste dans une organisation syndicale en France.

Le Conseil de l'ordre des avocats au barreau de la Seine-Saint-Denis a en effet accepté le 4 novembre 2020 la demande d'inscription de M. [U] [Z] [P] [S] au tableau de ce barreau, sur le fondement de l'article 98,5° du décret du 27 novembre 1991, sous réserve de satisfaire à l'examen de contrôle des connaissances en déontologie et réglementation professionnelle prévu à l'article 98-1 et de disposer d'un domicile professionnel.

Le procureur général près la cour d'appel de Paris a formé un recours contre cette décision.

Par arrêt du 10 mars 2022, la cour d'appel de Paris a infirmé la décision du Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Seine-Saint-Denis et rejeté la demande d'inscription à ce barreau de M. [P] [S]. En substance, l'arrêt attaqué considère que l'article VII de l'AGCS n'est pas applicable à l'espèce, qu'aucun accord de réciprocité pour l'accès à la profession d'avocat n'a été signé entre la France et le Bénin, et qu'aucune réciprocité de fait n'existe entre les deux Etats sur cette question.

Le **pourvoi** formé contre cette décision considère au contraire « qu'il résulte de l'accord général sur le commerce des services (AGCS), directement applicable dans l'ordre juridique interne nonobstant toute disposition contraire ou incompatible, que les ressortissants des pays signataires ont la faculté d'accéder dans un autre Etat signataire aux activités de commerce de services soumises à des conditions de diplôme ou d'expérience dans les mêmes conditions que celles posées aux nationaux ; qu'entre les Etats signataires de l'AGCS la condition de réciprocité dans l'accès à la profession d'avocat est réputée acquise et n'appelle aucune justification ou vérification particulière, y compris lorsque le candidat n'exerce pas déjà cette profession dans son pays d'origine ; qu'en retenant que, de nationalité béninoise, l'exposant, qui sollicitait son inscription au barreau, ne pouvait bénéficier de la réciprocité prévue par l'AGCS dès lors qu'il n'était pas avocat au Bénin, la cour d'appel a violé l'article VII de l'accord général sur le commerce des services, ensemble l'article 11 1° de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. »

I. Conditions d'accès à la profession d'avocat en France

L'article 11 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 constitue le texte de référence sur les conditions d'accès à la profession d'avocat en France (nous soulignons) :

« Nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit les conditions suivantes :

1° Etre français, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou ressortissant d'un Etat ou d'une unité territoriale n'appartenant pas à l'Union ou à cet Espace économique qui accorde aux Français la faculté d'exercer sous les mêmes conditions l'activité professionnelle que l'intéressé se propose lui-même d'exercer en France, sous réserve des décisions de conseil de l'Union européenne relatives à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté économique européenne ou avoir la qualité de réfugié ou d'apatride reconnue par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ;

2° Etre titulaire, sous réserve des dispositions réglementaires prises pour l'application de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 modifiée, et de celles concernant les personnes ayant exercé certaines fonctions ou activités en France, d'au moins une maîtrise en droit ou de titres ou diplômes reconnus comme équivalents pour l'exercice de la profession par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé des universités ;

3° Etre titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, sous réserve des dispositions réglementaires mentionnées au 2°, ou, dans le cadre de la réciprocité,

de l'examen prévu au dernier alinéa du présent article ;

4°, 5° et 6° : (...) [conditions de moralité et d'absence de sanction relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises]

Sans préjudice des dispositions du titre VI, l'avocat ressortissant d'un Etat ou d'une unité territoriale n'appartenant pas à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, s'il n'est pas titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, doit subir, pour pouvoir s'inscrire à un barreau français, les épreuves d'un examen de contrôle des connaissances en droit français selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Il en est de même d'un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen qui aurait acquis la qualité d'avocat dans un Etat ou une unité territoriale n'appartenant pas à l'Union ou à cet Espace économique et qui ne pourrait invoquer le bénéfice des dispositions réglementaires prises pour l'application de la directive 2005/36 CE du 7 septembre 2005 modifiée. »

Candidat français ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'EEE / candidat étranger hors UE ou EEE - Il ressort de ce texte une nette différence de situations entre les ressortissants de nationalité française ou d'un Etat membre de l'UE ou de l'EEE et les autres ressortissants, qui se justifie, d'une part, par l'existence d'engagements spécifiques de la France dans le cadre de l'Union européenne et de l'Espace économique européen¹ et, d'autre part, par la légitime préoccupation du législateur français de garantir un niveau de compétence équivalent pour tous les avocats inscrits à des barreaux français. L'accès à la profession d'avocat en France n'est pas restreint à certains ressortissants à l'exclusion d'autres ressortissants, il est seulement soumis à des conditions différentes selon les situations, dans le respect des engagements internationaux de la France et sous une classique condition de réciprocité pour les ressortissants étrangers hors UE ou EEE non déjà avocats.

Candidat étranger déjà avocat / non déjà avocat - Ce texte fait par ailleurs une distinction entre la situation de celui qui est déjà avocat dans un Etat étranger (cf. article 11 dernier alinéa) et la situation de celui qui ne l'est pas déjà et souhaite accéder à cette profession en France, pour ce qui concerne les *qualifications* à obtenir pour devenir avocat :

- dans le premier cas, l'avocat ressortissant d'un Etat ou d'une unité territoriale n'appartenant pas à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen peut s'inscrire à un barreau français sous réserve d'avoir passé le CAPA ou un examen de contrôle de ses connaissances en droit français ;

¹ Dans la perspective d'une intégration économique assumée dès l'origine de la Communauté économique européenne, la liberté d'action économique dans l'espace constitué par les Etats membres est l'un des fondements de la Communauté. De ce principe d'intégration économique a découlé la liberté de circulation des personnes, de services et de capitaux. Dans les matières couvertes par le Traité, l'assimilation des ressortissants des Etats membres aux nationaux dans chaque Etat s'exprime par l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité (v. art. 18 TFUE).

- dans le second cas (ressortissant étranger non déjà avocat), le législateur français autorise l'accès à la profession d'avocat, sous réserve que l'intéressé soit titulaire de certains diplômes ou puisse justifier de certaines fonctions ou activités en France (cf. art. 11, 2° et 3°).

On retrouve d'ailleurs cette distinction entre les deux situations (demandeur étranger déjà avocat ou non) à l'article 93 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, qui ouvre la sous-section consacrée aux conditions générales d'inscription au tableau, ainsi qu'aux articles 99 et 100 de ce décret.

Statut des étrangers et condition de réciprocité - Il convient de rappeler, à titre liminaire, qu'en l'absence de règles internationales précises sur le statut des étrangers, les Etats se voient conférer « la plus large liberté », sauf à reconnaître la personnalité juridique et un minimum de droits nécessaires à la vie en société à tous les étrangers, outre les droits fondamentaux reconnus par de nombreux textes internationaux sans distinguer nationaux et étrangers². Les professeurs Audit et d'Avout soulignent ainsi que « dans l'exercice de leur compétence territoriale, les Etats sont libres [notamment] de restreindre l'accès des étrangers aux activités économiques ».

Des traités bilatéraux permettent d'assurer mutuellement un certain traitement aux ressortissants des Etats contractants, notamment les traités spécialisés qui fixent les droits des ressortissants des Etats parties dans un domaine particulier. Dans ces traités, la clause de réciprocité est très fréquente, car elle permet d'assurer une bonne application mutuelle du traité. « Sans rechercher l'identité de législation, en tous ses traits, il convient de s'attacher à ce qui constitue l'essentiel de l'institution en cause. La jurisprudence française a pu se contenter d'une ressemblance assez large (législation étrangère « sensiblement identique » à la législation locale) ». La clause de réciprocité se distingue notamment de la clause de traitement national, par laquelle « un Etat s'engage en principe à traiter les ressortissants de l'autre Etat comme les siens propres et donc à s'abstenir de toute discrimination à leur égard »³.

Les règles contenues à l'article 11 de la Loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques s'inscrivent donc dans ce principe de liberté laissée aux Etats sur le statut des étrangers, sous réserve bien sûr d'éventuels accords internationaux qui viendraient l'atténuer ou la contredire. Elles posent ainsi une condition de réciprocité qui permet à tout ressortissant étranger d'un Etat qui n'est pas membre de l'UE ou partie à l'EEE, d'accéder à la profession d'avocat en France si son propre Etat « accorde aux Français la faculté d'exercer sous les mêmes conditions l'activité professionnelle que l'intéressé se propose lui-même d'exercer en France ».

Transversalité de l'article 11,1° de la loi du 31 décembre 1971 - L'article 11 ouvre le chapitre 2 du titre 1^{er} de la loi de 1971, chapitre consacré à l'organisation et à l'administration de la profession d'avocat. L'affirmation forte qu'il porte (« Nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit les conditions suivantes ») ne fait pas de doute sur sa portée générale : toutes les conditions qui suivent doivent impérativement être cumulativement réunies pour accéder à cette profession, soit :

- la condition dite de nationalité (1°),

² B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, éd. LGDJ 2018, n° 111.

³ *Ibidem*, n° 113.

- celle relative aux diplômes ou à l'exercice de certaines fonctions ou activités en France (2°),
- celle relative à l'obtention du CAPA sauf deux types de dérogations (3°),
- et les conditions relatives à la moralité du candidat (entendue au sens large, 4° à 6°).

La condition dite de nationalité est donc transversale à toutes les situations rencontrées, que le candidat entende intégrer la profession en se prévalant d'un diplôme ou d'une activité juridique validée, qu'il entende passer le CAPA ou bénéficier d'une dérogation en se prévalant d'une fonction ou activité qui lui permet d'obtenir une dérogation, qu'il soit déjà avocat dans un autre Etat ou non déjà avocat.⁴

Ainsi, aussi bien dans l'hypothèse du CAPA que pour le bénéfice de dérogations, notamment celle sur laquelle se fonde le demandeur en l'espèce (juriste dans une organisation syndicale durant plus de 8 ans), l'inscription à un barreau ne peut avoir lieu qu'après vérification de cette condition de réciprocité.

Rares sont les IEJ et les écoles d'avocats en France qui précisent ce point pourtant essentiel dans leurs conditions d'inscription. Sur leur site internet, soit la situation des candidats étrangers est totalement ignorée⁵, soit il est renvoyé à la décision de l'Ordre du barreau visé par le candidat, avec la référence à l'article 11 et sous la formulation suivante : « *L'obtention de l'examen d'entrée à l'école d'avocats pas plus que l'obtention du CAPA n'apportent un droit acquis à l'admission au barreau, les ordres des avocats demeurent maîtres de leur tableau.* »⁶

Ainsi, l'Ordre concerné détient le pouvoir de prononcer ou de refuser l'inscription au tableau, en application de l'article 11, sous réserve d'un recours formé devant la cour d'appel compétente.

⁴ Les articles 93 et 93-1 du décret de 1991 énoncent les différentes « conditions générales d'inscription », et notamment la dispense posée à l'article 98 (5° invoqué en l'espèce), sans plus de référence à la condition dite de nationalité, et donc à la condition de réciprocité, mais celle-ci découle de la volonté du législateur clairement exprimée à l'article 11 de la loi de 1971.

⁵ Cinq sites d'IEJ ont été consultés pour illustration (Paris 1, Paris 2, UVSQ, Lyon 3, Nanterre) ; seul celui de Nanterre précise, dans un document relatif aux modalités d'inscription au CRFPA : « *Les étudiants étrangers qui désirent s'inscrire à l'examen du CRFPA doivent être titulaires d'un diplôme équivalent à la maîtrise de droit ou au MI. (Une Commission d'équivalence examine chaque dossier au vu des diplômes fournis)* ». Quant aux écoles d'avocats, l'EDARA (Lyon), l'ERAGE (Grand Est), ou encore l'EOA (Poitiers), n'évoquent aucunement la situation juridique des candidats étrangers sur leur site.

⁶ Formule exprimée sur le site de l'EFB (Paris) et sur celui de l'EDA Aliénor (Bordeaux). Pour les écoles d'avocats, dont une mission importante consiste à former les futurs avocats, l'application de la condition de réciprocité n'est ainsi pas un préalable à l'inscription pour passer l'examen du CAPA : le contrôle des conditions d'inscription au tableau, modalité formelle de l'accès à la profession d'avocat, relève exclusivement de l'Ordre des avocats concerné par la demande (tout comme le contrôle des conditions de moralité, ou encore le contrôle des fonctions et activités permettant de bénéficier d'une dérogation). En revanche, les IEJ et les écoles d'avocats vérifient les conditions posées par l'article 11 relatives au diplôme (maîtrise en droit ou équivalent, obtention du CRFPA, doctorat en droit).

II. L'accès à la profession d'avocat au Bénin pour les ressortissants français - condition de réciprocité

A l'image du droit français, la loi béninoise impose également une condition de nationalité pour accéder à la profession d'avocat. L'article 5 de la loi n°65-6 du 20 avril

1965 dispose en effet :

« Nul ne peut être inscrit au tableau des avocats de la Cour d'appel de Cotonou s'il n'est citoyen dahoméen, s'il ne jouit de ses droits civils, s'il n'est âgé de vingt-trois ans accomplis, s'il n'exerce réellement dans le ressort de cette cour et s'il ne produit de certificat de stage.

Pourront être inscrits au barreau, sous réserve de remplir les quatre dernières conditions ci-dessus, les étrangers de tout Etat accordant la réciprocité et ayant obtenu par décret du Président de la République, pris en conseil des ministres sur le rapport du Garde des Sceaux l'autorisation de solliciter son inscription. »

L'accord de coopération judiciaire du 27 février 1975 signé entre la France et le Bénin ne prévoit pas une telle réciprocité d'inscription à un barreau, comme l'a constaté la cour d'appel⁷, car il se concentre uniquement sur l'exercice des missions de l'avocat (assistance et représentation du client) devant les juridictions de l'un et l'autre Etats parties à cet accord, lorsque la qualité d'avocat est déjà acquise en France ou au Bénin. Cet accord ne vise donc pas l'accès à la profession d'avocat dans l'un ou l'autre Etat.

Comme l'a constaté la cour d'appel de Paris en l'espèce⁸, aucun accord bilatéral de réciprocité n'a été conclu entre la France et le Bénin sur la question spécifique de l'accès à la profession d'avocat, au Bénin pour des candidats français ou en France pour des candidats béninois.

III. L'Accord général sur le commerce des services, article VII

La question soulevée par le pourvoi est plus spécialement celle de l'application de l'article VII de l'AGCS au cas d'espèce. Le moyen questionne l'interprétation de l'expression « *fournisseur de services* » dans l'hypothèse d'un candidat étranger (hors UE et EEE) à l'inscription au tableau qui n'est pas déjà avocat dans l'Etat dont il est le ressortissant (le Bénin).

Le moyen unique du pourvoi se fonde sur la jurisprudence de la première chambre civile des 16 janvier 2007 (n° 06-12122, publié) et 22 novembre 2007 (n° 05-19128,

⁷ Arrêt attaqué, page 4.

⁸ Arrêt attaqué, page 4.

publié) pour considérer que l'AGCS est d'application directe dans l'ordre interne français¹ et que la condition de réciprocité posée à l'article 11,1° Loi 31 déc. 1971 est présumée entre les membres de l'AGCS (France et Bénin en l'espèce).

Or, à la lecture de nombreux documents, notamment ceux émis par l'OMC et par la Commission européenne, la question peut être soulevée de l'existence d'un effet direct de l'AGCS, et notamment de son article VII, dans l'ordre juridique interne. Le postulat théorique retenu par le pourvoi, fondé sur la jurisprudence de la première chambre civile, pourrait alors être remis en question.

Les éléments à considérer me semblent être les suivants :

. **L'AGCS** est un accord-cadre qui concerne plus de 150 Etats ; cet accord a été conclu en 1994 dans un objectif de libéralisation des échanges de services entre ses membres. Il repose sur la mise en œuvre de cycles successifs de négociations entre ses membres pour tenter de répondre à cet objectif dans 12 secteurs et 155 sous-secteurs. Les « services juridiques » constituent l'un des sous-secteurs. Chaque Etat membre rédige une *Liste d'engagements* et une *Liste des exemptions* éventuelles, qui constituent la base de ses engagements à négocier.

Les Etats membres de l'UE sont représentés globalement par l'UE, qui a établi une « Liste d'engagements spécifiques de l'UE » (dernier état 2019 ²), de 222 pages, qui évoque notamment les services juridiques. En préambule de ce document, il est précisé :

« 3. *Les droits et obligations découlant de l'AGCS, y compris la liste d'engagements, n'auront aucun effet auto-exécutoire et ne confèrent donc directement aucun droit à telles ou telles personnes physiques ou morales.* »

Dans cette liste, les membres de l'UE ont pu chacun préciser les limites et restrictions éventuelles de leurs propres engagements.

La lecture du texte même de l'AGCS confirme l'absence d'effet direct (notamment le préambule ³ et divers articles ⁴) : l'Accord de Marrakech n'a pas évoqué la question et

¹ Civ.1. 22 nov. 2007 : « Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu qu'entre les Etats signataires de l'AGCS, directement applicable dans l'ordre juridique interne nonobstant toute disposition contraire ou incompatible, la condition de réciprocité, réputée acquise, n'appelait aucune justification ou vérification particulière ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »

² V. aussi Proposition de décision du Conseil de l'UE, 7 juin 2022 (2022/0174), visant à autoriser à modifier la liste.

³

Préambule AGCS (extrait) : « Désireux d'établir un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services, en vue de l'expansion de ce commerce dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive et comme moyen de promouvoir la croissance économique de tous les partenaires commerciaux et le développement des pays en développement,

Désireux d'obtenir sans tarder une élévation progressive des niveaux de libéralisation du commerce des services par des séries de négociations multilatérales successives visant à promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages mutuels et à assurer un équilibre global des droits et des obligations, compte dûment tenu des objectifs de politique nationale,

Reconnaissant le droit des Membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard afin de répondre à des objectifs de politique nationale et, vu les asymétries existantes pour ce qui est du degré de développement des réglementations relatives

nulle part un effet direct n'est envisagé dans le texte de l'AGCS ; tout le système repose sur un vœu commun/un objectif de négociations successives entre membres de l'Accord afin de libéraliser le marché des services, dans le respect de grands principes, dont les plus essentiels sont le principe de « la nation la plus favorisée » et le principe du « traitement national ». Les négociations entre Membres s'avèrent d'ailleurs difficiles depuis la conclusion de l'Accord.

. La **décision d'adhésion à l'OMC n° 94/800 de l'UE** le 22 déc. 1994 : « *par sa nature, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des États membres* ».

. La **jurisprudence de la CJCE/CJUE** ne va pas dans le sens d'un effet direct de l'AGCS en droit interne, et ce de longue date (déjà pour le GATT – 1947 ⁵, qui a précédé l'AGCS).

On peut citer notamment l'arrêt CJUE *Portugal c/Conseil* du 23 novembre 1999 : « *Compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires* ».

Il existe deux exceptions dans la jurisprudence de la CJCE à la règle de la non-invocabilité du droit de l'OMC (deux arrêts rendus en 1989 et 1991 ⁶) : lorsqu'une règle du droit communautaire fait référence aux dispositions précises des règles de l'OMC ou lorsqu'elle a été adoptée en vue de donner application à cet Accord les particuliers peuvent invoquer les règles du droit de l'OMC pour attaquer la légalité d'une mesure communautaire d'application postérieure.

Il n'existe pas à ma connaissance de règles générales dans le droit de l'UE relatives à l'accès à la profession d'avocat pour des étrangers hors UE et EEE, en application de l'objectif de libéralisation de l'AGCS. Dans la *Liste d'engagements spécifiques de l'UE*, de nombreux Etats membres de l'UE soulignent d'ailleurs des limitations à l'accès à tel ou tel 'service juridique' sur leur territoire. Des accords ont toutefois été conclus entre

aux services dans les différents pays, le besoin particulier qu'ont les pays en développement d'exercer ce droit,»

⁴ V. notamment :

Art. I AGCS - Portée et définition : « 1. Le présent accord s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services. » (seules les mesures sont visées, non les Membres en tant que tels)

Art. II. 2 – Traitement de la nation la plus favorisée : « Un Membre pourra maintenir une mesure incompatible avec le paragraphe 1 pour autant que celle-ci figure à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe. »

Art. III. 1 – Transparence : « Chaque Membre publiera dans les moindres délais et, sauf en cas d'urgence, au plus tard au moment de leur entrée en vigueur, toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement du présent accord. Les accords internationaux visant ou affectant le commerce des services et dont un Membre est signataire seront également publiés. »

⁵ CJCE Aff. *International fruit company*, 12 décembre 1972 : « *L'article XI de l'Accord général n'est pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice* ».

⁶ *Fediol c/ Commission* 22 juin 1989 ; *Nakajima c/ Conseil* 7 mai 1991.

l'UE et certains Etats hors UE sur la question de la consultation juridique et de la rédaction d'actes par des avocats hors UE sur des questions de droit international et de droit étranger, ce qui a abouti à une modification de la loi française en 2018 sur ce cas précis (*cf. infra*, Loi du 31 décembre 1971 art. 101 et suiv.).

Le récent arrêt de la CJUE *Commission européenne c/ Hongrie* 6 octobre 2020 (n° 66/18), cité par le mémoire ampliatif, ne me paraît pas revenir sur ces principes.

D'une part, cet arrêt concerne l'article XVII de l'AGCS (principe du « Traitement national ») et non l'article VII. D'autre part, cet arrêt ne pose explicitement aucune règle d'effet direct de l'AGCS en tant que tel. Il tend à vérifier que la législation d'un Etat membre de l'UE ne vient pas contredire un principe fondamental de l'AGCS (qui « fait partie du droit de l'Union », pt. 71) : le principe du « Traitement national » (art. XVII AGCS), et ce, à l'aide d'une lecture très attentive de la *Liste des engagements spécifiques de l'UE* incluant les restrictions et limitations expresses de la Hongrie (pt. 95 et 105). L'objectif est de déterminer si la Hongrie a prévu une limitation au « Traitement national » dans le secteur considéré (les établissements d'enseignement supérieur). C'est bien cette étude précise de la *Liste* et des engagements pris (ou non) par la Hongrie, qui permet d'aboutir à sa condamnation pour manquement, sur le fondement (notamment⁷) de la violation de l'article XVII de l'AGCS.

Il m'apparaît difficile de déduire de cette décision l'existence d'un effet direct associé à l'article VII de l'AGCS, ni la possible condamnation pour manquement de la France sur le fondement de cette disposition pour ce qui concerne l'article 11,1° de la loi de 1971, sauf à étudier avec précision la *Liste des engagements de l'UE* et les éventuelles restrictions/limitations prévues par la France pour l'accès à la profession d'avocat dans le cadre du sous-secteur « Services juridiques » (la lecture de cette *Liste* est très fastidieuse et nécessite de comprendre la méthodologie adoptée).

. Une **réponse ministérielle** en 2003 évoque aussi l'absence d'effet direct ou indirect de déréglementation ⁸.

. Quant à la **doctrine**, elle débat sur la question de savoir si l'AGCS est ou non, ou bien devrait être ou non d'effet direct dans les ordres juridiques internes. Certains auteurs le souhaiteraient manifestement⁹. D'autres se fondent sur la jurisprudence de

⁷ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le TFUE sont aussi mobilisés dans cet arrêt.
⁸

Extrait Rép. Min. (Min. Economie) n° 16295, 25 août 2003 : « L'AGCS consacre également le droit des États à réglementer et à faire évoluer leur réglementation, dans le plein respect du choix de leurs politiques publiques. En conséquence, les offres consenties n'emportent aucun effet, ni direct ni indirect, de déréglementation ni de privatisation. La négociation en cours conduit la France à réaffirmer ces mêmes principes. »

⁹ V. notamment, D. Carreau, P. Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, 6^e éd. Précis Dalloz, 2017, n° 1010 : « En spécifiant bien que le GATS s'appliquait aux fournisseurs de services, il rentre ainsi *ipso jure* dans le « patrimoine juridique » des particuliers. Ceux-ci pourront l'invoquer en justice devant leurs juges naturels qui auront, en raison de la supériorité du droit conventionnel posé par l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC, écarté les normes nationales contraires. Cet effet de levier bien connu apparaît, sur le plan juridique, comme le meilleur garant de l'effectivité du GATS. On n'en regrettera que davantage la prise de position de la CJUE récusant – à tort et on l'espère provisoirement – cette analyse. » ; v. aussi n° 1063 et suiv. : « On regrettera d'autant plus que le GATS ([AGCS]) ait repris l'approche timide du GATT quant à sa portée territoriale : en effet, tant le GATT (art. XXIV.12) que le

la première chambre civile en 2007 pour affirmer l'effet direct sans plus d'analyse¹⁰. D'autres enseignent qu'il n'y a pas d'effet direct, sauf pour l'accord de l'OMC en matière de propriété intellectuelle (ADPIC, instauration de normes minimales de protection).

Au regard de ces éléments, la question me semble se poser de la légitimité de la jurisprudence de la première chambre civile en 2007 : celle-ci semble en effet diverger de la portée juridique de l'AGCS telle que la CJCE/CJUE semble la comprendre (sous réserve de ce que l'on pourrait déduire de l'arrêt du 6 octobre 2020 le cas échéant). La Cour de cassation peut-elle adopter une telle position ? L'interprétation européenne ne devrait-elle pas prévaloir dans la mesure où elle semble bien installée sur ce sujet ? Par sa jurisprudence, la France se met en position d'interpréter à sa manière l'article VII de l'AGCS pourtant applicable à l'ensemble des membres de l'UE.¹¹

L'UE est membre de l'OMC et de l'AGCS, l'AGCS en tant que tel est déclaré comme faisant « partie du droit de l'Union » dans l'arrêt CJUE 6 oct. 2020 (pt. 71). Mais cette affirmation est faite dans la partie de l'arrêt qui concerne la compétence de la CJUE pour juger l'affaire portée devant elle, alors qu'il existe un organe de règlement des différends dans le cadre de l'AGCS. Elle n'est pas réitérée dans la partie qui concerne le fond de l'affaire, mais si l'on peut tenir ce point pour acquis, en tout état de cause l'analyse faite par la CJUE sur le fond montre que la question est subtile, qu'il convient de regarder précisément ce que chaque Etat membre de l'UE a posé comme limitations ou restrictions dans la mise en œuvre souhaitée de l'AGCS (cf. *supra*), pour les négociations en cours entre Membres.

En tout état de cause, pour se voir reconnaître un effet direct, la norme de droit communautaire, selon une formule traditionnellement reprise par la jurisprudence, doit être suffisamment claire, précise et inconditionnelle. L'article VII de l'AGCS ne semble pas répondre à ces exigences¹², s'appuyant beaucoup sur le futur (« pourra ».) et

GATS (art. I :3 a) *in fine*) ne demandent à leurs Membres que de « prendre toutes les mesures raisonnables en [leur] pouvoir » pour que les obligations posées soient respectées par leurs subdivisions territoriales. Sans doute est-ce là vouloir éviter des difficultés ou conflits institutionnels internes ; mais cette solution diplomatique n'est guère conforme à la supériorité inhérente à l'existence même d'un ordre international ».

¹⁰ V. la doctrine citée dans le rapport. Egalement, B. Blanchard, chr. Avocat, D. 2008, p. 944.

¹¹ La lecture des rapports et avis relatifs aux arrêts de la première chambre civile en 2007 renseigne sur les possibles raisons de son positionnement. Ils soulignent notamment l'existence d'une délibération et de rapports du CNB, en 2001 et 2003, retenant une condition de réciprocité pour les ressortissants d'Etats Membres de l'AGCS (position toutefois nuancée en 2003, le CNB retenant que « la réciprocité ne peut être reconnue aux Etats parties à l'AGCS qui maintiennent dans leur législation des dispositions contraires aux principes de cet accord et se reconnaît un pouvoir de contrôle, mais sans pour autant exiger à nouveau clairement du candidat qu'il rapporte la preuve que la condition de réciprocité est remplie dans son pays », selon le rapport relatif à l'arrêt rendu le 22 novembre 2007).

¹²

« Article VII – Reconnaissance : 1. S'agissant d'assurer, en totalité ou en partie, le respect de ses normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, de licences ou de certificats pour les fournisseurs de services, et sous réserve des prescriptions du paragraphe 3, un Membre pourra reconnaître l'éducation ou l'expérience acquise, les prescriptions remplies, ou les licences ou certificats accordés dans un pays déterminé. Cette reconnaissance, qui pourra se faire par une harmonisation ou autrement, pourra se fonder sur un accord ou arrangement avec le pays concerné ou être accordée de manière autonome. 2. (...) »

ouvrant des options aux Membres ; il ne confère aucune garanties ou droits concrets au justiciable.

On peut relever que l'UE a négocié des accords dans le cadre de l'OMC avec certains pays en faveur de la libéralisation de l'activité de *consultation juridique et rédaction d'actes juridiques en droit international et en droit étranger*, pour des avocats étrangers hors UE ; par une ordonnance du 27 avril 2018, la France a entendu s'aligner sur ces accords en introduisant des dispositions libérales dans la loi du 31 déc. 1971 (v. art. 101 et suivants Loi 1971). La justification de cette ordonnance est en lien explicite avec l'AGCS.¹³ Il n'existe apparemment pas le même mouvement au sein de l'UE pour la libéralisation des mêmes activités, mais exercées en droit interne (cf. *Liste d'engagements spécifiques de l'UE*, comportant de nombreuses réserves de certains Etats de l'UE sur ce point, dans le souci de préserver la qualité des services juridiques relatifs à leur droit national).

Au vu de ces éléments, il me semblerait utile d'effectuer davantage de recherches sur la portée juridique de l'article VII de l'AGCS et sur la portée exacte de l'arrêt rendu par la CJUE le 6 octobre 2020. La question pourrait aussi être soulevée de poser une question préjudicielle à la CJUE sur l'article VII.

Le débat sur l'interprétation de l'article VII appliqué à l'espèce (objet précis du pourvoi) ne me semble pas pouvoir être lancé avant d'avoir répondu à la question liminaire importante de la possibilité même d'invoquer l'application directe de l'AGCS en droit interne, et plus spécialement son article VII à l'espèce.

IV. Lecture de la condition de réciprocité posée par l'article 11,1° Loi 31 décembre 1971

Si l'on retient l'hypothèse que l'article VII de l'AGCS ne serait pas applicable directement à l'espèce, une autre question se pose alors à la lecture de l'article 11 de la Loi du 31 décembre 1971 : comment apprécier la condition de réciprocité ? quel régime probatoire appliquer à cette condition ? faut-il ou peut-on entendre souplement la condition de réciprocité en l'espèce ?

Les éléments à considérer me semblent être les suivants :

. Le climat général en droit français n'est pas au durcissement de la condition de réciprocité lorsqu'elle existe.

A titre d'illustrations, on peut évoquer :

. L'interprétation de l'article 55 de la Constitution, relatif à la réciprocité en matière de traités : une présomption de réciprocité est retenue sauf si preuve contraire, et la non-application d'un traité sur le fondement de l'absence de réciprocité ne peut être décidée que par le gouvernement (ce n'est pas au juge d'en décider)¹⁴. Une telle position permet d'éviter des inconvénients du point de

¹³ V. le Rapport sur l'ordonnance n° 2018-359, qui présente le contexte OMC et les raisons d'être de l'ordonnance.

¹⁴ Civ1. 6 mars 1984 arrêt *Kryla*.

vue de la bonne administration de la justice : disparité des règles applicables selon les possibilités d'information des parties sur l'application du traité, erreur d'appréciation du juge...

. L' évolution jurisprudentielle sur l'article 11 du code civil, qui pose une nette condition de réciprocité pour les « droits civils » : Les professeurs Audit et d'Avout précisent qu'en droit français, le principe posé par l'article 11 du code civil pour les « droits civils est que « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. » ; toutefois, cette règle a été largement vidée de sa substance, la règle étant désormais que les étrangers jouissent en droit privé de tous les droits à l'exception de ceux qui leur sont refusés par une disposition expresse¹⁵.

. **La question de la discrimination pourrait se poser**, entre ressortissants français et ressortissants étrangers ayant les mêmes diplômes et expérience professionnelle (cas de l'espèce).

Le Conseil constitutionnel peut en effet exercer un contrôle dans le cadre d'une QPC et a déjà pu retrancher des règles substantielles jugées incompatibles avec les principes fondamentaux du droit positif.¹⁶

La question de la discrimination pourrait peut-être aussi être soulevée au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (l'article 14 vise notamment l'origine nationale), si un droit fondamental était identifiable en l'espèce (ce qui reste à démontrer). La Cour de cassation a en effet déjà paralysé une règle différenciant la situation des français de celle des étrangers concernant le refus d'octroi aux étrangers du droit au renouvellement du bail commercial, la règle étant jugée discriminatoire, contraire aux droits fondamentaux issus de la Convention européenne¹⁷.

. **Deux lectures paraissent possibles de la condition de réciprocité posée à l'article 11 de la loi de 1971 :**

La formulation de l'article 11,1° retient comme condition de réciprocité l'hypothèse de l'Etat (non UE ni EEE) qui « accorde aux Français la faculté *d'exercer* sous les mêmes conditions l'activité professionnelle que l'intéressé se propose lui-même d'exercer en France ». La condition de réciprocité n'est pas ciblée sur l'accès à la profession d'avocat, mais formellement sur son exercice. Une telle formulation peut surprendre à première vue dans la mesure où elle semble s'écarter de l'énonciation initiale de cette disposition (« Nul ne peut ne peut *accéder* à la profession d'avocat... »), sauf à considérer que l'accès à la profession est ici entendu dans un sens large, intégrant

¹⁵ *Op.cit*, n° 120-121. Ce principe n'est établi que depuis le milieu du 20^e siècle dans la jurisprudence de la Cour de cassation, vidant l'article 11 du code civil de sa substance bien qu'il ne soit pas abrogé.

¹⁶ V. C. constit. 5 août 2011, n° 2011-159 QPC : inconstitutionnalité de l'art. 2 de la Loi du 14 juillet 1819 instaurant un droit de prélèvement successoral réservé aux Français, sur le fondement d'une différence de traitement injustifiée entre héritiers français et étrangers - méconnaissance du principe d'égalité devant la loi.

¹⁷ Civ.3. 9 novembre 2011, n° 10-30291.

tous les modes d'accès, par des candidats déjà avocats ou non déjà avocats. La suite de l'article 11 confirme cette analyse, puisqu'il régit l'une et l'autre situations pour ce qui concerne les candidats étrangers.

. lecture sévère :

Il paraît possible de considérer que la condition de réciprocité, telle qu'ici rédigée, renvoie à la possibilité pour des Français d'exercer sous les mêmes conditions la profession d'avocat dans l'Etat étranger concerné (hors UE ou EEE). Cela vaut a priori pour les avocats français comme pour les candidats français souhaitant devenir avocats dans un Etat étranger mais non déjà avocats en France : dans le premier cas, il faut regarder si l'Etat étranger autorise leur inscription simplement sous réserve d'un examen de contrôle des connaissances, outre les conditions de moralité et de diplôme ou équivalence ; dans le second cas, il convient de se demander si l'Etat étranger autorise le candidat français à passer un examen professionnel (du type CAPA), outre là encore les conditions de moralité et de diplôme ou équivalence, notamment la possibilité d'intégrer la profession sur le fondement de fonctions ou activités spécifiques.

Une telle lecture, sévère, impose d'apporter des éléments de preuve précis, tirés des textes étrangers applicables et de la pratique, outre qu'il faut ensuite les comparer aux conditions d'accès posées par le législateur français. Elle ne favorise pas l'accès au marché des services juridiques que constitue (notamment) la profession d'avocat, à des personnes certes étrangères, mais formées en France et/ou ayant une longue expérience en France, comme dans le cas d'espèce.

. lecture souple :

Une lecture plus souple de la condition de réciprocité pourrait être retenue, correspondant davantage à l'esprit général du texte, qui est, d'une part, de faire en sorte de préserver la qualité des services juridiques rendus par les personnes exerçant la profession d'avocat en France, et pouvant ainsi conseiller et défendre des justiciables sur l'application du droit français¹⁸, d'autre part, d'augmenter les chances d'admission des Français dans l'Etat étranger à qui est appliquée la condition de réciprocité (principe du donnant-donnant).

Dans une lecture littérale de l'article 11,1°, il convient seulement de vérifier que l'autre Etat accorde effectivement aux Français « la faculté d'exercer sous les mêmes conditions l'activité professionnelle que l'intéressé se propose lui-même d'exercer en France ». On peut alors présumer la réciprocité au seul constat que la législation étrangère contient elle-même une condition de réciprocité similaire à celle du droit français. Ainsi, ce ne serait que s'il pouvait être prouvé que le Bénin refuse l'accès de la profession d'avocat à des Français (dans la loi ou en pratique) qu'il serait possible, en retour, de dénier aux Béninois la possibilité d'exercer cette profession en France (aux mêmes conditions que les Français). Dans une telle approche, les « mêmes conditions » se ramènent à l'existence d'une condition de réciprocité similaire à celle posée par le droit français et à son application effective. Or le Bénin dispose bien d'une telle loi et aucun élément ne permet de penser qu'un avocat français ne serait pas admis à s'inscrire au barreau de Cotonou en raison de sa nationalité.

Cette lecture a le mérite de suivre la tendance générale à l'atténuation des effets des conditions de réciprocité lorsque cela est possible (plutôt qu'à leur durcissement), et permet d'aboutir à une solution qui soit à la fois sécurisante pour le justiciable en l'espèce (le demandeur ayant été formé en France et ayant exercé plus de 8 ans en France comme juriste, donc connaissant bien le droit français), et dans la ligne de l'AGCS qui a pour objet de favoriser la libéralisation des services (notamment des services juridiques) dans les relations entre ses Membres.

Une telle lecture, raisonnable, de l'article 11,1°, est d'ailleurs celle qui avait été réalisée par la cour d'appel de Poitiers dans l'arrêt cassé par la première chambre civile le 16 janvier 2007 (outre que la cour d'appel avait eu le mérite de présenter l'adhésion à l'AGCS comme reflétant simplement « une volonté d'ouverture et une disposition à l'échange international » (*ie.* aux négociations), ce qui semble correspondre à la réalité de cet Accord-cadre, *cf. supra*) :

« Attendu que pour déclarer nulle la décision du conseil de l'Ordre des avocats et lui enjoindre de procéder à l'inscription de M. X... sur la liste du barreau de Poitiers, l'arrêt retient que la loi burkinabée ne révèle aucune disposition contraire au principe de réciprocité, qu'au contraire, l'unique condition d'accès des étrangers à l'activité d'avocat au Burkina Faso est le respect de la réciprocité par leur pays d'origine, que l'engagement du Burkina Faso, en ratifiant l'accord général sur le commerce des services (AGCS), à accorder aux ressortissants des pays signataires dudit accord, déjà fournisseurs de services, la faculté d'accéder aux professions par eux exercées dans leur pays d'origine reflète une volonté d'ouverture et une disposition à l'échange international, qu'en l'absence de preuve d'un refus opposé à des avocats français ayant sollicité leur inscription dans un barreau burkinabé, il convient de présumer que le Burkina Faso n'applique pas de mesures restrictives contraires à la condition de réciprocité, et que ces circonstances établissent suffisamment le respect, en droit et en fait, de la condition exigée par la loi française » (V. Civ.1. 16 janvier 2007, 2^e moyen)

Au vu de ces éléments, la lecture souple de l'article 11,1° pourrait être privilégiée en l'espèce, notamment dans la perspective de respecter le droit fondamental de non-discrimination, le demandeur ayant les mêmes qualifications qu'un candidat français à l'inscription au barreau : seule sa nationalité étrangère hors UE et EEE l'a écarté de la profession d'avocat en France, qui plus est sans autre perspective puisque la condition de nationalité et donc de réciprocité s'applique à tous les modes d'intégration de la profession (par l'expérience acquise mais aussi grâce au CAPA, *cf. supra*).

En conclusion, l'arrêt à venir en l'espèce, pourrait je crois permettre de clarifier tous ces aspects, d'une part, en fixant peut-être une position renouvelée sur la question de l'applicabilité directe de l'article VII de l'AGCS (en réponse au pourvoi), le cas échéant après avoir soulevé une question préjudicielle devant la CJUE, et d'autre part, en assouplissant la lecture de la condition de réciprocité posée par l'article 11 de la Loi du 31 décembre 1971.

Pour l'ensemble de ces raisons, mon avis est de suggérer le renvoi de ce dossier en formation de section à une audience ultérieure.

¹⁸ Sur le lien entre qualification requise et droits de la défense garantis par l'article 16 de la Constitution, voir Civ.1. 25 septembre 2019, n° 19-13413, publié.