Représentant les avocats d'Europe
Representing Europe's lawyers

COMMENTAIRES DU CCBE SUR LE RAPPORT DE L'OCDE SUR « LES RESTRICTIONS CONCURRENTIELLES DANS LES PROFESSIONS JURIDIQUES » (INCLUT COMMENTAIRES SUR LA NOTE DE SYNTHESE DU RAPPORT DE L'OCDE)

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe
association internationale sans but lucratif
Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.eu – www.ccbe.eu

Commentaires du CCBE sur la synthèse du rapport de l'OCDE

Le CCBE regrette que le langage utilisé dans la synthèse ne reflète pas le contenu du document de référence et risque ainsi d'induire les régulateurs nationaux et l'opinion publique en erreur, en leur faisant croire que l'OCDE juge les réglementations professionnelles indûment restrictives.
Alors que la note de référence peut être louée pour son approche équilibrée et impartiale, le langage utilisé dans la synthèse semble plaider pour des conclusions fortes contre la réglementation professionnelle qui ne sont pas soutenues dans l'analyse réalisée dans le reste du rapport. Les auteurs auraient dû prendre en compte que, outre le fait de compromettre la validité du rapport, la rédaction de la synthèse peut conduire le public (y compris les autorités publiques) à négliger l'analyse extensive de la note de référence et de la méthode sur laquelle elle se base et ainsi mal comprendre la fonction des réglementations professionnelles.

Conclusions du CCBE sur le rapport de l'OCDE

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente plus de 700 000 avocats européens à travers ses barreaux membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen. Il répond régulièrement au nom de ses membres à des questions politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

Les commentaires repris dans le présent document constituent les conclusions sur le rapport de l'OCDE sur les « restrictions concurrentielles dans les professions juridiques » (ci-après le rapport)[1]. Les commentaires ne sont pas exhaustifs et ne visent à pas à discuter en détail de l'analyse effectuée dans le rapport, mais plutôt à clarifier la position du CCBE s'agissant de l'approche, de la méthode et du langage utilisé dans la note de référence et la synthèse, et à exprimer la position de la profession d'avocat à l'égard des propositions politiques avancées par l'OCDE. Les observations des délégations nationales du CCBE sur certaines contributions nationales incluses dans le rapport sont disponibles à l'adresse http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/comments_national_de1_1232620813.pdf.

Remarques introductives

Le CCBE souhaite rappeler tout d'abord que la profession d'avocat a toujours été ouverte aux réformes et le restera. Au cours des dernières années, les organes de régulation européens et nationaux ont entrepris plusieurs initiatives afin de revoir et de reformuler les règlements applicables à la profession d'avocat. Le CCBE et ses barreaux membres sont favorables à ces initiatives dans la mesure où elles peuvent améliorer concrètement l'accès à la justice et assurer le plein exercice du droit de la défense, en respectant les principes fondamentaux de la profession. Il est admis qu'elles sont importantes et qu'elles se déroulent dans une société en constante évolution. Par ailleurs, la profession d'avocat dans toute l'Europe représente un secteur dynamique de l'économie, ouvert à une concurrence intense et sans cesse croissante.

Toutefois, à travers ses organisations européennes et nationales, la profession d'avocat a toujours exprimé sa crainte que, bien que visant à atteindre une compétitivité accrue des marchés des services juridiques, les tentatives de révision du cadre réglementaire applicable aux avocats ne tiennent pas suffisamment compte du rôle particulier de la profession d'avocat, de ses principes, de son fonctionnement et de l'incidence des mesures « de libéralisation » au sein des marchés pour les services juridiques, l'accès à la justice et l'intérêt public.

1 Le rapport est disponible à http://www.oecd.org/dataoecd/12/38/40080343.pdf

Le CCBE et ses barreaux membres croient fermement que les révisions d'ordre réglementaire devraient se basent sur les principes suivants :

- **La profession d'avocat sert principalement des valeurs non économiques**. La profession d'avocat sert l'administration de la justice et l'Etat de droit. Ses rôle et fonction ont une pertinence constitutionnelle dans tous les Etats membres de l'UE[2]. De même, l'ordre juridique européen, à travers la jurisprudence de la CJCE, reconnaît expressément l'importance des avocats dans la société européenne[3]. Le cadre réglementaire s'appliquant aux avocats est conçu de manière à promouvoir et protéger les valeurs fondamentales, plutôt qu'à assurer simplement l'efficience économique et la compétitivité. A cet égard, les réglementations professionnelles diffèrent des cadres s'appliquant aux autres activités (comme les services de la poste, de transport, de communication électronique et les services financiers) qui ont une nature essentiellement économique. Les législateurs et les régulateurs nationaux et supranationaux (principalement les agences antitrust) doivent toujours tenir compte de cet aspect.
- **La réglementation des avocats vise à prévenir les défaillances du marché**. En plus de garantir les valeurs constitutionnelles, les réglementations professionnelles ont pour objectif d'assurer le bon fonctionnement du secteur et d'éviter des défaillances du marché et des externalités négatives. Elle peut essentiellement se produire suite à des asymétries au niveau de l'information. Les conséquences de la suppression de la réglementation ex ante (et de l'autoréglementation) doivent être analysées en détail par les autorités nationales et supranationales : renforcer la concurrence par la dérégulation ne constitue pas nécessairement la meilleure option s'il faut assurer une qualité et une fiabilité uniformes des services juridiques pour tous les utilisateurs. L'analyse économique (qui présuppose la collecte de preuves empiriques solides et l'utilisation de méthodes scientifiques communément acceptées) doit s'appliquer en permanence pour évaluer les conséquences des choix politiques et réglementaires pour le bien-être des citoyens.[4] Les régulateurs doivent être prévenus de l'utilisation d'indicateurs arbitraires comme ceux créés par IHS et dont la validité est aussi remise en question par le rapport de l'OCDE.
- **Le marché des services juridiques est concurrentiel et ses règlements n'empêchent pas la concurrence**. Ce n'est qu'après une évaluation de l'importance des réglementations professionnelles pour la protection des valeurs constitutionnelles et de l'intérêt général que les régulateurs peuvent examiner l'impact de ces réglementations sur les conditions concurrentielles du marché. Cette évaluation doit être réalisée par le biais d'études empiriques impartiales et extensives en tenant bien compte des principes établis de l'analyse économique. Le CCBE souligne que la profession d'avocat est extrêmement concurrentielle et dynamique. Les marchés des services juridiques dans l'UE et en dehors de l'UE sont pleinement exposés à la concurrence ; il n'existe pas de restrictions quantitatives de l'entrée et le nombre d'acteurs est très élevé et croît sans cesse. Les règlements ont souvent un effet favorisant la concurrence, renforçant la concurrence en matière de qualité des services. Des restrictions très strictes de la concurrence, comme les ententes et les abus de position dominante, n'ont jamais été constatées sur le marché des services juridiques[5]. La nature restrictive des règlements ne peut pas être simplement supposée, mais elle doit être vérifiée sur la base du fonctionnement des marchés dans les faits. A cet égard, il est fondamental de reconnaître que les différentes professions juridiques ne représentent pas un marché unique des services (il ne

2 Dans leurs arrêts des 23 janvier 2008 et du 10 avril 2008, la Cour d'arbitrage belge et le Conseil d'Etat français ont réaffirmé le rôle des avocats en vue de garantir le droit à la défense et l'accès au droit, en clarifiant le fait que les législateurs nationaux doivent respecter les principes fondamentaux de la profession lorsqu'ils adoptent des dispositions visant à protéger les autres intérêts publics.

3 Voir par exemple, le jugement de la Cour du 5 décembre 2006 dans les affaires jointes C-94/04 et C-202/04, Federico Cipolla c. Rosaria Fazari, née Portolese et Stefano Macrino et Cladia Capoparte c. Roberto Meloni, Rec.2006,p.I-11421. Voir aussi le jugement de la Cour du 26 juin 2007, Affaire C-305-05, Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres c. Conseil des ministres, Rec.2007,p.I-5305.

4 A cet égard, le CCBE apprécie que l'OCDE tienne compte des conclusions de l'étude préparée par Copenhagen Economics en 2006. Voir rapport pp. 115 et 116.

5 En revanche, la Cour de justice a estimé que les règlements s'appliquant à la profession d'avocat soit ne restreignent pas la concurrence, soit sont justifiés par l'intérêt public. Voir, l'ordonnance de la Cour du 17 février 2008, affaire C-250/03, Mauri, Recueil [2005] p. I-1267 et le jugement de la Cour du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, Wouters, Recueil [2002] p. I-1577.

faut pas confondre les avocats et les notaires, ces derniers disposant de plusieurs privilèges publics) et que, s'agissant de l'aspect géographique, chaque marché national est distinct et doit faire l'objet d'une analyse séparée.

A la lumière de ce qui précède, le CCBE estime que toute réforme des réglementations des avocats ne doit être entreprise que lorsqu'il aura été établi que : 1) elle n'a pas d'incidence sur les valeurs constitutionnelles pour lesquelles la profession est responsable de la promotion, 2) l'intérêt général et le bien être du consommateur sont protégés de manière adéquate et 3) les réformes peuvent, sur la base d'un analyse économique poussée, fournir une amélioration tangible et significative des conditions concurrentielles sur le(s) marché(s) concerné(s).

Commentaires du CCBE

A la lumière des principes présentés ci-dessus, le CCBE souhaiterait faire quelques commentaires d'ordre général sur le rapport.

Le CCBE reconnaît les efforts consentis par l'OCDE pour traiter la question de la réglementation des services juridiques en utilisant une approche généralement équilibrée et objective, nonobstant le point de départ et les objectifs du rapport, qui se concentrent clairement sur la remise en question des règlements.

Le CCBE juge très important le fait que, dans sa deuxième partie, le rapport effectue une analyse extensive de la question de l'asymétrie de l'information et des externalités négatives qui rendent nécessaire et justifiée la réglementation des services juridiques. Le CCBE apprécie le fait que le rapport tient également compte d'une troisième forme de défaillance du marché, à savoir « *l'insuffisance de biens publics* » [6]. En effet, la réglementation peut être jugée nécessaire si certains biens sont disponibles en grande quantité pour la société.

A cet égard, le CCBE note que le rapport indique clairement que :

« Les prestataires de services juridiques sont à l'origine d'importantes externalités positives, qui ont beaucoup de valeur pour la société en général. Les juristes jouent un rôle crucial dans la bonne administration de la justice et les notaires contribuent à la sécurité juridique en permettant que le transfert de propriété d'un bien immobilier prenne pleinement effet vis-à-vis de tiers.

A noter, parmi les externalités positives importantes des droits exclusifs, le fait qu'ils abaissent le coût de l'administration de la justice. Le fait que des affaires puissent être plaidées par des non-juristes peut faire porter une lourde responsabilité au juge (en particulier dans les affaires complexes); en revanche, des professionnels qualifiés peuvent présenter une meilleure argumentation et être à l'origine de précédents valables (Bishop 1989) »[7].

Le CCBE note également que l'on indique également que les gouvernements peuvent poursuivre des objectifs non économiques (comme la protection des droits consacrés par la constitution ou la sécurité juridique) lorsqu'ils adoptent des règlements pour les services juridiques[8]. Il est sans doute important, pour la profession d'avocat, que tous les facteurs pertinents soient pris en compte lors de la discussion des cadres réglementaires.

S'agissant de l'analyse des « *théories de la réglementation, en particulier de l'autoréglementation* », le CCBE se réjouit que le rapport reconnaisse que, malgré les travaux effectués par les économistes, il n'existe pas assez de preuves pour confirmer l'idée que la réglementation peut être adoptée pour des intérêts particuliers plutôt que publics[9].

Quant à l'analyse des règlements professionnels spécifiques (droits exclusifs et autre restriction à l'entrée, restrictions en matière d'honoraires et de publicité, et restrictions pour les organisations

6 Rapport, Page 81.
7 Rapport, Page 81.
8 Ibidem.
9 Rapport, Page 83.

commerciales et les pratiques multidisciplinaires), le CCBE note que, contrairement au rapport de la Commission européenne sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, le rapport essaie de réaliser une révision équilibrée des théories économiques en faveur de la régulation elle-même ou contre celle-ci, et il réalise les efforts nécessaires pour s'assurer de l'existence de preuves empiriques pour soutenir une des deux théories.

Il convient de souligner que, suite à l'adoption d'une approche plus équilibrée et précise, le rapport dégage des conclusions en faveur de la régulation des services juridiques, ce qui compense ou établit un équilibre avec les conclusions allant dans le sens inverse :

1. S'agissant des droits exclusifs et autres restrictions à l'entrée par exemple, le rapport établit qu' « *on dispose de peu de données empiriques démontrant que les restrictions qualitatives à l'entrée vont également de pair avec un nombre de praticiens plus limité* » et que peu corroborent l'avis que les restrictions à l'entrée ont une incidence sur le prix des services juridiques aux Etats-Unis ;[10]
2. Au sujet de la restriction des honoraires, le rapport indique qu'il n'existe pas assez de preuves permettant de lier des honoraires recommandés aux honoraires réellement demandés par les avocats et que « *les autorités de la concurrence assimilent peut-être trop rapidement honoraires recommandés et ententes sur les prix* » [11].
3. En matière de publicité, le rapport tient compte des résultats de deux études, ce qui conduit à des conclusions opposées s'agissant de l'impact de la publicité sur la qualité et le prix des services. Le rapport ne dégage pas à juste titre de conclusions politiques fortes à ce sujet ; [12]
4. Dans le même ordre d'idée, le rapport souligne qu'il existe peu de preuves empiriques confirmant les arguments en faveur de ou contre les restrictions de partenariats et d'organisation commerciale. [13]

En ce qui concerne les recommandations politiques, le CCBE peut évidemment convenir du fait que les législateurs doivent toujours considérer, lors de la révision de réglementations professionnelles, si elles donnent lieu à des externalités négatives non souhaitées. Les avocats soutiennent pleinement l'avis selon lequel, « dans certains cas, [la réglementation] *est peut-être insuffisante plutôt qu'excessive* »[14].

Comme indiqué au début du présent commentaire, le CCBE soutient l'idée, exprimée dans la quatrième recommandation politique, selon laquelle une évaluation de l'intérêt public des règles de régulation et d'autorégulation doit comprendre des objectifs non économiques reflétant les différentes orientations politiques suivies dans les pays.[15] Les objectifs non économiques sont à la base de la réglementation des avocats. Ils doivent être pris en compte non seulement en tant que facteur supplémentaire lors de l'évaluation du cadre réglementaire, mais aussi comme un de ses principaux paramètres.

Enfin, le CCBE estime qu'il est évidemment nécessaire que les législateurs doivent réaliser une analyse des coûts-avantages afin de voir si les restrictions de la concurrence sont disproportionnées ; trop souvent, les réglementations professionnelles ont été considérée comme indûment restrictives sans considérer de manière adéquate les externalités négatives que ces réglementations visent à éviter.

Remarques critiques

Compte tenu de ce qui précède, le CCBE estime nécessaire de répondre à certaines remarques critiques des auteurs du rapport.

---

10 Ibidem, Page 96.
11 Page 105.
12 Page 48.
13 Les sources principales des preuves concernent les architectes et les dentistes. Seule une étude a traité des cabinets d'avocats aux Etats-Unis. La taille moyenne des cabinets dans les pays où les LLP sont autorisés a été considérée uniquement comme « une indication possible de gains en efficacité ».
14 Page 113.
15 Ibidem.

Tout d'abord, s'agissant de l'approche générale des auteurs, le CCBE regrette que le rapport ne respecte pas les mêmes critères d'impartialité et de précision dans tout le document.

Le CCBE regrette également que l'OCDE n'ait pas vérifié la qualité et l'exactitude des contributions nationales. Plusieurs délégations du CCBE ont souligné la présence de défauts majeurs, d'erreurs factuelles et d'avis biaisés dans les contributions sur leur cadre réglementaire national.

Des exemples détaillés sont joints aux présents commentaires http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/comments_national_de1_1232620813.pdf. Compte tenu de la pertinence des questions examinées, le CCBE s'attendait à ce que les contributions nationales respectent les mêmes normes que la note de synthèse. L'absence d'uniformité affecte la validité de tout l'exercice.

En ce qui concerne des points plus spécifiques, le CCBE pense qu'il aurait été préférable, d'un point de vue analytique, que le rapport traite de chaque profession séparément. Si l'objectif du rapport était d'évaluer les restrictions concurrentielles sur les marchés des services juridiques, la définition de ces marchés aurait dû constituer une première étape inévitable. L'application d'un critère de « viabilité de l'offre » aurait dû conduire à la conclusion que, par exemple, les avocats et les notaires sont actifs sur des marchés qui se recoupent uniquement de manière partielle. Par conséquent, l'analyse de l'impact des règlements de ces marchés aurait du être séparée. Toutefois, le CCBE reconnaît que le rapport constitue un progrès important par rapport aux rapports de la Commission, qui avaient comme ambition irréaliste de traiter un ensemble de services professionnels en même temps, en mettant les avocats et les pharmaciens dans le même « panier ».

Les observations susmentionnées conduisent à un autre sujet important : dans sa deuxième ligne directrice politique, le rapport suggère que la réglementation concerne les marchés plutôt que les professions (ce qui peut expliquer le traitement simultané de tous les services juridiques). Cette idée était déjà avancée par la Commission dans son rapport d'avancement sur la concurrence dans le secteur des professions libérales qui proposait une distinction entre les catégories d'utilisateurs pour justifier différents niveaux de réglementation. Le CCBE a déjà rejeté cette idée qui semble tenir compte uniquement du problème d'asymétrie de l'information. Les barreaux européens ont souligné qu'une réglementation existe non seulement pour la sophistication supposée des personnes recourant à ces services, mais également pour protéger le public et garantir le droit à la défense et l'accès à la justice (auquel les utilisateurs « sophistiqués » ont aussi droit). En d'autres termes, les avocats (et non uniquement les services juridiques) sont réglementés dans l'intérêt du public, selon le CCBE[16].

Un dernier point qui préoccupe particulièrement le CCBE est la proposition d'une autorité de régulation indépendante pour les marchés des services juridiques. Cette proposition semble se baser sur la supposition suivante, qui n'est pas démontrée dans le rapport : « [le] *manque de légitimité* [de l'autorégulation]*, lié à l'absence de représentation des consommateurs et parties prenantes dans les instances d'autoréglementation* » et « *l'autoréglementation permet à la profession juridique de restreindre la concurrence et porte préjudice aux consommateurs* ». Le rapport met en avant les réformes récentes adoptées en Angleterre et les recommandations dans le rapport de 2006 de l'autorité de la concurrence irlandaise pour surmonter les problèmes en matière de légitimité et de prix supérieurs au prix concurrentiel, préservant ainsi la plupart des avantages de l'autorégulation[17].

Le CCBE estime que la proposition aurait dû être corroborée par une analyse plus structurée et plus approfondie du concept d'autorégulation dans les différents pays – et à tout le moins - par une étude économique crédible visant à mettre en place un certain lien entre l'« autorégulation » et le préjudice causé aux consommateurs et aux prix supérieurs au prix concurrentiel. Le CCBE ne s'oppose pas à un quelconque modèle réglementaire, pour autant que l'indépendance nécessaire de la profession d'avocat soit garantie. Toutefois, il croit fermement que les structures réglementaires devraient être choisies par les législateurs nationaux en tenant compte d'une multitude de facteurs comme c'est le cas des réglementations professionnelles. Par ailleurs, la proposition est difficile, voire impossible, à discuter dans la mesure où elle ne définit pas le concept d'autorégulation et ne fournit pas d'indication quant à l'impact éventuel sur le marché. Le CCBE constate que l'autorégulation pure des avocats

16 Commentaires du CCBE sur le rapport d'avancement de la Commission sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, Page 5.
17 Rapport, Page 117.

n'existe nulle part en Europe car les règles adoptées par les barreaux (comme les codes de déontologie) s'accompagnent toujours de dispositions statutaires et sont en tout cas soumises à l'Etat de droit et à la révision judiciaire.

Conclusions

Le CCBE estime que les notes de référence de l'OCDE constituent des documents intéressants et informatifs dans la mesure où ils établissent un cadre crédible et acceptable pour l'analyse de la régulation des services juridiques. Le CCBE apprécie le fait que les auteurs du rapport ont consenti un effort réel en vue d'évaluer les réglementations de la profession juridique de manière impartiale, en tenant compte non seulement de l'intérêt d'une concurrence accrue, mais aussi des valeurs non économiques liées à la fourniture de services juridiques.

Le CCBE estime que la méthode choisie par l'OCDE est acceptable sur le fond. Le CCBE juge donc que le rapport peut dans cette mesure être considéré comme représentant une base de discussion raisonnable. Toutefois, s'agissant de l'évaluation concrète de l'incidence des réglementations professionnelles sur le fonctionnement du marché, le CCBE estime nécessaire de réaliser une analyse factuelle adéquate. A cet égard, il n'est pas possible de tirer des conclusions à partir du rapport en soi, rapport qui est nécessairement un travail théorique, contenant une révision des études empiriques réalisées dans différents pays à des fins différentes et sans approche uniforme.

De même, le CCBE et ses barreaux membres déplorent le fait que les contributions nationales sont biaisées, imprécises et erronées dans certains cas et que toutes les sections du rapport ne répondent pas toutes aux mêmes normes d'exactitude et d'impartialité. Des commentaires complémentaires sont disponibles à l'adresse http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/comments_national_de1_1232620813.pdf.

Enfin, le CCBE se pose la question de l'adéquation de certaines conclusions politiques dégagées par le rapport, en particulier celles qui concernent la régulation des services (plutôt que des professions) et l'établissement d'une autorité de régulation pour les marchés des services juridiques. LE CCBE estime que ces conclusions nécessiteraient une analyse approfondie des implications économiques et institutionnelles qui aille au-delà du champ du rapport. Le CCBE et ses barreaux membres souhaitent contribuer avec l'OCDE à la réalisation d'une analyse plus approfondie de ces questions en vue de servir l'intérêt public et l'Etat de droit de la meilleure manière qu'il soit.