— en imposant, sans dérogation possible, à l'avocat prestataire de services l'obligation de se faire accompagner par un avocat allemand s'il rend visite à un détenu et de ne correspondre avec celui-ci que par l'intermédiaire de cet avocat allemand;

— en soumettant les avocats prestataires de services à la règle de l'exclusivité territoriale prévue par l'article 52, paragraphe 2, de la Bundesrechtsanwaltsordnung.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire 427/85 *

I — Faits et procédure

1. *Cadre juridique*

a) *Dispositions communautaires*

La directive 77/249 du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats (JO L 78, p. 17) (ci-après « directive »), indique dans son troisième considérant que « l'exercice effectif des activités d'avocats en prestation de services suppose que l'État membre d'accueil reconnaisse comme avocats les personnes exerçant cette profession dans les différents États membres ».

L'article 1er, paragraphe 1, de la directive prévoit notamment que la directive « s'applique, dans les limites et conditions qu'elle prévoit, aux activités d'avocats exercées en prestation de services ». En vertu du paragraphe 2 de cet article, on entend par « avocat » toute personne habilitée à exercer ses activités professionnelles sous l'une des dénominations y mentionnées, et l'article 2 de la directive dispose que ces personnes doivent être reconnues « comme avocat » pour l'exercice de leurs activités en prestation de services.

L'article 4, paragraphe 1, et l'article 5 de la directive sont libellés comme suit:

Article 4, paragraphe 1

« Les activités relatives à la représentation et à la défense d'un client en justice ou devant des autorités publiques sont exercées dans chaque État membre d'accueil dans les conditions prévues pour les avocats établis dans cet État, à l'exclusion de toute condition de résidence ou d'inscription à une organisation professionnelle dans ledit État. »

Article 5

« Pour l'exercice des activités relatives à la représentation et à la défense d'un client en justice, chaque État membre peut imposer aux avocats visés à l'article 1er:

* Langue de procédure: l'allemand.

— d'être introduit auprès du président de la juridiction et, le cas échéant, auprès du bâtonnier compétent dans l'État membre d'accueil selon les règles ou usages locaux,

— 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. »

b) *Législation nationale*

En République fédérale d'Allemagne, la procédure dans les litiges à caractère civil est régie par le code de procédure civile, la « Zivilprozeßordnung » (ci-après « ZPO »). En vertu de l'article 78, paragraphe 1, de la ZPO, les parties doivent se faire représenter devant les Landgerichte et les instances supérieures par des avocats qui sont agréés auprès de la juridiction saisie. L'article 79 de la ZPO prévoit que, dans la mesure ou l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire, les parties au litige peuvent comparaître elles-mêmes ou se faire représenter par une personne physique de leur choix capable d'ester en justice. L'article 157, paragraphe 1, de la ZPO dispose que dans la procédure orale sont seuls admis comme mandataires à titre professionnel les avocats. En vertu de l'article 139 de la ZPO, le juge a l'obligation de questionner les parties. Les paragraphes 1 et 2 de cet article sont libellés comme suit:

« 1) Le président doit faire en sorte que les parties s'expliquent de manière complète sur tous les faits importants, qu'elles déposent des conclusions utiles, en particulier qu'elles complètent les indications relatives aux faits invoqués et qu'elles indiquent les moyens de preuve. A cette effet et en tant que de besoin, il lui appartient d'examiner, tant en fait qu'en droit, les éléments du litige avec les parties et de les interroger.

2) Le président doit attirer l'attention des parties sur les réserves résultant des points qui doivent d'office être pris en considération. »

Le code de procédure pénale, la « Strafprozeßordnung » (ci-après « StPO »), régit la procédure dans les procès à caractère pénal. Dans ces cas, l'assistance d'un défenseur est obligatoire dans le domaine de la « défense indispensable », qui comprend, outre quelques particularités, toutes les inculpations relevant en première instance du Landgericht ou de l'Oberlandesgericht, ainsi que de l'Amtsgericht lorsque le procès peut aboutir à une peine d'emprisonnement d'un an ou plus (article 140, paragraphe 1, de la StPO). La présence d'un défenseur s'impose en outre lorsque l'Amtsgericht l'ordonne, eu égard à la gravité du délit, la difficulté des éléments de fait ou de droit ou parce que l'inculpé ne peut pas se défendre lui-même (article 140, paragraphe 2, de la StPO). En vertu de l'article 138, paragraphe 1, de la StPO, peuvent être admis comme défenseur un avocat agréé auprès d'un tribunal allemand ou un professeur de droit dans une école allemande d'enseignement supérieur. Le paragraphe 2 dudit article prévoit que la juridiction peut autoriser la défense par d'autres personnes, mais celles-ci doivent, dans le domaine de la défense indispensable, agir conjointement avec un avocat ou avec un professeur admis en vertu du paragraphe 1 de cet article.

Outre les dispositions spécifiques susmentionnées, la loi sur l'assistance en justice, le « Rechtsberatungsgesetz » (ci-après « RBerG »), interdit, sauf autorisation délivrée pour des domaines strictement limités,

la prise en charge à titre professionnel de tout dossier juridique, sauf si cet exercice est le fait soit d'avocats, de notaires, d'agents en brevet, etc., soit d'experts-comptables, de gérants de fortunes, etc., agissant dans les limites de leurs tâches (article 1, paragraphes 1, 3, 5, 6 et 7, du RBerG). En vertu de l'article 1, paragraphe 3, sous 2, du RBerG, les dispositions restrictives de cette loi à l'égard de l'assistance judiciaire ne s'appliquent pas aux avocats allemands.

L'exercice de la profession d'avocat est régi par la loi relative à la profession d'avocat, la « Bundesrechtsanwaltordnung » (ci-après « BRAO »). En vertu de l'article 18, paragraphe 1, de la BRAO, tout avocat doit, pour pouvoir pratiquer, être obligatoirement agréé auprès d'une juridiction déterminée de droit commun. L'agrément peut être accordé, sur demande de l'intéressé, pour un Amtsgericht ou un Landgericht, un Oberlandesgericht (sous condition, en règle générale, d'avoir exercé la profession pendant cinq ans au moins; article 20, paragraphe 1, sous 4, de la BRAO) ou le Bundesgerichtshof (sous condition d'être sélectionné par un comité de hauts magistrats et avocats; articles 164 et suiv. de la BRAO). A l'exception de l'agrément simultané auprès d'un Amtsgericht et du Landgericht dont cette juridiction relève (article 23 de la BRAO), l'agrément n'est en principe accordé que pour une seule juridiction (articles 24, 25 et 171 de la BRAO).

En ce qui concerne le mandat de représentation, l'article 52, paragraphes 1 et 2, de la BRAO dispose que:

« 1) Dans les cas de représentation obligatoire par un avocat, l'avocat mandaté ad litem ne peut confier le soin d'assurer cette représentation qu'à un avocat pouvant lui-même être mandaté ad litem.

2) L'avocat mandaté ad litem auprès du tribunal chargé de l'instance peut, pendant la procédure orale, laisser à un avocat qui ne peut pas lui-même être mandaté ad litem le soin d'expliquer, avec son assistance, les droits de ses clients. »

Les activités des avocats prestataires de services sont régies par les dispositions de la loi du 16 août 1980, portant mise en œuvre de la directive (ci-après « loi de mise en œuvre »). En ce qui concerne les personnes auxquelles la loi de mise en œuvre s'applique, son article 1er, paragraphe 1, reprend littéralement l'énumération des personnes de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive.

L'article 4 de la loi de mise en œuvre est libellé comme suit:

« Article 4 — Représentation et défense en justice

1) Les personnes énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, ne peuvent intervenir en qualité de représentant ou défenseur d'un client dans des procédures judiciaires ainsi que dans les procédures administratives concernant des infractions pénales, contraventions, fautes de service ou manquement aux obligations professionnelles que si elles agissent de concert avec un avocat qui est lui-même mandataire 'ad litem' ou défenseur. En outre, elles ne peuvent intervenir pendant la procédure orale ou lors d'une audience que si elles sont accompagnées d'un avocat; en qualité de défenseur, elles ne peuvent rendre visite à un détenu que si elles sont accompagnées d'un avocat et elles ne peuvent correspondre avec un détenu que par l'intermédiaire d'un avocat.

2) La concertation exigée au paragraphe 1 doit être prouvée chaque fois qu'un acte est accompli. Les actes des personnes énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, accomplis en infraction au paragraphe 1 ou pour lesquels la preuve de la concertation n'est pas établie au moment de leur accomplissement sont nuls et de nul effet. Pendant la procédure orale ou bien lors de l'audience, on considère qu'il y a effectivement concertation si l'acte n'est pas immédiatement révoqué ou modifié par l'avocat.

3) Dans les cas où il est nécessaire que la représentation soit assurée par des avocats agréés auprès de la juridiction saisie, il convient d'appliquer par analogie l'article 52, paragraphe 2, du Bundesrechtsanwaltsordnung. »

2. *Antécédents du litige*

Par lettre du 26 mai 1983, la Commission a mis le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne en demeure de présenter, dans le délai de trente jours, ses observations au sujet de certaines dispositions de la loi de mise en œuvre, et en particulier de son article 4. La Commission a estimé que cet article n'est pas compatible avec l'article 5, deuxième tiret, de la directive. Elle a observé que ses griefs concernaient en premier lieu le domaine de l'obligation d'agir de concert, dans la mesure où la loi de mise en œuvre oblige l'avocat d'un autre État membre, dans le cadre de la prestation de services, à agir de concert avec un avocat allemand dans les procédures pour lesquelles le droit allemand n'impose pas l'assistance obligatoire d'un avocat. Ses griefs concernaient en second lieu les modalités de l'obligation d'agir de concert, telles que prévues par l'article 4, paragraphes 1 et 2, de la loi de mise en œuvre. En troisième lieu, la Commission a critiqué l'application par analogie de l'article 52, paragraphe 2, de la BRAO, prévue par l'article 4, paragraphe 3, de la loi de mise en œuvre.

Par lettre du ministère fédéral de la Justice du 27 octobre 1983, le gouvernement fédéral d'Allemagne a répondu à la lettre de mise en demeure en rejetant les critiques de la Commission. En substance, le gouvernement fédéral a fait valoir que les dispositions de la loi de mise en œuvre en cause sont nécessaires pour garantir le bon fonctionnement de la justice.

Non satisfaite de cette réponse du gouvernement fédéral, la Commission lui a adressé, en date du 10 avril 1985, l'avis motivé prévu par l'article 169 du traité, en invitant la République fédérale d'Allemagne à prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer dans un délai de deux mois.

Par note verbale du 5 novembre 1985, le gouvernement fédéral a présenté ses observations à l'avis motivé. Il a notamment déclaré être disposé, sans préjudice de son interprétation de la directive, à s'employer à ce que la concertation prévue à l'article 5 de la directive soit uniquement imposée dans les procédures pour lesquelles la représentation ou la défense par un avocat est prescrite par la loi. En outre, il a déclaré être disposé à réexaminer sa législation sur certains points relatifs aux modalités de cette concertation. Toutefois, il a observé que la législation en cause ne saurait être modifiée dans le délai de deux mois fixé dans l'avis motivé de la Commission.

Estimant que le gouvernement fédéral n'avait satisfait ni dans la mesure nécessaire ni de la manière voulue à l'avis motivé, la Commission a introduit le présent recours.

3. *Procédure*

La requête de la Commission a été enrégistrée au greffe de la Cour le 22 décembre 1985.

La procédure écrite a suivi son cours normal. Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans procéder à des mesures d'instructions préalables.

II — Conclusions des parties

La Commission, *partie requérante*, conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

1) constater que la République fédérale d'Allemagne manque aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CEE ainsi que de la directive du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats (77/249/CEE) par le fait que l'article 4 de la loi nationale du 16 août 1980 visant à mettre en œuvre cette directive dispose:

   a) que l'avocat d'un autre État membre qui, dans le cadre de la prestation de services, exerce en République fédérale les activités relatives à la représentation et à la défense d'un client en justice ne peut agir que de concert avec un avocat allemand, même dans les cas dans lesquels le droit allemand n'impose pas l'assistance obligatoire d'un avocat;

   b) que l'avocat allemand avec lequel il doit y avoir concertation doit être lui-même mandataire « ad litem » ou défenseur dans le cadre de la procédure;

   c) qu'en outre l'avocat prestataire:

      — ne peut intervenir pendant la procédure orale ou à l'audience que s'il est accompagné de cet avocat allemand et

      — ne peut, en qualité de défenseur, rendre visite à un détenu que s'il est accompagné de cet avocat allemand et ne peut correspondre avec un détenu que par l'intermédiaire de celui-ci;

   d) que la concertation exigée doit être prouvée chaque fois qu'un acte est accompli; que les actes de l'avocat prestataire effectués en infraction aux dispositions précitées ou bien pour lesquels la preuve de la concertation n'est pas établie au moment de leur accomplissement sont nuls et de nul effet; que pendant la procédure orale ou lors de l'audience on considère qu'il y a effectivement concertation si l'acte n'est pas révoqué ou modifié immédiatement par l'avocat allemand;

   e) que dans les cas où il doit y avoir représentation par des avocats agréés auprès de la juridiction saisie, l'article 52, paragraphe 2, de la BRAO doit être d'application;

2) condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens.

La République fédérale d'Allemagne, *partie défenderesse*, conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

1) rejeter le recours,

2) condamner la demanderesse aux dépens.

III — Moyens et arguments des parties

A — *Sur le domaine de la concertation*

1. *L'activité devant les tribunaux*

La *Commission* estime que les dispositions de l'article 4 de la loi de mise en œuvre sont incompatibles avec le droit communautaire en ce qu'elles imposent la concertation avec un avocat allemand dans les procédures judiciaires pour lesquelles le droit interne ne prévoit pas l'assistance obligatoire d'un avocat.

A cet égard, la Commission fait valoir en premier lieu qu'il résulte du libellé même de la directive que la République fédérale a outrepassé les limites de sa compétence normative. Aux termes de l'article 5, deuxième tiret, de la directive, chaque État membre peut exiger de l'avocat prestataire de services « d'agir de concert avec un avocat *exerçant* auprès de la juridiction saisie ». Il s'ensuivrait que l'obligation d'agir de concert pourrait uniquement être imposée quand le justiciable ne peut pas lui-même assurer sa représentation ou sa défense.

Selon le *gouvernement allemand*, il résulterait au contraire du libellé de l'article 5 de la directive que cette disposition recouvre toutes les activités relatives à la représentation et à la défense d'un client par un avocat. Il ne serait nullement fait état d'une restriction selon laquelle le champ d'application de cet article se limite aux seules procédures nécessitant l'assistance obligatoire d'un avocat. En outre, le fait qu'un avocat soit agréé auprès d'un tribunal ne signifierait en aucune manière que l'assistance d'un avocat soit obligatoire auprès du tribunal concerné. A cet égard, le gouvernement explique que, dans l'ordre juridique allemand, les notions d'« agrément de l'avocat » et d'« assistance obligatoire d'un avocat » ne s'appliquent pas au même contexte. En application de l'article 18, paragraphe 1, de la BRAO, tout avocat devrait être agréé auprès d'une juridiction de droit commun. Indépendamment de cette question de réglementation professionnelle, les codes de procédure régiraient la question de savoir si l'assistance d'un avocat est obligatoire.

En second lieu, la *Commission* fait valoir que l'interdiction à l'avocat prestataire de services d'assurer seul la représentation ou la défense d'un client, dans les cas où le droit procédural allemand ne prévoit pas l'assistance obligatoire d'un avocat, est incompatible avec l'article 59 du traité et avec le principe de l'égalité de traitement avec les nationaux, énoncé à l'article 60, alinéa 3, du traité. A cet égard, elle observe notamment que l'on ne saurait invoquer l'article 60, alinéa 3, du traité pour soumettre les activités des avocats prestataires de services à l'application de l'article 1er, paragraphes 1 et 8, du RBerG, qui interdit aux non-spécialistes de représenter ou de défendre un client à titre professionnel. Selon la Commission, la finalité des dispositions du traité exclut toute comparaison des avocats des autres États membres avec les non-spécialistes nationaux: il ne pourrait s'agir que d'une comparaison avec les avocats nationaux. En outre, l'article 4, paragraphe 1, de la directive dispose que les activités qui y sont énumérées « sont exercées ... dans les conditions prévues pour les *avocats* établis dans cet État... ». De même, l'article 2 de la directive prévoit que chaque État membre « reconnaît comme avocat », pour l'exercice des activités en cause, toute personne visée à l'article 1er de la directive. Enfin, la Commission remarque que la loi allemande sur l'assistance en justice ne s'appliquerait pas aux activités professionnelles exercées à partir d'un établissement

situé hors du territoire de la République fédérale.

Le *gouvernement allemand* observe que les dispositions du droit de procédure allemand autorisant — comme l'article 79, de la ZPO — la représentation par des personnes jouissant de la capacité d'ester en justice auraient principalement pour but de donner la possibilité aux parties de défendre leur cause elles-mêmes. La question de la compétence matérielle des tiers de représenter ou de défendre des parties dans les procédures pour lesquelles l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire serait au contraire régie par les codes de déontologie pertinents en la matière et par la loi sur l'assistance en justice (RBerG). Le gouvernement allemand explique à cet égard que l'article 1er, paragraphes 1 et 8, du RBerG comporte une interdiction générale de s'occuper, à titre professionnel, de l'assistance de la défense en justice, sauf pour les avocats, notaires, agents en brevet ou conseillers fiscaux agréés conformément à leurs règles professionnelles respectives, et dans le cadre des compétences qui leurs sont reconnues. Conformément à cette interdiction générale, l'article 157, paragraphe 1, de la ZPO, exclurait, dans les procès civiles, tout mandataire à titre professionnel de la procédure orale sauf s'il est avocat. De même, dans les procédures pénales, les tribunaux seraient obligés de refuser l'autorisation requise par l'article 138, paragraphe 2, de la StPO, au cas où le mandataire n'est ni avocat ni professeur de droit dans une école d'enseignement supérieure allemande. Le cercle, très large à première vue, des mandataires admis dans les procédures pour lesquelles l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire serait par conséquent limité à ceux des mandataires qui interviennent, non à titre professionnel, mais seulement à l'occasion d'une affaire unique et sans avoir l'intention de le faire de façon répétée. Il serait dès lors inexacte de considérer que les avocats des autres États membres, agissant par définition à titre professionnel, soient placés dans une position moins favorable que les ressortissants nationaux ou étrangers non qualifiés.

La *Commission* soutient enfin que l'intérêt public, et notamment le bon fonctionnement de la justice, n'exige pas la concertation avec un avocat allemand dans les procédures judiciaires pour lesquelles l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire. D'abord, un client ferait uniquement appel aux services d'un avocat étranger si des raisons particulières l'y incitent. Étant donné que l'avocat étranger doit indiquer, en vertu de l'article 2, paragraphe 1, première phrase, de la loi de mise en œuvre, par son titre professionnel formulé dans la langue de son pays d'origine qu'il n'est pas un avocat allemand, le client serait parfaitement en mesure, même en tant que non-spécialiste, d'apprécier la qualification de cet avocat. Ensuite, l'intervention d'un prestataire de services ayant la formation d'avocat serait, par rapport à une représentation par le client lui-même, plutôt favorable au bon déroulement de la procédure. En règle générale, un avocat étranger se chargerait uniquement de représenter ou de défendre un client devant une juridiction allemande s'il maîtrise la langue allemande et s'il s'est suffisamment familiarisé avec l'ordre juridique allemand. Si non, il ne respecterait pas les règles professionnelles — analogues, à cet égard, dans tous les États membres — qu'il est tenu de respecter en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la directive. Enfin, il serait exclu que le bon fonctionnement de la justice allemande soit perturbé par des prestations de services qui, de par leur nature, ne peuvent être qu'occasionnelles ou provisoires.

Selon le *gouvernement allemand*, il conviendrait, même lorsque la représentation par un avocat n'est pas obligatoire, que les rapports entre les parties et le tribunal passent par un

mandataire, dont la formation professionnelle et l'expérience l'ont particulièrement familiarisé avec le droit allemand, et notamment avec les règles de procédure et les usages judiciaires. Ce serait pour cette raison que la législation nationale a limité autant que possible l'intervention de personnes non qualifiées, et que celles-ci ne pourraient intervenir que dans des cas exceptionnels et encore à condition que des raisons judiciaires justifient leur intervention et qu'elles n'envisagent pas d'en faire une activité régulière. En outre, dans les procédures devant les juridictions administratives, financières, prud'homales et sociales, où il n'existe pas d'assistance obligatoire d'un avocat dans les instances inférieures, les tribunaux ne devraient pas remplir leurs obligations en matière d'explicitation de l'affaire à l'égard d'un avocat de la même manière qu'à l'égard d'une partie qui n'est pas représentée ou qui ne l'est pas du moins par un avocat. Il serait par conséquent dans l'intérêt du mandant que, même dans ces procédures-ci, le prestataire de services n'agisse qu'avec le concours d'un avocat allemand.

2. *L'activité devant les autorités administratives*

La *Commission* observe que l'article 5 de la directive est uniquement applicable aux procédures devant les autorités administratives lorsque ces autorités agissent dans le domaine juridictionnel. Tel semblerait être le cas pour les « procédures administratives relatives à des infractions pénales, contraventions, fautes de service ou manque aux obligations professionnelles » auxquelles il est fait référence dans l'article 4, paragraphe 1, de la loi de mise en œuvre. Toutefois, même pour ces procédures-ci, l'obligation de concertation avec un avocat allemand serait uniquement justifiée si le droit national réservait aux seuls avocats la représentation ou la défense devant ces autorités. Or, tel ne serait pas le cas.

Le *gouvernement allemand* explique que l'argumentation qu'il a développée à l'égard des activités devant les tribunaux s'applique par analogie aux activités devant les autorités administratives dans le domaine juridictionnel.

3. *Les contacts avec les détenus*

Enfin, la *Commisson* estime que l'article 4, paragraphe 1, de la loi de mise en œuvre est contraire au droit communautaire en ce qu'elle prévoit que l'avocat prestataire de services, en qualité de défenseur, peut seulement visiter un détenu s'il est accompagné d'un avocat allemand et qu'il peut uniquement correspondre avec le détenu par l'intermédiaire dudit avocat. Les dispositions de droit interne ne comporteraient en revanche aucune restriction de cette nature à l'égard d'autres personnes de confiance qui ne sont pas des avocats allemands et que les détenus peuvent licitement charger de leur défense.

Le *gouvernement allemand* observe notamment que, même pour les contacts avec les détenus, il est nécessaire de connaître les dispositions de droit interne et l'interprétation qu'en ont fait les tribunaux.

B — *Sur les modalités de la concertation*

La *Commission* estime que la loi de mise en œuvre dépasse les limites fixées par le traité et la directive, par la manière dont elle définit les modalités de la « concertation » au sens de l'article 5, deuxième tiret, de la directive.

A cet égard, ses griefs sont les suivants:

a) Concertation avec un avocat qui, dans la procédure, est lui-même mandataire « ad litem » ou défenseur

En vertu de l'article 4, paragraphe 1, première phrase, de la loi de mise en œuvre, l'avocat prestataire de services peut seulement intervenir en qualité de représentant ou de défenseur d'un client s'il agit de concert avec un avocat « qui est lui-même mandataire ou défenseur dans la procédure en cause ». De l'avis de la Commission, cette exigence ne trouverait aucune base dans l'article 5 de la directive, où il est seulement question d'agir « de concert ... avec un avocat exerçant auprès de la juridiction saisie ». Elle remarque notamment que la notion « agir de concert » doit être interprétée de façon autonome et dans un sens conforme au traité. Or, l'obligation de constituer, en toutes circonstances, deux mandataires serait une entrave à la libre prestation de services qui va au-delà de la nécessité d'agir « de concert ». Dans la mesure où un client a intérêt à ce que la concertation des avocats soit organisée de telle façon que tous deux soient mandataires, il appartiendrait aux personnes concernées (client, avocat prestataire et avocat allemand) d'en convenir. En outre, la Commission observe que la disposition de l'article 5 de la directive, selon laquelle l'avocat national « serait responsable, s'il y a lieu », à l'égard de la juridiction saisie, ne saurait fonder l'obligation que l'avocat allemand soit mandataire lui-même. D'après elle, cette responsabilité pourrait être assurée par une mesure moins restrictive.

b) Nécessité d'être accompagné par l'avocat allemand pendant la procédure orale ou l'audience

En vertu de l'article 4, paragraphe 1, deuxième phrase, de la loi de mise en œuvre, « l'avocat prestataire de services ne peut intervenir pendant la procédure orale ou lors d'une audience que s'il est accompagné de l'avocat allemand ». La Commission estime que cette exigence d'une présence physique constante de l'avocat allemand pendant les procédures judiciaires dépasse la notion « agir de concert ».

c) Preuve de la concertation

La Commission explique que, lorsque l'article 5 de la directive s'applique, l'avocat prestataire de services doit indiquer et prouver à la juridiction compétente qu'il agit de concert avec un avocat allemand avant de commencer son activité. D'après l'article 4, paragraphe 2, de la loi de mise en œuvre, la concertation doit être prouvée pour chaque acte au moment de son accomplissement; à défaut de cette preuve, l'acte serait nul et de nul effet. Cette exigence serait illicite: elle réduirait le rôle de l'avocat prestataire de services à celui d'un assistant de l'avocat allemand. De l'avis de la Commission, l'avocat prestataire de services devrait avoir le droit d'accomplir des actes valides, de déposer, même seul, des mémoires et d'intervenir seul pendant la procédure orale dès lors qu'il a notifié et, s'il y a lieu, prouvé qu'il agit de concert avec un avocat allemand et tant que cette concertation n'a pas été révoquée. Au cas où l'avocat prestataire de services ne possèderait pas les connaissances ou l'expérience nécessaires, il renoncerait à agir seul, notamment en vue des règles professionnelles auxquelles il est soumis. Cette question ne devrait pas être réglée par la loi de mise en œuvre, mais par la concertation entre le prestataire de services et l'avocat allemand. En outre, l'article 139 de la ZPO constituerait dans de nombreux cas une garantie suffisante pour que les demandes ainsi que les moyens et arguments de la partie représentée par un avocat prestataire de services soient suffisamment expliqués.

d) Relations avec les détenus

En vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la loi de mise en œuvre, l'avocat prestataire de services devrait toujours faire appel à un avocat allemand pour rendre visite à un détenu ou pour correspondre avec celui-ci. Selon la Commission, cette exigence dépasserait également le cadre de la concertation.

Le *gouvernement allemand* observe que, en vertu de l'article 5, deuxième tiret, de la directive, l'avocat allemand porte l'entière responsabilité à l'égard des juridictions. Or, les modalités de concertation prévues par l'article 4, paragraphes 1 et 2, de la loi de mise en œuvre seraient précisément nécessaires pour permettre à l'avocat allemand d'assumer cette responsabilité. A cet égard, le gouvernement allemand remarque notamment que, pour rendre une bonne justice, les juridictions dépendent largement de mandataires « ad litem » ou de défenseurs qui agissent à titre professionnel et qui connaissent à fond l'ordre juridique national; la dynamique des procédures judiciaires exigerait souvent des réactions immédiates de la part du mandataire pour assurer les interventions qui s'imposent pour la poursuite de la procédure dans l'intérêt du mandant. Or, dans la Communauté, la formation des avocats serait axée sur l'ordre juridique interne et non pas sur celui des autres États membres. Dans le cadre de la prestation de services, la collaboration permanente avec un avocat, formé et établi dans le pays d'accueil, serait par conséquent indispensable. Toutefois, cela ne signifierait pas que la position de l'avocat prestataire de services est réduite à celle d'un simple assistant, car la loi de mise en œuvre n'interdit pas à cet avocat d'agir en qualité de second mandataire « ad litem » ou de second défenseur, aux côtés de l'avocat allemand.

En outre, le gouvernement fédéral explique que l'obligation du juge d'instruire l'affaire et de questionner les parties, prévue à l'article 139 de la ZPO, ne peut servir à compenser le défaut de connaissances juridiques de l'avocat prestataire de services. Cette obligation serait en effet limitée par l'impartialité du juge et par le principe que les parties sont « dominus litis ». En effet, l'obligation du juge de questionner les parties ne pourrait transformer des requêtes irrecevables en requêtes recevables, ou permettre au requérant de modifier sa demande, ou encore indiquer à la partie défenderesse une possibilité de défense qu'elle aurait négligée.

C — *Sur l'application par analogie de l'article 52, paragraphe 2, de la BRAO*

La *Commission* observe que l'article 4, paragraphe 3, de la loi de mise en œuvre a pour conséquence que, dans la grande majorité des procès civils, l'avocat prestataire de services n'a qu'un seul droit, celui de présenter, avec l'assistance d'un avocat allemand agréé auprès du tribunal saisi, des observations pendant la procédure orale. Cette conséquence résulterait du fait que ledit article prévoit l'application par analogie de l'article 52, paragraphe 2, de la BRAO « dans les cas où il doit y avoir représentation par des avocats agréés auprès de la juridiction saisie ». Or, l'article 78, paragraphe 1, de la ZPO exige une telle représentation dans les procès civils se déroulant devant tous les Landgerichte et devant les instances supérieures (à savoir: les Oberlandesgerichte, le Bayerische Oberste Landesgericht et le Bundesgerichtshof). Il en serait de même en ce qui concerne la représentation devant les Familiengerichte, en matière familiale. Dans la mesure où l'assistance d'un avocat est obligatoire dans les procédures devant ces tribunaux (c.-à-d. pour la plupart des affaires familiales pour

les litiges civils dépassant une valeur de 5 000 DM, et pour les appels concernant des sommes inférieures), cet avocat doit par conséquent être agréé auprès du tribunal saisi. De l'avis de la Commission, il est incompatible avec le droit communautaire de soumettre, pour ces procédures, la prestation de services à un régime de concertation plus restrictif que celui prévu pour les procédures dans lesquelles n'importe quel avocat allemand peut représenter ou défendre un client.

A cet égard, elle allègue en premier lieu que l'article 5, deuxième tiret, de la directive permet uniquement d'exiger que l'avocat prestataire de services agisse de concert avec un avocat agréé auprès de la juridiction saisie, et non pas de limiter la prestation de services à des explications pendant la procédure orale, avec l'assistance de l'avocat agréé.

En second lieu, la Commission observe qu'elle admet que la non-application de l'article 52, paragraphe 2, de la BRAO à l'égard des avocats prestataires de services pourrait donner l'impression que ceux-ci sont privilégiés par rapport à leurs confrères allemands. Toutefois, tel ne serait pas le cas. Tout d'abord, la situation de l'avocat prestataire de services ne serait pas la même que celle de l'avocat allemand. Tandis que ce dernier a le centre de son activité professionnelle au lieu de son établissement et que son admission auprès des tribunaux dans le ressort où se situe cet établissement correspond dans la plupart des cas aux besoins de sa pratique professionnelle et de ses clients, la situation d'un avocat effectuant une prestation dans un autre État membre serait caractérisée par le fait qu'il n'y possède pas d'établissement et qu'il n'est admis auprès d'aucun des tribunaux de l'État membre d'accueil. En outre, la prestation de services se distinguerait, par sa nature même, de l'activité d'un avocat exerçant, dans son propre pays, à partir de son cabinet. Il serait dès lors conforme à l'assimilation exigée par l'article 60, alinéa 3, du traité et l'article 4 de la directive de soumettre l'avocat qui désire intervenir dans le cadre de la prestation de services devant un tribunal allemand déterminé aux mêmes conditions qui s'appliquent à un avocat allemand agréé auprès de ce tribunal, tout en respectant la limitation prévue à l'article 5, deuxième tiret, de la directive.

La Commission soutient enfin que « l'intérêt de la bonne administration de la justice » ne saurait être invoqué en l'espèce. Tout d'abord, ni la pratique observée jusqu'à présent ni les prévisions raisonnables faites pour l'avenir ne permettraient de penser qu'un avocat prestataire de services soit enclin à conduire un grand nombre de procès devant différentes juridictions d'un ou plusieurs États membres. Le lien entre le tribunal et l'avocat, nécessaire au bon déroulement de la procédure, serait suffisamment garanti par le fait que, conformément aux dispositions de l'article 4, première phrase, de la loi de mise en œuvre, l'avocat prestataire de services doit faire élection de domicile chez un avocat allemand dès qu'il intervient dans une procédure devant un tribunal. Dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, cette disposition pourrait être complétée de façon que l'élection de domicile se fasse obligatoirement chez un avocat allemand exerçant auprès de la juridiction en cause.

Le *gouvernement allemand* explique que le principe de la localisation des avocats a été introduit dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. Cette localisation favoriserait la communication entre les avocats et les tribunaux et elle faciliterait le déroulement des procès, notamment en évitant les retards de procédure qui peuvent résulter des fréquentes demandes d'ajournement déposées par un avocat plaidant auprès d'un

grand nombre de juridictions. En vertu de ce principe, et dès lors que l'article 78, paragraphe 1, de la ZPO s'applique, un avocat allemand ne pourrait être mandataire « ad litem » dans un litige civil s'il n'est pas agréé auprès du tribunal où le litige est pendant. S'il veut néanmoins prendre part à la procédure, il devrait se reporter à la répartition des compétences prévues à l'article 52, paragraphe 2, de la BRAO. Par conséquent, la disposition de l'article 4, paragraphe 3, de la loi de mise en œuvre ne constituerait pas une violation du droit communautaire étant donné que l'avocat prestataire de services est soumis, par cette disposition, au même traitement que n'importe quel avocat allemand. Si l'avocat prestataire de services était placé dans la même position que l'avocat agréé auprès du tribunal saisi, les avocats allemands seraient considérablement désavantagés par rapport à leurs collègues d'autres États membres. A cet égard, l'exemple du Bundesgerichthof serait particulièrement illustratif: tous les avocats des autres États membres auraient le droit d'intervenir devant cette haute juridiction, à côté des vingt-deux avocats allemands spécialisés qui sont agréés auprès de cette juridiction.

T. Koopmans
Juge rapporteur