



## **ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE DU 17 SEPTEMBRE 2004**

### **LA DEREGLEMENTATION DES SERVICES JURIDIQUES**

**Rapport pour le Conseil National des Barreaux présenté  
par Monsieur Jacques-Philippe Gunther,  
Membre du Bureau**

#### **Introduction**

Partant du postulat que les services peuvent apporter une contribution efficace à l'économie européenne en particulier en matière de croissance et d'emploi, le Conseil européen des Chefs d'État et de Gouvernement de l'Union Européenne ont, en mars 2000 à Lisbonne, décidé d'examiner très attentivement la justification des restrictions de concurrence concernant en particulier les professions libérales.

Ayant pour objectif de contribuer à ce que d'ici 2010 l'économie européenne soit la plus compétitive et la plus dynamique la « *stratégie sur le marché intérieur des services* », composante essentielle du programme de Lisbonne, vise ainsi à créer un marché intérieur pleinement opérationnel pour tous les prestataires de service.

C'est dans ce contexte qu'un rapport de la Commission datant de juillet 2002 a fait pour la première fois un inventaire exhaustif des prétendus obstacles qui continueraient à entraver la prestation transfrontalière de services dans le marché intérieur.

C'est également dans ce contexte que nous mentionnerons la proposition de directive de la Commission relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles datant du mois de mars 2002 : ce texte couvre l'ensemble des professions réglementées bien que, selon la Commission, des règles particulières régissant la reconnaissance de l'autorisation d'exercer pour les avocats doivent être maintenues. Qu'ainsi, selon la Commission, il convient d'aboutir à ce que le droit que possède tout prestataire légalement établi dans un État membre de fournir des services temporaires et occasionnels dans un autre État membre, sans avoir à remplir d'autres conditions ni formalités, soit pleinement reconnu.

Partant d'une vision relativement monolithique, la Commission estime ainsi que *« cela permettra aux membres des professions libérales d'accéder plus facilement à de nouveaux marchés ce qui assurera un plus grand choix aux consommateurs... La protection des consommateurs est garantie par la fourniture d'informations »*.<sup>1</sup>

Nous l'aurons bien compris ici : les professions libérales tiennent une place particulièrement importante dans la réflexion que mène la Commission.

## **I. L'appréciation des effets de la réglementation des professions libérales**

La Commission a donc décidé d'engager une vaste réflexion sur les professions libérales en particulier les avocats, notaires, ingénieurs, architectes, médecins et comptables aux fins de définir tout d'abord le contenu de la réglementation de chacune de ces professions, puis d'examiner les justifications d'une éventuelle sur-réglementation synonyme de limitation de la concurrence.

### **A- Exposé des constats effectués par la Commission**

La Commission relève qu'avant l'achèvement du marché intérieur au niveau des pays européens, les professions susvisées étaient auto-réglementées par des organisations professionnelles organisées au niveau national voire local. Constatant qu'aujourd'hui la plupart des restrictions liées à la nationalité ont été éliminées, la Commission relève que la proportion de réglementation par l'État et d'auto réglementation n'est pas la même dans les différents pays ; la Commission cite en exemple une légère tendance à la libéralisation limitée à certaines professions et à certains pays tels que l'Espagne qui a entamé une réforme législative ainsi que le réexamen de la réglementation en cours au Danemark et au Royaume-Uni.

---

<sup>1</sup> Cf. document de travail des services de la Commission « La réglementation des professions libérales et ses effets, 27 mars 2003 »

La Commission prend également pour appui une table ronde organisée en 1989 par l'OCDE sur le thème de la concurrence dans le domaine des services professionnels et la réaction de certains pays considérant que la réglementation professionnelle risquait d'avoir pour effet direct ou indirect de restreindre la concurrence sur le marché des services professionnels, de faire augmenter les prix et de limiter la gamme des services professionnels et l'innovation dans ce secteur.<sup>2</sup>

L'appréciation des principes formulés par l'OCDE est tout à fait capitale pour comprendre la direction dans laquelle la Commission entend imposer ses vues.

Ces principes peuvent être résumés comme suit :

- restrictions minimums à la liberté d'entrer en concurrence au sein d'une même profession
- les conditions d'accès à une profession doivent concerner de façon claire les tâches fondamentales de cette profession et être fixées par les pouvoirs publics ; en outre, selon la vision développée par la Commission « *si les petits clients ou les clients occasionnels peuvent parfois avoir besoin d'une protection spéciale, il est peu probable que ce soit le cas pour les opérations d'entreprise à entreprise* »

Il n'aura échappé à personne que dans le collimateur du régulateur communautaire figurent en place de choix les associations professionnelles qui, à l'instar des constats effectués dans le cadre de l'OCDE, ne devraient pas se voir accorder le droit exclusif de décider des conditions d'accès à la profession, de la reconnaissance mutuelle ou des limites de leurs droits exclusifs.

Selon l'OCDE, ces décisions devraient tout au moins être soumises à l'examen d'une autorité indépendante, peut-être d'une autorité de réglementation indépendante notamment lorsque l'accès à la profession se fait par le biais d'un examen, l'organisation professionnelle ne devant pas avoir le contrôle exclusif de la difficulté de l'examen et de la détermination des critères de réussite...

---

<sup>2</sup> OCDE Journal of competition law and policy n°4, février 2002 « Competition in professional services p.56 à 57

B- Exposé du contexte juridique et socio-économique des professions libérales en Europe

**1) Rappel de quelques principes juridiques**

**1.1** Il est tenu pour acquis, en vertu d'une jurisprudence constante en droit communautaire et français de la concurrence, que les prestataires de services professionnels (notamment les avocats) sont des entreprises au sens des règles de la concurrence (articles 81 du Traité et L 420-1 du code de commerce).

**1.2** Il est également entendu que quel que soit le caractère intellectuel ou le degré de responsabilités liés à un service professionnel, il n'existe aucune dérogation au principe selon lequel le concept « d'entreprise » s'applique à toute entité pratiquant une activité économique et que le fait de proposer des services sur un marché constitue une activité économique.

**1.3** Il apparaît encore que selon le cadre législatif dans lequel intervient une organisation professionnelle, si une pratique anticoncurrentielle est découverte, soit l'État membre (au nom de la combinaison des articles 3, 10 et 81 du Traité UE) soit l'organisation professionnelle en cause (en vertu de l'article 81 du Traité UE) soit dans certains cas les deux, peuvent être jugés responsables de cette pratique.

**1.4** Pour s'en tenir à la jurisprudence de principe la plus récente de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) en matière de concurrence appliquée aux avocats, à savoir les arrêts Arduino<sup>3</sup> et Wouters<sup>4</sup>, les principes suivants doivent être rappelés.

1.4.1 Ce sont les Etats membres de l'Union Européenne qui sont les principaux responsables de la définition du cadre dans lequel les professions juridiques opèrent en l'absence d'une harmonisation au niveau européen<sup>5</sup>.

1.4.2 Il peut y avoir violation des articles 3 et 81 du Traité lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 ou renforce l'effet de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention économique<sup>6</sup>

1.4.3 Le fait qu'un État membre prescrive à une organisation professionnelle l'élaboration d'une norme ne prive pas automatiquement ladite norme de son caractère de réglementation étatique: il en va ainsi lorsque, de par la loi,

---

<sup>3</sup> Affaire C-35/99 recueil 2002 p.15 et 29

<sup>4</sup> Affaire C-309/99 recueil 2002 p.1577

<sup>5</sup> Cf. arrêt Klopp – 12 juillet 1984- aff 107/83 – Rec P.2971 § 17

<sup>6</sup> Arrêt Arduino § 35

l'organisation professionnelle en question doit fonder ses décisions sur l'intérêt général et les intérêts des consommateurs<sup>7</sup>.

1.4.4 La délégation à une organisation professionnelle en vue d'élaborer un projet de norme, sans que l'État ne renonce à son pouvoir de décision en dernier ressort ou au contrôle de la mise en œuvre de la norme, ne saurait être assimilée à une renonciation du pouvoir de décision de l'État.

1.4.5 Compte tenu du pouvoir appartenant à l'État pour faire amender la norme professionnelle avant son entrée en vigueur, il ne saurait être reproché à l'État d'imposer ou de favoriser la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 du Traité ou d'en renforcer les effets.

1.4.6 Une norme adoptée par une organisation professionnelle (et non par l'État) peut parfaitement comporter une restriction de concurrence (comme dans l'espèce Wouters relative à une interdiction de collaboration intégrée entre les cabinets d'avocats et d'experts-comptables) sans toutefois tomber nécessairement sous le coup de l'interdiction des ententes prévues par l'article 81 § 1 du Traité.

1.4.7 L'examen d'une restriction de concurrence résultant d'une norme adoptée par une organisation professionnelle passe nécessairement par l'analyse du contexte global dans lequel la décision de ladite organisation a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs.

1.4.8 Parmi ces objectifs figurent : (i) la nécessité de concevoir des règles d'organisation, (ii) de qualification, (iii) de déontologie, (iv) de contrôle, (v) et de responsabilité qui procurent le nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs des services juridiques et à la bonne administration de la justice<sup>8</sup>

1.4.9 Les règles applicables à la profession d'avocat dans un pays peuvent différer substantiellement d'un État à l'autre<sup>9</sup>

1.4.10 Le respect d'obligations déontologiques telles que l'indépendance de l'avocat, l'intérêt du client, et le souci d'éviter tout risque de conflit d'intérêt ainsi que le devoir de respecter un strict secret professionnel, peut fonder une organisation professionnelle à adopter une norme fut-elle restrictive de concurrence.

1.4.11 L'appréciation de la justification de la restriction de concurrence repose sur l'organisation professionnelle elle-même en particulier en vue d'apprécier raisonnablement si une restriction de concurrence est nécessaire pour garantir le bon exercice de la profession d'avocat.

---

<sup>7</sup> Arrêt Arduino §37

<sup>8</sup> Arrêt du 12 décembre 1996 – Reisebüro Broede –Affaire C3 / 84 – Rec. P. I-6511.38 ; cf. également § 97 de l'arrêt Wouters

<sup>9</sup> § 99 de l'arrêt Wouters

1.4.12 En outre, une organisation professionnelle est en droit de considérer que les objectifs de la norme qu'elle édicte ne peuvent pas compte tenu des normes juridiques en vigueur au sein de la dite organisation, être atteints par des moyens moins restrictifs<sup>10</sup>

1.4.13 Il appartiendra ultérieurement aux autorités de concurrence ainsi qu'aux juridictions nationales ou communautaires d'apprécier si les effets restrictifs de la concurrence résultant d'une norme adoptée par la profession d'avocat vont au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'exercice correct de ladite profession<sup>11</sup>

1.4.14 En outre, comme l'indique l'arrêt Wouters, le juge communautaire doit évidemment contrôler que le législateur national n'adopte aucune réglementation de nature à restreindre la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services des membres d'une profession libérale venant d'autres États membres<sup>12</sup>.

**2. En définitive aussi bien l'État que l'organisation professionnelle concernée ont parfaitement le droit d'intégrer dans leur réglementation professionnelle des règles déontologiques éventuellement susceptibles de restreindre la concurrence. Cependant, les autorités de concurrence sont fondées à examiner, (i) d'une part, si la décision contestée émane de l'État ou de l'organisation professionnelle et, (ii) d'autre part, si la réglementation en cause, à supposer qu'elle n'émane que de l'association professionnelle, n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le bon exercice de la profession concernée.**

C'est donc dans ce contexte juridique qu'il convient d'examiner les travaux que la Commission a confiés à un prestataire de services extérieur (*l'Institut d'Études Avancées de Vienne (IHS)*) en vue d'examiner « *l'impact économique de la réglementation relative aux professions libérales dans différents États membres* »<sup>13</sup>.

## **2) Le constat effectué par l'étude IHS**

**2.1** Cette étude contient une comparaison de la législation, de la réglementation et des codes de déontologie régissant l'exercice de toute une série de services professionnels dans les États membres de l'Union Européenne. Les professions couvertes par l'étude sont les services juridiques (avocats et notaires), les services comptables (comptables, commissaires aux comptes et conseillers fiscaux), les services techniques (architectes et ingénieurs conseils) ainsi que la pharmacie (pharmaciens d'officines).

Plus précisément, les auteurs de cette étude se sont posés la question de savoir s'il existe des différences entre les réglementations nationales, quelle est leur portée et

---

<sup>10</sup> §108 de l'arrêt Wouters

<sup>11</sup> §109 de l'arrêt Wouters

<sup>12</sup> Paragraphe 120 de l'arrêt Wouters

<sup>13</sup> Etude de Messieurs Paterson, Fink et Ogus / Janvier 2003

dans quels domaines elles existent et, en particulier, quels sont les effets économiques des différents degrés de réglementation dans les États membres.

**2.2** Cette étude a été réalisée à partir de questionnaires adressés à des organismes professionnels dans chacun des domaines couverts, dans tous les États membres ainsi qu'aux organisations qui représentent ces professions à l'échelle européenne et à certains services administratifs concernés.

En outre, l'institut IHS a élaboré des indices spécifiques de réglementation, en ce qui concerne la situation du marché, obtenus auprès d'Eurostat ainsi qu'auprès des offices statistiques des États membres (lorsqu'elles étaient disponibles).

**2.3** A partir de ces informations, l'étude distingue deux grandes catégories de réglementations :

(i) les réglementations relatives à l'accès à la profession et (ii) les réglementations relatives à la conduite professionnelle (réglementation des prix et des honoraires, réglementation sur la publicité et le marketing, réglementation sur le lieu d'exercice de la profession et la diversification, restriction à la coopération interprofessionnelle ou limitation de certaines formes d'activités). A partir de ces deux catégories de réglementations, l'Institut IHS a défini un indice de réglementation calculé pour chacun des pays.

**2.4** Il apparaît ainsi que s'agissant des services juridiques (avocats), on constate l'existence de tous les degrés possibles de réglementation tant sur l'accès à la profession, que pour la réglementation sur la conduite professionnelle. Ainsi, un indice de très faible réglementation existe en Suède et en Finlande alors qu'au contraire un indice très élevé existe en Grèce, Autriche, France, Espagne, et Allemagne entre autres.

**2.5** Dans un second temps, le rapport fournit également un étalonnage des performances dans le secteur des services professionnels des différents pays de l'Union Européenne. Ainsi, les niveaux de performances en termes de résultats sont comparés avec le degré de réglementation pour chaque pays et chaque secteur professionnel. Partant de ces données, l'Institut IHS relève :

- l'existence de chiffres d'affaires (honoraires) relativement élevés par rapport au nombre de professionnels en exercice dans les pays ayant un degré élevé de réglementation (conduite professionnelle et accès à la profession). L'Institut en déduit « *qu'il existe un lien entre le volume d'affaires par personne et les profits excédentaires* » (par rapport au résultat qui serait enregistré si la concurrence était moins restreinte) ;
- l'existence de chiffres d'affaires (honoraires) plus faibles dans les pays où le degré de réglementation est faible ;
- une corrélation négative entre le degré de réglementation et la productivité dans le cas des services juridiques, comptables et techniques.

- l'existence de certains types de réglementations restrictives et anticoncurrentielles qui corroboraient incontestablement l'opinion selon laquelle de telles structures réglementaires peuvent être utilisées... « *par les différentes professions pour obtenir des résultats économiques qui leur sont favorables, mais qui sont contraires aux besoins et aux intérêts des consommateurs dans leur ensemble* »<sup>14</sup>.

**2.6** Naturellement, et ceci constitue la faille majeure de cette étude prétendument scientifique, l'Institut IHS n'a pas été en mesure d'évaluer en détail l'impact des différences entre les régimes réglementaires sur la **qualité** des services fournis aux consommateurs.

**Ce rapport ne fournit aucun élément de nature à remettre en cause la qualité et la valeur essentielle des services professionnels actuels en fonction d'un degré de réglementation élevé ou faible.**

Mais c'est surtout la conclusion qui a retenu notre attention :

*« La conclusion générale que nous sommes amenés à tirer de cette étude est que les stratégies visant à instaurer un faible niveau de réglementation qui fonctionne dans un Etat membre, pourrait également fonctionner dans un autre, sans que la qualité des services professionnels n'en soit réduite et pour le plus grand profit des consommateurs ».*

C'est ce que votre Rapporteur qualifiera d'« harmonisation vers le bas »...

### **3) L'exploitation de l'étude IHS par la Commission**

C'est dans une allocution prononcée le 21 mars 2003 devant l'Association Fédérale Allemande du Barreau à Berlin que le Commissaire Monti a présenté les résultats de ses travaux. Monsieur Monti y relèvera l'asymétrie d'informations existant entre le professionnel d'une part et la connaissance de la réglementation professionnelle de ce dernier par le consommateur d'autre part (et par conséquent la nécessité de protéger le consommateur du professionnel).

Monsieur Monti indiquera néanmoins dans ce discours qu'en application des arrêts Wouters et Arduino, il appartient à la Commission et aux juridictions de concurrence d'apprécier dans quels cas les éventuels restrictions de concurrence sont raisonnables et nécessaires pour garantir le bon exercice d'une profession, l'examen de la Commission se faisant au cas par cas, profession par profession, règle par règle.

Cependant, le Commissaire Monti a invité, dans ce discours, la profession d'avocat en Allemagne à d'ores et déjà « revisiter » ses règles professionnelles et à justifier les restrictions de concurrence (notamment l'existence d'un tarif) sur le terrain des règles de concurrence.

---

<sup>14</sup> Cf. étude IHS

C'est dans ce contexte qu'intervient, le 28 octobre 2003 à Bruxelles, la présentation par le Commissaire Monti des travaux de la Commission sur la réglementation des professions libérales.

#### 4) Discours du 28 octobre 2003

**4.1** De toute évidence ce discours dissimule difficilement la véritable fascination qu'opère la réglementation des avocats américains sur Monsieur Monti.

Monsieur Monti commence, en effet, son intervention en indiquant que le marché américain avait ouvert à la concurrence tout le droit immobilier au bénéfice des banquiers et agents immobiliers (!).

Monsieur Monti poursuit en indiquant qu'une modernisation est très vivement souhaitée en Europe.

A titre d'illustration, il indique qu'en Italie les services professionnels représentent 9% du coût des entreprises. Il poursuit en indiquant que si la publicité des services professionnels est interdite, les professionnels déjà établis auront un clair avantage compétitif et les nouveaux entrants seront substantiellement désavantagés, ce qui limiterait les choix des consommateurs et aurait alors un effet négatif sur l'emploi.

Selon Monsieur Monti, le choix d'un bon professionnel libéral reposerait sur les critères suivants : en premier lieu sa disponibilité, en deuxième lieu, une publicité appropriée, en troisième lieu un bon prix et enfin une bonne panoplie de services (!). Le lecteur avisé aura bien noté l'absence de toute référence à la qualité du service dans l'exposé des valeurs sacrées qui fondent, selon Monsieur Monti, le choix par le consommateur du bon avocat.

**4.2** Monsieur Monti introduit également l'idée selon laquelle la réglementation devrait être différente pour les consommateurs particuliers, d'une part et d'autre part, pour les entreprises, ces dernières ayant nettement moins besoin d'une réglementation de nature à les protéger.

**4.3** S'agissant plus précisément des règles relatives à la publicité, Monsieur Monti estime que l'absence d'une publicité réellement informative rendrait difficile la comparaison des tarifs afin de trouver un bon prix et un service. Selon le Commissaire, une telle restriction serait, par conséquent, de nature à accroître la capacité des membres d'une profession de maintenir une entente sur les tarifs ou, au moins, pour quelques membres d'une profession, de facturer significativement au-delà du tarif.

Lançant un véritable appel, Monsieur Monti poursuit en indiquant qu'il souhaite que les professions libérales « *cessent de défendre une exception en bloc pour toutes leurs règles et saisissent l'opportunité d'examiner chaque règle séparément et la justifie explicitement* ».

Monsieur Monti poursuit en indiquant :

*« Une réforme par auto réglementation serait très appréciée. J'encourage les associations professionnelles à reprendre les règles à leur propre initiative dans l'intérêt de leur propre profession. Elles devraient moderniser les règles pour lesquelles elles sont les seules responsables. En même temps, elles devraient proposer au législateur des modifications des dispositions de nature législative. Cela doit être fait non seulement quand il s'agit d'une obligation légale mais devrait être vu comme une opportunité politique et économique ».*

**4.4** Puis, Monsieur Monti, se montrant plus menaçant, rappelle d'une part, qu'à partir du 1<sup>er</sup> mai 2004 les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales partageront la compétence de contrôle de la concurrence avec la Commission. D'autre part, Monsieur Monti indique que la Commission a le pouvoir de déférer un Etat membre devant la Cour de Justice lorsqu'elle trouve qu'une restriction de concurrence injustifiée est instituée avec l'assentiment du Gouvernement ou est imposée par la loi. En particulier, Monsieur Monti rappelle que depuis la décision Conorzio Industries Fiammifieri (CIF), la Cour de Justice Européenne le 9 septembre 2003 a jugé que toute autorité nationale de concurrence aurait le droit et même le devoir d'aider la Commission à garantir le respect des articles 10 et 81 du Traité par les Etats membres.

Ainsi, l'autorité nationale de concurrence a le droit et le devoir d'écarter la loi nationale et d'appliquer le droit communautaire interdisant les accords – décision pratique anticoncurrentielle. Selon Monsieur Monti cela ouvrirait la voie à une action de la part des autorités nationales lorsque des restrictions en matière de publicité mises en application par des associations professionnelles seraient fondées sur une délégation de l'État.

**4.5** Enfin, Monsieur Monti conclura en indiquant qu'il est en faveur d'une concurrence entre les systèmes juridiques et que sans chercher à harmoniser toutes les réglementations ni à généraliser la dérégulation (sic), il entend aider les autorités réglementaires compétentes à améliorer les conditions de la concurrence tout en sauvegardant comme il convient les intérêts des consommateurs.

C'est après cette prestation que les réponses des organisations professionnelles au questionnaire, adressé par la Commission en mars 2003, ont été présentées au public<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Regulation in Liberal Profession and its effects. Summary of responses. October 2003

## 5) Position des organisations professionnelles européennes en réponse au questionnaire de Monsieur Monti

La Commission a reçu plus de 250 réponses à son questionnaire. Si toutes les associations professionnelles considèrent qu'un certain niveau de réglementation est indispensable pour assurer la défense de valeurs professionnelles telles que l'intégrité, le secret professionnel et la gestion des règles relatives au conflit d'intérêt, il apparaît, toutefois, que selon la Commission, une majorité des réponses estimerait que les services juridiques devraient être fournis dans des conditions concurrentielles.

C'est donc une majorité d'organisations professionnelles qui aurait considéré que les avocats fournissaient une « *prestation commerciale* » et qu'ils devaient donc, à ce titre, ne bénéficier d'aucune dérogation générale aux règles de concurrence.

Selon la Commission, les cinq constats suivants ressortiraient des réponses au questionnaire :

- (i) S'agissant des conditions d'entrée dans la profession, une majorité des organisations considère qu'il est nécessaire de maintenir un niveau élevé d'exigence pour l'entrée de nouveaux membres dans les professions juridiques. Cependant, on notera par exemple que la Chambre de Commerce autrichienne estime que les droits exclusifs des avocats devraient être réservés à leurs activités essentielles et que d'autres professionnels devraient pouvoir fournir un grand nombre de services juridiques. De même, une organisation de consommateurs allemands estime que le droit exclusif des avocats allemands à la représentation devant les tribunaux devrait être abrogé.
- (ii) S'agissant des tarifs, l'immense majorité des organisations ayant répondu au questionnaire considère que les honoraires ne doivent pas être fixes ou faire l'objet d'un barème de prix fixes ou recommandés.
- (iii) On relèvera cependant une grande divergence entre les différents Etats membres s'agissant de la nécessité d'autoriser ou d'interdire en tout ou partie, l'honoraire de résultat.
- (iv) C'est surtout en matière de publicité que les réponses sont intéressantes.

Ainsi l'immense majorité des personnes interrogées considère qu'il est nécessaire de réglementer la publicité pour les professions juridiques notamment de façon à éviter que les consommateurs ne soient victimes de fausses informations ou de manipulations de la part des praticiens.

Cependant, les personnes interrogées ont des avis très partagés sur le moyen approprié de réglementer la publicité ; par exemple, le Barreau d'Athènes indique que la seule publicité consiste en la possibilité de faire imprimer des cartes de visite et d'apposer une plaque professionnelle à l'extérieur des bureaux. Une association italienne d'avocats considère également qu'il est

nécessaire d'interdire la publicité de façon à protéger la dignité de la profession.

En revanche, la position exprimée par le CCBE semble plus libérale puisqu'elle préconise la publicité pour les avocats sur toute forme de média dès lors que cette publicité respecterait les valeurs essentielles de la profession. Il en va de même de la Law Society anglaise qui indique que les sollicitors peuvent utiliser toute forme de publicité, la seule protection nécessaire visant à éviter la publicité fautive ou incomplète.

- (v) S'agissant des règles relatives à l'interprofessionnalité, un grand nombre de personnes interrogées considère qu'il est nécessaire de protéger l'indépendance des avocats et de respecter leurs valeurs professionnelles telles que l'indépendance, secret professionnel et les règles du conflit d'intérêt (Barreau néerlandais, CCBE). Certains, cependant (Ordre des Barreaux Francophones et Germanophones de Belgique) considèrent qu'il est extrêmement important que les avocats et d'autres professionnels puissent fournir une gamme de services à l'intérieur d'un seul et même cabinet. Il en va de même de la Law Society qui considère que les organisations pluridisciplinaires peuvent fournir des avantages aux consommateurs ; l'organisation britannique reconnaît néanmoins que les règles limitant l'interprofessionnalité pourraient être assouplies.

## 6) La position ambiguë du Parlement Européen

**6.1** Dans une résolution du 16 décembre 2003, consacrée à « *l'organisation de marchés et règles de concurrence pour les professions libérales* », le Parlement Européen a adopté une résolution qui définit le cadre d'examen des mesures d'organisation professionnelle.

Le Parlement rappelle, en effet, que pour les professions libérales, la promotion de la concurrence et de la libre prestation de service dans les Etats membres représente une nécessité et « une source d'avantages ».

**6.2** Le Parlement note également très clairement que « *l'objectif visant à favoriser la concurrence au sein des professions libérales doit, pour chaque cas d'espèce, être compatible avec celui visant à préserver des règles purement éthiques propres à chaque profession et que dans le contexte de la poursuite de cet objectif, il faut respecter les missions d'intérêt public confiées aux professions libérales* ».

Dans ces conditions, le Parlement conclut que d'un point de vue général des règles sont nécessaires dans le contexte spécifique de chaque profession notamment des règles portant sur l'organisation, les qualifications, les titres professionnels, le contrôle, la responsabilité, l'impartialité et la compétence des membres d'une profession, ou des règles visant à prévenir des conflits d'intérêts ou la publicité mensongère pourvu : (a) qu'elles veillent à ce que le consommateur final dispose des

garanties nécessaires en matière d'intégrité et d'expérience, et (b) qu'elles ne constituent pas des restrictions de concurrence.

6.3 On relèvera, cependant, qu'en dépit de cette position très nuancée, prenant acte des nécessités de contrebalancer les règles de concurrence par la préservation des règles professionnelles, le Parlement va adopter une résolution le 29 janvier 2004 pouvant être considérée comme inquiétante. En effet, au lendemain d'une déclaration de politique générale de concurrence faite par la Commission, le Parlement va adopter une résolution qui, dans son considérant 15, va d'une certaine façon dans le même sens que la DG concurrence de la Commission. Cette résolution se présente comme suit :

*« Le Parlement rappelle que, trop souvent, dans certains Etats membres, les organisations professionnelles utilisent leur pouvoir d'auto discipline dans l'intérêt de leurs propres membres plus que dans l'intérêt des consommateurs; félicite la Commission d'avoir chargé un groupe d'experts de réaliser une enquête, instructive, concernant la situation actuelle des professions libérales dans les Etats membres, enquête qui fait apparaître les nécessités urgentes de stimuler l'activité législative afin d'obtenir que les organisations professionnelles nationales conforment leurs pratiques aux dispositions du Traité en matière de concurrence et à la jurisprudence de la Cour de Justice ».*

C'est donc dans ce contexte que la Commission, aux vues des travaux menés par l'Institut IHS et des informations récoltées pendant l'année 2003 par les services de la DG concurrence, a publié le 9 février 2004 un « rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales ».

C- Le rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales de la Commission en date du 9 février 2004

a) Identification par la Commission des prétendus obstacles à la libre concurrence

Comme les rapports précédents, ce rapport est consacré aux professions de juristes, notaires, comptables, architectes, ingénieurs et pharmaciens.

Prenant acte de l'existence d'une réglementation des services offerts par les professions libérales fondée sur la nécessité d'informer le consommateur, et la préservation de la qualité des services, la Commission estime néanmoins que si une partie des règles appliquées dans ce secteur se justifie, elle considère que dans certains cas *« des mécanismes plus favorables à la concurrence pourraient et devraient être appliqués pour remplacer certaines règles restrictives traditionnelles »*.

La Commission rappelle d'ailleurs qu'à partir du 1<sup>er</sup> mai 2004, les autorités nationales chargées de la concurrence et les juridictions nationales seront appelées à jouer un

rôle accru dans l'évaluation de la légalité des règles appliquées par les professions libérales. La Commission trace ainsi la ligne de partage des compétences :

*« Dans la mesure où les restrictions de concurrence présentent essentiellement une dimension nationale, la mise en œuvre administrative des règles de concurrence de la CE dans le secteur des professions libérales relèvera avant tout de la compétence des autorités nationales chargées de la concurrence. »*

Toutefois, la Commission continuera d'examiner les cas individuels si nécessaire. La coordination au sein du réseau européen de la concurrence garantira l'application cohérente des articles 81 et 82.

On apprend d'ailleurs dans ce rapport qu'une réunion d'experts des autorités nationales chargées de la concurrence s'est tenue en novembre 2003 afin de débattre d'une approche commune dans le domaine de la réglementation des professions libérales au regard du droit de la concurrence.

Le rapport de la Commission rappelle l'ensemble des étapes ayant précédé son dépôt et s'attache particulièrement à l'examen des éventuelles restrictions de concurrence sur certains points particuliers.

## **1) Prix imposés**

La Commission rappelle que dans la plupart des Etats membres les honoraires appliqués pour les services des professions libérales sont négociés librement entre les prestataires et leurs clients. Cependant, la Commission dresse un tableau des pays et des professions appliquant des prix imposés minimums ou maximums. S'agissant des professions de juristes, l'Italie, l'Autriche, l'Allemagne appliqueraient des prix minimums imposés, l'Italie imposant également des prix maximums.

On notera au passage que la Commission a plutôt la dent dure à l'égard de la profession de notaire en estimant qu'il serait nécessaire de combiner la suppression de la régulation des prix avec d'autres réformes visant à renforcer la concurrence notamment l'assouplissement des restrictions quantitatives à l'entrée et l'interdiction de faire de la publicité.

## **2) Prix recommandés**

Il apparaît que les prix recommandés existent s'agissant des professions de juristes en Autriche, au Portugal et en Espagne. La Commission estime que de tels prix peuvent faciliter la coordination des prix entre les prestataires de services et tromper les consommateurs quant au niveau de prix raisonnable. En outre, la Commission estime qu'il est peu probable que les professionnels doivent se baser sur des prix recommandés pour fixer des honoraires.

La Commission estime à cet égard que la publication d'informations par des parties indépendantes (comme les organisations de consommateurs) concernant les prix généralement appliqués ou des informations basées sur un sondage pourraient constituer une référence plus fiable pour les consommateurs et entraîner moins de distorsions pour la concurrence.

### 3) Restrictions en matière de publicité

La profession de juriste comporterait une interdiction de publicité en Grèce, au Portugal et en Irlande et contiendrait des restrictions significatives en Autriche, Belgique, France, Irlande, Italie, Espagne et Luxembourg.

Selon la Commission, la publicité peut favoriser la concurrence dans la mesure où elle informe les consommateurs de produits différents et leur permet de poser des choix plus éclairés. En augmentant les coûts de collecte de l'information pour différents produits dans la mesure où il est plus difficile pour les consommateurs de rechercher la combinaison de qualité et de prix qui correspond le mieux à leurs besoins, les restrictions de publicité risquent, selon la Commission, de réduire la concurrence.

La Commission considère également que la publicité comparative peut constituer un outil concurrentiel crucial pour les entreprises qui font leur entrée sur le marché ainsi que pour celles qui souhaitent lancer de « nouveaux produits » (sic). La Commission prend partie assez fermement contre les restrictions de publicité en relevant « *que les restrictions de publicité peuvent dans certaines circonstances augmenter les honoraires pour les services offerts par les professions libérales* »...

A l'inverse, une publicité honnête et objective pourrait aider les consommateurs à surmonter ces différences d'informations et imposer des choix plus éclairés.

### 4) Restrictions d'accès et tâches réservées

**4.1** La Commission constate que les professions libérales font l'objet de restrictions quantitatives à l'entrée (installation, durée d'études minimum, examen d'entrée dans la profession, expérience professionnelle d'une durée minimum).

**4.2** La Commission relève que l'assouplissement des restrictions a entraîné dans certains pays une diminution des prix sans effet négatif apparent sur la qualité. C'est ainsi que la Commission relève qu'en Australie, la suppression des droits réservés des juristes pour la rédaction d'actes de transfert de propriété et du monopole des avocats devant les tribunaux aurait contribué à une diminution de 12% du total des frais juridiques. De même la Commission constate qu'au Royaume-Uni, l'assouplissement des droits réservés pour la rédaction d'actes de transfert de propriété dans les années 80 a également entraîné une diminution des prix.

4.3 Dès lors, selon la Commission, il serait possible d'abaisser le niveau des exigences à l'entrée lorsqu'« *elles semblent disproportionnées par rapport à la complexité des tâches liées à la profession* »<sup>16</sup>.

4.4 Mais surtout, ce qui retient l'attention, c'est la volonté de la Commission de diminuer les tâches réservées aux différentes professions. En effet, la Commission considère que des professions hautement qualifiées détiennent, en plus de leurs activités principales, des droits réservés leur permettant d'offrir d'autres services moins complexes. La Commission relève ainsi que dans certains Etats membres, les juristes ou les notaires ont un droit exclusif en matière de rédaction d'actes de transfert de propriété et de services liés aux successions et le droit exclusif d'offrir un conseil juridique. Selon la Commission, d'autres prestataires pourraient être habilités à effectuer les tâches moins complexes.

4.5 La Commission observe enfin que les droits réservés pourraient être supprimés dans les cas où il existe des mécanismes moins restrictifs permettant de garantir les qualités telles que la garantie au moyen d'une accréditation ou d'un contrôle de qualité indépendant...

## 5) Les réglementations relatives à la structure des entreprises

La Commission met ici en évidence des règles qui pourraient limiter la structure de propriété des entreprises qui offrent des services professionnels, les possibilités de collaboration avec d'autres professions et dans certain cas, l'ouverture de « *succursales, franchises ou chaînes* ».

Sur ce volet, la Commission estime qu'il est peu probable que la collaboration entre membres d'une même profession nuise à l'indépendance ou aux valeurs éthiques de la profession. En revanche, la Commission semble estimer que les règles relatives à la structure se justifient davantage sur les marchés où il est vraiment nécessaire de préserver l'indépendance ou la responsabilité personnelle des prestataires.

Toutefois, on notera avec une inquiétude certaine que selon la Commission, il existerait peut-être d'autres mécanismes permettant de préserver l'indépendance et les valeurs éthiques sans avoir des effets aussi restrictifs pour la concurrence.

- b) Appréciation juridique par la Commission des limites encadrant la liberté des Etats et organisations professionnelles quant à l'élaboration de leurs règles de fonctionnement

La Commission expose également en détail les possibilités d'application des règles de concurrence européennes aux professions libérales.

---

<sup>16</sup> Nous reviendrons plus tard sur ce concept de disproportion qui ne résulte d'aucune jurisprudence de la Cour de Justice.

Ainsi :

**1.1** Les normes arrêtées par une association professionnelle ne conserveraient leur caractère étatique que si l'État a défini les critères d'intérêt général et les principes essentiels auxquels la réglementation doit se conformer et s'il a conservé le pouvoir de décision en dernier ressort.

**1.2** Il n'y aurait pas d'infraction à l'article 81 du Traité si une réglementation professionnelle nonobstant ses effets restrictifs de concurrence qui lui seraient inhérents, s'avérerait nécessaire au bon exercice de la profession telle qu'elle est organisée dans l'État membre concerné.

La Commission précise néanmoins que pour aboutir à une telle solution (résultant de l'arrêt Wouters) la Cour a dû tenir compte du contexte global dans lequel la décision d'une association d'entreprises intervient, ainsi que de ses objectifs liés à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice.

**1.3** La Cour doit encore examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite de ces objectifs et donc nécessaires pour garantir la bonne pratique de la profession telle qu'elle est organisée dans l'Etat membre concerné.

**1.4** Enfin, la Cour doit vérifier que les restrictions de concurrence n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir la bonne pratique de la profession (ce que la Commission qualifie (à tort) de *test de proportionnalité*).

**1.5** Les entreprises ne seraient pas tenues par l'article 81 lorsque l'État les oblige en exerçant ses prérogatives de puissance publique, à adopter un comportement anticoncurrentiel ; mais cet argument ne peut être utilisé quand dans les cas où l'Etat « impose » un comportement déterminé.

**1.6** Si les entreprises demeurent au moins partiellement capables de restreindre la concurrence de manière autonome, les entreprises et l'État peuvent être tenus responsables.

**1.7** La législation nationale qui oblige les acteurs économiques à adopter un comportement anticoncurrentiel peut elle-même constituer une infraction au Traité CE en particulier de l'article 3 § 1 g et des articles 10 § 2 et 81 / 82 (Cf. l'arrêt CIF)<sup>17</sup>

**1.8** Lorsqu'un règlement adopté par une association professionnelle enfreint l'article 81, la Commission peut obliger l'association concernée à mettre fin à l'infraction et / ou imposer des amendes. Les autorités nationales chargées de la concurrence disposent de pouvoirs similaires.

---

<sup>17</sup> Affaire C-198 / 01

**1.9** En outre les victimes de règles professionnelles contraires à l'article 81 peuvent réclamer des injonctions et introduire des actions en dommages et intérêts.

**1.10** Les mesures prises par un État pour déléguer ses compétences en matière de réglementation à des opérateurs privés pourraient être contestés sur la base des articles 3 et 81 si les pouvoirs publics ne conservaient pas le pouvoir de décision en dernier ressort et n'exerçaient pas un contrôle réel sur la mise en œuvre de ces mesures (affaire Arduino).

**1.11** Les « approbations automatiques » y compris les simples validations et les autorisations tacites, accordées par les Etats membres pour des accords ou des décisions où les procédures législatives en vigueur ne prévoient pas de mécanisme régulateur et / ou d'autorité pour procéder à des consultations seraient attaquables également en vertu des articles 3 et 81 ainsi que 82 du traité CE ; de même seraient attaquables les pratiques où les autorités d'un État membre seraient uniquement habilitées à approuver ou à rejeter les propositions des ordres professionnels sans être en mesure de modifier leur contenu ni d'y substituer leurs propres décisions.

**2.** La Commission conclut son rapport en souhaitant une action volontaire des acteurs chargés de fixer les restrictions en vue de réexaminer la législation ou les règlements qui relèvent de leurs compétences.

Fixant un véritable plan de travail aux associations professionnelles, la Commission demande à celles-ci de déterminer si les restrictions existantes visent à réaliser un (i) objectif clairement défini et légitime d'intérêt général<sup>18</sup>, (ii) si elles sont nécessaires pour atteindre cet objectif et (iii) s'il n'existe pas d'autres moyens moins restrictifs pour y parvenir.

**3.** En outre, la Commission rappelle que dans la mesure où les restrictions de concurrence s'exercent à l'intérieur d'un État membre, la mise en œuvre administrative des règles de concurrence de la Communauté Européenne dans les professions libérales devrait relever principalement des autorités nationales chargées de la concurrence.

Toutefois la Commission envisage de continuer d'examiner les cas individuels si nécessaire et d'assurer la coordination au travers de ses réunions avec les représentants des autorités nationales de concurrence.

**4.** En dernier lieu, la Commission indique qu'un rapport sera dressé en 2005 au sujet des progrès réalisés dans la suppression des restrictions identifiées ci-dessus ou des éléments qui justifient l'existence de ces règles.

---

<sup>18</sup> ce critère ne ressort ni de l'arrêt Wouters ni de l'arrêt Arduino

## D- Le projet de rapport de la Commission sur la directive services

Nous pouvons, à ce stade, ne formuler que des commentaires généraux sur ce texte.

1. Cette proposition de directive vise à établir un cadre juridique général qui s'appliquera à toutes les activités économiques de services, à l'exception des services financiers, des transports et des services et réseaux de communication électronique qui ont fait l'objet précédemment, chacun en ce qui les concerne, une législation spécifique.

Il s'agira d'une directive cadre qui n'aura pas vocation de fixer des règles détaillées ou d'harmoniser la totalité des règles des Etats membre applicables aux activités de services.

2. Cette directive insiste sur la liberté d'établissement des prestataires de services. Ainsi, l'article 5 envisage de simplifier les procédures de fourniture de certificats ou attestations nécessaires à un prestataire pour exercer dans un autre État membre. A cet effet l'article 6 prévoit la création d'un « guichet unique » pour que le prestataire de services puisse accomplir auprès d'un même point de contact l'ensemble des procédures et formalités nécessaires à ces activités de services (déclaration, notification, demande d'autorisation).

3. En outre, l'article 14, sous le titre « exigences interdites », prévoit, en l'état, que les Etats membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect des exigences suivantes : « (§7) *L'obligation de constituer ou de participer à une garantie financière ou de souscrire une assurance auprès d'un prestataire ou d'un organisme établi sur leur territoire* ». Il est évident que ce type de disposition pose une difficulté majeure pour les pays dans lesquels l'assurance responsabilité professionnelle est obligatoire et lorsque celle-ci est fournie par le Barreau qui négocie une police collective pour ses membres.

4. La directive invite également, dans son article 15, les Etats membres à examiner si leur système juridique subordonne l'accès à une activité de services ou son exercice au respect des exigences non discriminatoires telles que l'exercice sous une forme juridique particulière, des prescriptions spécifiques en matière de détention du capital, une qualification professionnelle particulière pour détenir ledit capital, des exigences relatives à la nature spécifique de l'activité, des tarifs obligatoires minimums et / ou maximums que doit respecter le prestataire ou encore les exigences qui imposent à un prestataire intermédiaire de donner accès à certains services particuliers fournis par d'autres prestataires (l'avocat a recours aux notaires, aux avocats conseils ou aux huissiers pour certains actes sous monopole).

5. Le chapitre 3 évoque également la libre circulation des services. Le texte prévoit que les Etats membres veillent à ce que les prestataires soient soumis uniquement aux dispositions nationales de leur État membre d'origine.

Cependant, le principe du pays d'origine soulève un problème important en ce qui concerne les activités réservées à la profession d'avocat. Ainsi, l'application du principe du pays d'origine permettrait à des non-avocats d'exercer partout en Europe des activités qui sont réservées exclusivement aux avocats d'un certain pays.

6. Il en va de même évidemment pour l'application d'une éventuelle double déontologie entre le pays d'origine et le pays d'accueil.

On observera également que l'article 18 envisage des dérogations transitoires à l'application de la règle du pays d'origine, notamment à l'accès aux activités de recouvrement judiciaire des dettes. Le caractère temporaire de cette dérogation est particulièrement préoccupant...

8. On relèvera encore au chapitre 4 intitulé « qualité des services » que la directive prévoit l'obligation pour un prestataire de services de communiquer les principales caractéristiques de celui-ci ainsi que son prix ou lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué la méthode de calcul du prix permettant au destinataire de vérifier ce dernier ou un devis suffisamment détaillé.

9. On notera également à l'article 29 l'obligation pour les Etats membres de supprimer des interdictions totales de communication commerciale pour les professions réglementées. On relèvera avec intérêt, cependant, que les Etats membres peuvent veiller à ce que les communications commerciales faites par les professions réglementées respectent les règles professionnelles visant notamment l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel en fonction de la spécificité de chaque profession.

10. Par ailleurs, l'article 30 intitulé « Activités pluridisciplinaires » semble valider le principe selon un État membre peut limiter l'exercice conjoint ou en partenariat d'activités différentes, notamment pour garantir le respect d'exigence de déontologies différentes en raison de la spécificité de chaque profession.

11. On relèvera également l'article 31 selon lequel, les États membres devront encourager les prestataires à prendre des mesures volontaires visant à assurer la qualité des services (certification ou charte de qualité).

12. On notera enfin qu'au chapitre 6 « programme de convergence », la Commission invite les États membres à prendre les mesures d'accompagnement pour encourager l'élaboration de codes de conduite au niveau communautaire notamment en matière de déontologie.

13. **En dernier lieu, d'une façon générale il sera essentiel de clarifier avec la Commission le lien entre cette proposition de directive et les directives services 77 / 249 et directives Etablissement 98 / 5.**

## **II. Appréciation critique des modalités et du fond la réflexion menée par la Commission**

### **A- Sur la méthodologie de l'étude de l'Institut IHS et les conclusions qui en résultent**

1. Manifestement les résultats de l'enquête n'ont pas tous été compilés à partir de réponses transmises spécifiquement par les Barreaux mais à partir de documents que l'Institut aurait lui-même trouvés sur les sites Internet des Barreaux et via d'autres sources.

2. En outre, l'objectif même de la réglementation de la profession d'avocat qui est, comme le reconnaît la Cour dans l'affaire Arduino, de remplir une fonction essentielle relative à l'administration de la justice dans l'intérêt général, est complètement occulté par l'analyse de l'institut autrichien : or, une analyse fondée exclusivement sur des critères quantitatifs de nature économique est nécessairement réductrice.

3. Plus précisément, une étude effectuée par l'organisme RBB Economics en date du 9 septembre 2003, effectué à la demande du CCBE, porte une sérieuse critique sur la méthodologie utilisée par l'Institut IHS. En particulier, RBB Economics conteste la prétendue démonstration selon laquelle il existerait une corrélation entre le degré de régulation et le chiffre d'affaires d'une profession libérale (plus on augmente la réglementation, plus le chiffre d'affaires par professionnel augmenterait).

4. Il est également constaté par l'Institut RBB que le présupposé selon lequel il y aurait trop de réglementation est également sans fondement. En effet, la question aurait pu se poser de savoir si au contraire les professions libérales ne souffraient pas d'un manque de réglementation dans un certain nombre de pays et éventuellement envisager quelles en seraient les conséquences et remèdes.

5. Par conséquent, de toute évidence, il s'agit d'un rapport « à charge » venant soutenir le postulat de travail de la Commission selon lequel la réglementation non indispensable doit progressivement disparaître.

Enfin, l'étude IHS ne comporte aucune donnée susceptible de mesurer la corrélation entre un degré de régulation élevée et la qualité des services professionnels rendus.

## B- Critique de fond sur l'approche utilisée par la Commission

1. De toute évidence, la méthodologie utilisée par la Commission bouleverse l'état du droit européen de la concurrence appliqué aux professions libérales. Nous avons vu en effet ci-dessus :

1.1 en vertu de l'arrêt Klopp<sup>19</sup> la Cour a statué qu'en l'absence de règles communautaires spécifiques en la matière, **chaque État membre a la liberté de régler l'exercice de la profession d'avocat sur son territoire.**

C'est la raison pour laquelle les règles applicables à cette profession peuvent être très différentes d'un Etat à un autre.

1.2 en vertu de l'arrêt Reisebüro Broede<sup>20</sup> la Cour, s'agissant d'une réglementation nationale interdisant à une entreprise établie dans un autre État membre de procéder au recouvrement judiciaire de créances d'autrui en raison du fait qu'une telle activité est réservée à la profession d'avocats, a considéré qu'un **État membre** (en l'occurrence l'Allemagne) **est en droit de considérer que les objectifs poursuivis par sa réglementation nationale ne peuvent pas pour ce qui concerne cette activité être atteints par des moyens moins restrictifs que l'interdiction de cette activité à de non-avocats.**

1.3 en vertu de l'arrêt Wouters<sup>21</sup>, la Cour a jugé que **l'ordre néerlandais des avocats est en droit de considérer** que les objectifs poursuivis par sa réglementation nationale peuvent interdire des collaborations intégrées entre les avocats et les experts comptables notamment eut égard au régime juridique auquel sont respectivement soumises ces deux professions aux Pays Bas.

1.4 en vertu de l'arrêt Arduino<sup>22</sup>, il a été établi par la Cour que le fait qu'un **État membre** charge une organisation professionnelle (le Conseil National de l'ordre des Avocats Italiens) de l'élaboration d'un projet de tarif de prestations, **en se réservant le droit de réviser en dernier ressort ledit tarif**, ne prive pas automatiquement ledit tarif de son caractère de réglementation étatique et **ne relève donc pas nécessairement du champ d'application du droit communautaire de la concurrence.**

**2 Par conséquent, il est parfaitement établi dans la jurisprudence communautaire qu'aussi bien les Etats membres que les associations professionnelles d'avocats peuvent édicter des règles d'organisation internes**

---

<sup>19</sup> Affaire 107 / 83

<sup>20</sup> Affaire C 3 / 95

<sup>21</sup> Affaire C 309/99

<sup>22</sup> Affaire C35 / 99

**éventuellement susceptibles de comporter des restrictions de concurrence. Il n'existe pas en effet aujourd'hui de droits harmonisés de la profession d'avocat en Europe et chaque État membre dispose des moyens nécessaires pour y parvenir.**

3. Cependant, il appartient aussi bien à la Commission qu'aux autorités nationales de concurrence, surtout depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, de **contrôler que les restrictions** de concurrence contenues dans la réglementation nationale sont bien **nécessaires** à l'aboutissement des (i) **objectifs d'indépendance**, (ii) **de secret professionnel**, (iii) et de **gestion des conflits d'intérêt** (conformément à ce que la Cour relève dans l'affaire Wouters).

4. Il n'en demeure pas moins cependant, que la défense de ces objectifs ne procède pas toujours d'un exercice quantitatif mesurant précisément la portée d'une restriction de concurrence par rapport à l'objectif poursuivi.

Il est clair, en effet, que le rôle joué par les avocats et les associations professionnelles en tant qu'expression d'un élément essentiel des sociétés des Communautés Européennes, pilier de la protection du droit fondamental de la défense et de l'application du principe de la règle de droit, doit s'inscrire en priorité dans les éléments de « contexte global » qu'une autorité de concurrence se doit d'intégrer dans son analyse conformément à l'arrêt Wouters (§ 97).

5. Dès lors, il est très clair que la libre économie de marché devra nécessairement faire bon ménage avec le rôle social que joue l'avocat dans la société. En clair, **la prestation juridique comporte une dimension sociale et contributive à l'intérêt public qu'aucune théorie du droit de la concurrence ne saurait méconnaître.**

6. Nous estimons par conséquent, qu'afin de pouvoir maintenir l'avocat dans le plus strict respect de ce rôle social, les organisations professionnelles sont pleinement fondées à élaborer ou faire élaborer par l'État des règles de nature à :

- assurer la compétence des personnes donnant des consultations juridiques
- assure l'indépendance de toute influence extérieure de l'avocat
- assurer la loyauté de l'avocat
- assurer que la relation avec un avocat restera confidentielle

7. Et c'est bien à partir de ce « contexte global » que découlent (i) les règles d'admission au Barreau et les règles de formation existantes, (ii) les règles de nature à garantir l'indépendance, (iii) celles qui consistent à éviter les conflits d'intérêt et enfin, (iv) celles qui visent à préserver le secret professionnel. Ces règles sont destinées à pouvoir protéger aussi bien les consommateurs réguliers (les entreprises) que les particuliers. Ainsi, les règles que s'impose la profession d'avocat sont indivisibles et ne sauraient présenter un profil différent en fonction du destinataire censé être protégé. Tel est bien le sens de l'arrêt Wouters dès lors que les règles en question servent l'intérêt public quel que soit leur effet sur la concurrence.

### III Conclusion opérationnelle

1. De toute évidence, la Commission a lancé courant 2003 les premiers éléments d'une enquête qui va vraisemblablement conduire à l'abandon par certains Etats membres de mesures d'organisation qui seraient considérées comme allant au-delà de ce qui lui apparaîtrait comme nécessaire à la défense d'objectifs d'intérêts publics.

Dans ce contexte, il est vraisemblable que rester silencieux expose gravement la profession à un risque d'approche monolithique de la part de la Commission suivant un prétendu test de « proportionnalité » exclusivement fondé sur une approche quantitative d'une prestation qu'elle considère aujourd'hui comme complètement assimilable à n'importe quelle autre prestation de service.

2. En concertation avec la Commission Internationale du Conseil National des Barreaux présidée par Madame Le Bâtonnier Dominique de la Garanderie, la Commission des Règles et Usages, dans un rapport du 7 février 2004 présenté par son éminent Président, Jean-Michel Braunschweig, a déjà procédé à un toilettage du Règlement Intérieur Unifié (RIU) en matière de publicité et multidisciplinarité.

3. Compte tenu du calendrier présenté par la Commission, c'est-à-dire l'aboutissement d'un rapport définitif courant 2005, nous devons sans aucun doute approcher les autorités nationales de concurrence (en l'occurrence la DGCCRF) de façon à exprimer les justifications d'ordre déontologiques qui sous-tendent nos règles de fonctionnement interne.

4. A ce stade, il n'est pas envisagé de recourir à un autre fondement juridique pour la justification de nos règles déontologiques que l'article 81 du Traité.

En effet, dans la mesure où la jurisprudence actuelle ne menace en aucune façon le droit pour un État membre d'adopter des règles d'organisation interne pour une profession libérale, il n'est **pas opportun en l'état d'amorcer une justification du droit pour l'État de consentir à la profession d'avocat des droits spéciaux ou exclusifs fondée sur l'article 86.2 du Traité** (droits exclusifs consentis par l'État à une entreprise pour la gestion d'un service d'intérêt général). Cette question pourrait éventuellement être approfondie ultérieurement s'il apparaissait que la Commission cherche en réalité à contester le bien fondé des droits consentis aux avocats par l'État français<sup>23</sup>.

Pour l'heure, la priorité est à la préparation d'un argumentaire détaillé, justifiant nos règles, nos choix et le rôle que nous nous devons d'assumer.

Fait à Paris le 13 septembre 2004

Jacques-Philippe Gunther, Membre du Bureau du Conseil National des Barreaux

---

<sup>23</sup> A cet égard, le Rapporteur fait observer que dans ses conclusions dans l'affaire Wouters, l'avocat général Leger a estimé que l'article 86-2 s'appliquait aux avocats exerçant aux Pays Bas.