



Représentant les avocats d'Europe
Representing Europe's lawyers

**REMARQUES SUR L'ANALYSE JURIDIQUE DE LA COMMISSION
DANS SON RAPPORT SUR LA CONCURRENCE
DANS LE SECTEUR DES PROFESSIONS LIBERALES**

Conseil des Barreaux de l'Union européenne – Council of the Bars and Law Societies of the European Union

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.org – www.ccbe.org

REMARQUES SUR L'ANALYSE JURIDIQUE DE LA COMMISSION DANS SON RAPPORT SUR LA CONCURRENCE DANS LE SECTEUR DES PROFESSIONS LIBERALES

I. Introduction

Ce document présente les remarques du Conseil des Barreaux de l'Union européenne (CCBE) sur la Communication de la Commission intitulée « Rapport sur la Concurrence dans le secteur des professions libérales », publié le 9 février 2004 (ci-après dénommé le « Rapport »). Le CCBE, à travers ses barreaux membres, représente plus de 700.000 avocats européens devant les institutions européennes.

Ce document se divise en deux parties. La première se compose d'un commentaire général sur le contexte des travaux de la Commission quant au secteur des professions libérales pendant ces deux dernières années. La deuxième partie porte sur l'analyse de la Commission du cadre juridique communautaire dans lequel les régulations des organes publics ou professionnels supposées restrictives doivent être analysées.

II. Contexte des travaux de la Commission sur la concurrence dans le secteur des professions libérales

Le CCBE a déjà envoyé à la Commission européenne sa propre critique économique de la recherche menée pour le compte de la Commission et qui fait partie des renseignements avant la publication de son Rapport. La recherche pour la Commission a été menée par l'Institut des Etudes Supérieures (IHS) de Vienne et s'intitule « Impact économique des réglementations des États Membres dans le domaine des professions libérales » (« l'étude IHS »). La critique du CCBE à cet égard, rédigée par une société indépendante d'économistes, conclut qu'il serait plus prudent de ne pas baser de conclusions de principe sur cette recherche au vu de ses défauts.

On pourrait avancer qu'il est désormais trop tard pour énumérer les problèmes liés à la recherche de départ mais le CCBE estime qu'il est important de rappeler que la Commission a fondé ses conclusions sur des informations inadaptées. Par exemple, nous souhaiterions faire remarquer les points suivants tirés de la critique adressée à la Commission et d'autres réponses à la recherche de départ :

- l'approche purement économique omet de tenir compte de la raison de cette réglementation alors qu'à plusieurs reprises la Cour de Justice des Communautés européennes a reconnu que cette réglementation pourrait s'avérer indispensable pour protéger les intérêts publics primordiaux tels que l'accès à la justice ;
- des marchés non-réglementés sont utilisés comme point de référence dans la recherche sans se demander à aucun moment si la demande de services juridiques est comparable sur ce type de marchés à celle sur des marchés plus réglementés, si l'accès à la justice y est meilleur, si les problèmes y sont résolus de manière équivalente et si la protection des consommateurs y est au moins aussi bonne ;
- un préjugé apparaissait dans la recherche contre le fait d'étudier si certains règlements avaient amélioré la protection des consommateurs ;

- comme exemple de ce parti pris en faveur de la déréglementation sans autre analyse, le cas de la Finlande a été repris sans citer les faits clés comme le fait que le fournisseur d'assurance en frais de justice en Finlande impose qu'un avocat soit impliqué, que l'Etat garantit l'accès à un avocat par l'intermédiaire de 67 centres de conseil juridique dans lesquels 10 % des avocats sont employés et que 75 % de la population peut employer gratuitement et que certains ouvrages critiquent la qualité des services juridiques fournis par des non-avocats en Finlande ;
- les marchés ont été définis comme libéraux ou non-libéraux selon un règlement professionnel uniquement, sans tenir compte du droit substantiel et du système juridique dans lequel les avocats exercent et qui auraient pu nécessiter une différente approche en terme de règlement professionnel ;
- la recherche se caractérise par un manque de connaissance de la profession ; elle ignore une large part des ouvrages existant sur les professions juridiques dans les Etats membres et est basée sur des données qui doivent être remises en question car elles ont été obtenues en réponse à un questionnaire qui était lui-même formulé d'une manière pouvant induire en erreur les destinataires, d'autant plus qu'il n'était disponible qu'en anglais ; en outre, tous les barreaux ne l'ont pas reçu et tous les barreaux n'y ont pas répondu ;
- les membres du CCBE nous ont transmis de nombreux exemples d'erreurs dans les conclusions factuelles de la recherche (les avocats autrichiens, par exemple, apparaissent dans la liste des pays qui fournissent des prix minimums dans le rapport de la Commission alors qu'il n'existe pas de tarifs minimums pour les avocats en Autriche ; l'Italie, contrairement à ce qui est indiqué dans l'étude de l'IHS, n'interdit pas la plupart des formes de publicité) ;
- en ce qui concerne les obstacles à l'entrée, la recherche a mal interprété les conclusions – par exemple, elle souligne les examens et durée de stage sans tenir compte, par exemple, qu'en Espagne où il est possible de devenir avocat sans qualification après le diplôme universitaire, les diplômés en droit espagnols sont tenus de travailler au sein d'un cabinet d'avocats gratuitement ou pour une modique somme afin d'effectuer le stage pratique indispensable pour leur permettre de monter l'échelle ; la recherche a aussi négligé que ces conditions d'entrée avaient été instaurées dans les différents pays pour protéger la qualité des services que fourniront les futurs avocats ;
- en ce qui concerne les méthodes de rémunération, la recherche ignore le contexte social et juridique dans lequel des honoraires fixes pour les avocats ont été instaurés par certains Etats membres pour améliorer l'accès à la justice.

Le CCBE pense qu'il n'est pas trop tard pour émettre ces commentaires ni qu'ils sont hors de propos maintenant que la Commission a décidé de publier son Rapport. Alors que le CCBE accueille favorablement la consultation des représentants des professions libérales récemment entreprise par la Commission, il regrette que la Commission ait ressenti le besoin de tirer des conclusions en publiant le Rapport avant de finaliser son analyse et sa réflexion sur la nécessité de disposer d'un règlement dans le secteur des professions libérales.

Le CCBE souhaiterait encore ajouter trois commentaires généraux. Premièrement, nous estimons que la Commission ne devrait pas essayer d'appliquer le droit de la concurrence de l'UE à des affaires qui, en vertu du contexte constitutionnel de l'UE, relèvent de la compétence des Etats membres (à moins que et jusqu'au moment où le Conseil et le Parlement de l'UE légifèrent à ce sujet), comme l'accès à

la justice, qui comprend des problèmes tels que la représentation devant les tribunaux ou les tarifs que les tribunaux doivent appliquer pour liquider les honoraires d'avocat. Si la Commission ne clarifie pas ce point, les autorités de concurrence nationales risquent sérieusement de s'embarquer dans des initiatives mal fondées en se basant sur le Rapport. La Commission doit garder à l'esprit que certaines professions jouent un rôle important dans la société parce qu'elles assurent l'accès aux droits garantis par la constitution (comme les médecins qui sont très logiquement en dehors du champ du Rapport et les avocats). Le rôle clé joué par la profession d'avocat dans les démocraties qui se basent sur l'Etat de droit a été reconnu au niveau européen par le Parlement européen et le Conseil de l'Europe¹.

Deuxièmement, nous sommes surpris que ni le Rapport de la Commission ni l'étude de l'IHS sur laquelle elle se basait ne reprennent une analyse du droit de la concurrence traditionnel comme l'impose la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes – et le Rapport ne fait même pas état du fait que ce type d'analyse devrait être menée. Une analyse de ce genre devrait débiter par une identification du marché en question (un ou plusieurs marchés des services, un ou plusieurs marchés géographiques), suivie d'une analyse des conditions de la concurrence qui prévalent sur les marchés en question, en particulier par rapport au contexte économique dans lequel les entreprises fonctionnent et la structure du marché, et par une analyse de l'effet sur la concurrence des règles que l'étude et le Rapport identifient comme posant un problème éventuel d'un point de vue de la concurrence. Par exemple, aucun débat appréciable n'apparaît dans le Rapport quant à la concurrence significative existant sur le marché des services juridiques. L'offre de services juridiques est en outre extrêmement atomisée et les avocats sont donc généralement soumis au pouvoir de négociation de leurs clients (c'est en particulier le cas pour les « clients fidèles »). Nous ne comprenons pas pourquoi la Commission devrait se soucier de la concurrence grandissante dans les marchés qui sont déjà intensément compétitifs ou réunir des professions qui opèrent dans des conditions de marché radicalement différentes (comme les avocats et les comptables ou les pharmaciens).

Cela ne signifie pas que la Commission n'a pas le droit d'essayer de lever les obstacles existant par rapport au libre établissement et à la libre prestation de service qui pourraient exister (nonobstant que les avocats sont les plus avancés dans ce domaine puisqu'ils bénéficient de deux directives sectorielles). Cependant, le moyen approprié à cette fin est une directive du Conseil et du Parlement européen qu'une direction générale différente au sein de la Commission a récemment mis en avant.

Troisièmement, le CCBE souhaiterait savoir s'il est opportun que la DG Concurrence parle d'une réduction de réglementation pour les professions libérales après le genre de scandales qui se sont produits récemment aux niveaux international et européen, tels qu'Enron et Parmalat. Dans ce contexte, le CCBE renvoie à la récente proposition de la Commission européenne qui semble tenir compte de cette évolution, à savoir la proposition de nouvelle directive de la Commission européenne concernant le contrôle légal dans l'UE du 16 mars 2004. Le CCBE constate que la Commission elle-même indique dans un communiqué de presse publié le jour de la publication de la proposition que le projet de directive clarifierait les obligations des contrôleurs légaux et fixerait des principes éthiques permettant de garantir leur objectivité et leur indépendance. Constatant que la Commission souligne dans le contexte de cette proposition l'importance de disposer de contrôleurs légaux indépendants qui se conforment à certaines normes d'éthique, nous souhaiterions savoir si la Commission ne pense pas que l'indépendance des avocats est également importante et devrait donc être également protégée.

¹ Voir dans ce contexte la résolution du Parlement européen sur la tarification obligatoire des honoraires de certaines professions libérales, notamment des avocats, et le rôle et la position particulière qu'occupent les professions libérales dans la société moderne du 5 avril 2001 (B5-0247/2001), et la Recommandation du Conseil de l'Europe Rec(2000)21 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat du 25 octobre 2000.

III. L'analyse de la Commission du cadre juridique de la Communauté

Dans un premier temps, le CCBE constate que, par l'intermédiaire du Rapport, au lieu de dresser un état des lieux de la loi en matière d'application des règles européennes de concurrence aux règlements professionnels, la Commission prône un changement dans le règlement de certaines professions libérales dans les Etats membres de l'UE. A cette fin, le Rapport émet un certain nombre d'affirmations et de suggestions qui ne semblent pas être totalement en accord avec la jurisprudence de la Cour de Justice, et en particulier avec les célèbres arrêts *Wouters* et *Arduino*, rendus par la Cour en session plénière.

Toutefois, tout comme la Commission le reconnaît², dans le système résultant de la modernisation qui mettra plus en avant l'auto-évaluation des entreprises et une application accrue des règles de concurrence européennes par les autorités et juridictions nationales, les Communications de la Commission, telles que des avis ou des lignes directrices, joueront un rôle primordial dans la clarification de l'application des règles européennes de concurrence. Dès lors, dans le nouveau système, il est essentiel que la Commission évite toute erreur de compréhension quant à la signification de la jurisprudence de la Cour, afin d'éviter des actions mal conseillées par les autorités de concurrence nationales ou les Cours, qui pourraient entraîner des conséquences très graves pour les parties impliquées.

En outre, le CCBE constate que la Commission n'a pas abordé un seul sujet crucial dans ce rapport, tel que l'application éventuelle de l'article 86(2) du Traité aux membres de la profession d'avocat³. Il souhaiterait connaître la raison du silence de la Commission à ce sujet lors de ses consultations avec les autorités nationales.

Le CCBE remarque également que l'approche à l'égard des règlements professionnels dans ce rapport n'est pas tout à fait conforme avec la récente proposition de directive cadre sur les services dans le Marché Intérieur⁴ avancée par la Commission. Cette proposition reconnaît la nécessité de réglementation⁵ dans le cadre de certaines activités des professions libérales (telles que la publicité). De surcroît, la proposition encourage l'élaboration, au niveau communautaire, de code de conduite pour les professions réglementées traitant de la publicité et des règles d'éthique professionnelles afin d'assurer l'indépendance, l'impartialité et le secret professionnel⁶, adoptant donc une attitude relativement plus positive que le Rapport en matière de réglementation des organes professionnels.

² Voir section 3 de l'exposé des motifs de la proposition de la Commission pour un règlement du Conseil sur la transposition des règles consacrées aux articles 81 et 82 du traité, J.O.C.E. C 365-284, dans laquelle la Commission indique que « dans le domaine du droit communautaire de la concurrence, l'appréciation par les entreprises de leurs propres pratiques est facilitée par les exemptions par catégorie et par les communications et lignes directrices de la Commission, qui expliquent l'application des règles. Pour compléter la réforme, la Commission s'engage par ailleurs à intensifier ses efforts en la matière ».

³ Cet article autorise les entreprises qui assurent des services d'intérêt économique général à être soumises aux règles de concurrence uniquement tant que l'application de telles règles ne fait pas échec à l'accomplissement de la mission qui leur a été impartie. Dans ses conclusions dans l'affaire *Wouters*, (10 juillet 2001 [2002], Recueil I-1577, paragraphes 155-2001), l'avocat général Léger a estimé que l'article 86(2) s'appliquait aux avocats exerçant aux Pays-Bas. L'avocat général a conclu que le règlement du Barreau néerlandais interdisant les associations multidisciplinaires entre les avocats et les experts-comptables tombait dans le champ d'application de l'article 81(1) du traité, sans causer préjudice à l'application de l'article 86(2). Il a également ajouté que cet article pouvait s'appliquer au règlement du Barreau néerlandais s'il était démontré qu'une telle mesure était nécessaire à la protection de l'indépendance et du secret professionnel des avocats.

⁴ Proposition de la Commission d'une directive du Parlement européen et du Conseil européen relative aux Services dans le Marché Intérieur, disponible sur : http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2004/com2004_0002fr01.pdf.

⁵ L'article 29 de la proposition de directive établit par exemple que la publicité des membres de professions réglementées « doit respecter les règles professionnelles qui visent, notamment, l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel en fonction de la spécificité de chaque profession. » Voir également l'article 39.1.a).

⁶ Voir article 39.1.b) de la proposition de directive

A. Responsabilités des membres des professions libérales en vertu des règles européennes de concurrence

1. L'analyse de la Commission de l'« exception Wouters »

Pour le CCBE, le Rapport ne reflète pas exactement l'importance de l'arrêt *Wouters*⁷ dans lequel la Cour de justice des Communautés européennes met en avant la loi en matière de l'application de l'article 81 à l'autorégulation des Barreaux.

Lorsque l'on analyse ce qu'elle appelle « l'exception *Wouters* », la Commission indique (au paragraphe 75) qu'une partie du test d'évaluation visant à voir si un règlement professionnel tombe dans le champ d'application de l'article 81(1) du traité, s'attache à constater si les restrictions de concurrence d'un tel règlement ne peuvent pas « *aller au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir la bonne pratique de la profession* ». Cette affirmation doit être lue en parallèle avec l'invitation lancée par la Commission aux organes professionnels européens afin qu'ils revoient les restrictions contenues dans leurs règles et règlements existants, en regardant, entre autres, « *s'il n'existe pas d'autres moyens moins restrictifs pour parvenir* » à l'objectif souhaité (paragraphe 93 et 94).

Toutefois, le CCBE estime qu'un élément distinctif de l'arrêt *Wouters* est précisément la reconnaissance par la Cour de l'existence d'une marge de discrétion laissée aux Barreaux dans leur estimation de ce qui est adéquat et approprié en vue de protéger la bonne pratique de la profession.

Selon la Cour, l'évaluation, en vertu de l'article 81, d'un règlement professionnel donné adopté par un barreau doit tout d'abord tenir compte « *du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence 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.* »⁸ En effet, à la lumière de ces objectifs, le règlement d'un barreau, bien que produisant une restriction de la concurrence, peut tomber en dehors du champ d'application de l'article 81 (1). La Cour reconnaît donc que les règlements des barreaux participent à la protection des intérêts publics primordiaux. Il résulte également de l'arrêt que (au moins en l'absence d'une harmonisation législative au niveau européen) les intérêts publics ne tenant pas compte des principes de concurrence de l'UE doivent être trouvés dans le système juridique de l'Etat membre dans lequel le règlement est adopté ou montre ses effets, et qu'il n'existe rien de tel qu'un test sur l'intérêt public européen quelle qu'en soit la définition.

A cet égard, la Cour a clairement établi que le fait que des règlements moins restrictifs pouvaient être applicables dans certains Etats membres ne signifiait pas que les règlements plus restrictifs en vigueur dans un autre Etat étaient contraires au droit communautaire de la concurrence⁹. Aux yeux du CCBE, la Cour le reconnaissant également, cela est dû au fait qu'en l'absence de règlements communautaires propres à un domaine, chaque Etat membre reste en principe libre de réglementer l'exercice de la profession d'avocat sur son territoire¹⁰. Dès lors, différents Etats membres peuvent adopter différents moyens de protéger les valeurs essentielles et en conséquence, les règlements professionnels pourraient varier d'un Etat membre à l'autre.

⁷ Affaire C-309/99, *Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002], Recueil I-1577.

⁸ Arrêt *Wouters*, paragraphe 97.

⁹ Arrêt *Wouters*, paragraphe 108.

¹⁰ Arrêt *Wouters*, paragraphe 99.

Dans l'affaire *Wouters*, par exemple, la Cour a jugé que l'approche des Pays-Bas était de considérer les obligations suivantes comme nécessaires à la bonne pratique de la profession d'avocat : (i) le devoir de défendre son client en toute indépendance et dans l'intérêt exclusif de celui-ci ; (ii) le devoir d'éviter tout conflit d'intérêt ; et (iii) le devoir de respecter un strict secret professionnel. Il n'existait aucune obligation comparable pour les experts-comptables aux Pays-Bas¹¹. Dans ce cas, le fait que les associations multidisciplinaires d'avocats et d'experts comptables étaient autorisées dans certains Etats membres n'était pas pertinent pour évaluer si le règlement du Barreau néerlandais interdisant de telles associations tombait dans le champ d'application de l'article 81(1) du traité, l'analyse devant être réalisée en tenant compte du contexte national (par exemple, dans l'affaire *Wouters*, des régimes juridiques auxquels les membres du Barreau et les experts-comptables sont respectivement soumis aux Pays-Bas).

Il faudrait également noter que les valeurs essentielles identifiées par la Cour comme pertinentes pour la réglementation néerlandaise concernée ne constituent pas une liste exhaustive. Bien que, de manière générale, on estime que de telles valeurs sont acceptées par la profession d'avocat en Europe, d'autres valeurs essentielles peuvent être identifiées dans d'autres Etats membres et ont d'ailleurs été mentionnées dans la législation européenne¹².

A la lumière des éléments ci-dessus, les fréquentes déclarations de la Commission dans la section du Rapport analysant les principales catégories des règlements supposés restrictifs afin de savoir si de telles restrictions ont été supprimées ou assouplies dans certains Etats membres, ceci pouvant laisser supposer qu'il existerait d'autres moyens moins restrictifs pour obtenir le résultat souhaité, ne devraient pas être comprises comme le fait que des règlements « plus restrictifs » dans les autres Etats membres pourraient être jugés contraires au droit communautaire de la concurrence. Pour cette raison, aucun Code de déontologie existant adopté au niveau européen (tel que le propre Code du CCBE qui s'applique uniquement à l'exercice transfrontalier) ne peut être considéré comme une mesure lorsqu'il faut protéger l'exercice propre de la profession dans l'UE ou dans n'importe quel Etat membre.

Considérant cela, le CCBE reconnaît que certaines déclarations dans l'affaire *Wouters* indiquent qu'un règlement professionnel ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 81(1) du traité si (i) ses effets restrictifs ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le bon exercice de la profession d'avocat, tel que jugé dans l'Etat membre concerné ; et (ii) qu'il n'existe aucun moyen moins restrictif.

Toutefois, le point majeur de l'affaire *Wouters* est que la Cour a clairement indiqué que les Barreaux disposaient d'une certaine marge de discrétion dans leur évaluation de ce qui est approprié et nécessaire en vue de protéger le bon exercice de la profession, à la lumière de leur contexte national respectif et des perceptions de la profession dans ces Etats¹³. En d'autres termes, aux yeux du CCBE, l'arrêt *Wouters* met en avant le principe selon lequel, les Barreaux étant mieux à même d'évaluer si un règlement professionnel restrictif est nécessaire pour protéger les valeurs essentielles

¹¹ Arrêt *Wouters*, paragraphes 100 à 103.

¹² Voir article 29 de la proposition de directive sur les services sur le Marché Intérieur, citée à la note de bas de page 2 ci-dessus, et l'article 8 de la directive 2000/21/CE du Parlement et du Conseil du 8 juin relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le Marché intérieur (directive sur le commerce électronique), disponible à l'adresse Internet : http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717fr00010016.pdf.

¹³ Dans l'arrêt *Wouters*, la Cour établit au paragraphe 108 que « L'ordre néerlandais des avocats est en droit de considérer que les objectifs poursuivis par la *Samenswerkingsverordering* de 1993 ne peuvent, compte tenu du régime juridique auquel sont soumis respectivement les avocats et les experts-comptables aux Pays-Bas, être atteints par des moyens moins restrictifs » (emphase ajoutée) ; elle conclut au paragraphe 107 que « un règlement tel que la *Samenswerkingsverordering* a dès lors pu être raisonnablement considéré comme nécessaire pour garantir le bon exercice de la profession d'avocat, telle qu'elle est organisée dans l'Etat membre concerné ».

de la profession d'avocat, ils doivent utiliser ce pouvoir pour choisir la solution qu'ils estiment la plus appropriée à cette fin (celui-ci n'étant pas forcément le moins restrictif).

Il faut également considérer que les barreaux doivent pouvoir contrôler que les règles qu'ils adoptent sont respectées. Comme l'a reconnu l'Avocat Général Léger dans l'affaire *Wouters*, les barreaux ne peuvent pas continuer de contrôler de manière généralisée et envahissante leurs membres¹⁴. En conséquence, les barreaux doivent pouvoir émettre des règlements de manière à veiller effectivement à leur respect.

B. Responsabilité des Etats membres

1. *L'absence de test de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour sur la responsabilité des Etats membres en vertu des articles 3(1)(g), 10(2) et 81(1) du traité*

Dans la partie traitant de la responsabilité des Etats membres, la Commission établit que « *[un] test de proportionnalité soit approprié pour déterminer dans quelle mesure une réglementation professionnelle anticoncurrentielle sert l'intérêt général. Dans ce but, il serait utile que chaque règle repose sur un objectif clairement défini et s'accompagne d'une explication indiquant pourquoi la mesure de régulation choisie est le mécanisme le moins restrictif permettant de réaliser l'objectif défini* » (paragraphe 88). Cette affirmation constitue la base de l'invitation, contenue à la section 6.1 du Rapport, aux organismes chargés de la réglementation dans les Etats membres à réexaminer leurs législations et règlements nationaux et, en particulier, à examiner (i) si les restrictions existantes visent à réaliser un objectif clairement défini et légitime d'intérêt général ; (ii) si elles sont nécessaires pour atteindre cet objectif ; et (iii) s'il n'existe pas d'autres moyens moins restrictifs pour y parvenir¹⁵.

A cet égard, le CCBE constate que dans la jurisprudence relative à la responsabilité des Etats membres en vertu des articles 3(1)(g), 10(2) et 81(1) du traité, il n'est nullement fait mention du besoin que les mesures de l'Etat poursuivent des objectifs légitimes d'intérêt public général, tels que mesurés par un organisme autre que le législateur national, et de la nécessité d'être proportionnels pour parvenir à ces objectifs. Comme il est établi par la Cour dans l'affaire *Arduino*,¹⁶ en vertu de cette jurisprudence, bien que, par lui-même, l'article 81 du traité s'intéresse uniquement au comportement des entreprises et ne vise pas des mesures législatives ou réglementaires émanant des Etats membres, il n'en reste pas moins que cette disposition, lu en combinaison avec l'article 10(2) du traité, « *impose aux Etats membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises* »¹⁷. En particulier, la Cour a retenu qu'il y a violation des articles 10(2) et 81(1) lorsqu'un Etat membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique

¹⁴ Affaire *Wouters*, conclusions de l'Avocat Général, paragraphe 194

¹⁵ Voir paragraphe 93. Voir également le résumé dans lequel la Commission indique "Lorsqu'un Etat membre délègue son pouvoir de décision à une association professionnelle sans mesures de sauvegardes suffisantes, à savoir sans indiquer clairement quels sont les objectifs d'intérêt général à respecter, sans se réserver le pouvoir de décision en dernier ressort et sans conserver le contrôle de la mise en oeuvre, peut également être tenu responsable de toute infraction qui en résulte" (emphase ajoutée).

¹⁶ Affaire C-35/99, *Manuele Arduino, en présence de Diego Dessi, Giovanni Bertolotto et Compagnia Assicuratrice Ras SpA*, [2002] Recueil I-1529.

¹⁷ *Arduino*, paragraphe 34.

en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique¹⁸.

Dès lors, si une mesure d'un Etat membre comporte un des effets susmentionnés, il viole les articles 3(1)(g), 10(2) et 81(1) du traité, peu importe si elle poursuit un objectif légitime d'intérêt du public, dont l'existence devrait en tous cas devrait être prévue dans la législation ou la réglementation nationales, et si elle est proportionnelle à son objectif. En revanche, si une mesure d'un Etat membre n'a pas un des effets susmentionnés, elle ne viole par les 3(1)(g), 10(2) et 81(1) du traité même si, éventuellement, elle ne poursuit pas un objectif légitime d'intérêt public ou si elle n'est pas proportionnelle à l'objectif.

L'opinion du CCBE sur la jurisprudence est tout à fait en accord avec le fond et la forme du traité. Contrairement aux dispositions relatives aux « quatre libertés », les règles de concurrence du traité visent les entreprises et non les Etats membres. Si les entreprises n'ont pas un comportement anticoncurrentiel, les règles de la concurrence ne peuvent pas s'appliquer à une mesure étatique, quel que soit l'objectif ou l'effet de cette mesure.¹⁹

Pour conclure, le CCBE suggère qu'il n'existe actuellement aucune base dans la législation communautaire de concurrence pour l'intérêt public ou le test de proportionnalité proposé par la Commission au paragraphe 88 du Rapport. Dans ce cas, les Etats membres n'ont pas l'obligation conformément au droit de l'UE d'amender leurs règlements restrictifs actuels pour se conformer à ce test.

Sur la base de ce qui est mentionné ci-dessus, il est peu probable qu'une éventuelle mesure nationale « non proportionnelle » conduise l'autorité nationale de concurrence à la laisser inappliquée. En effet, récemment, dans l'arrêt *CIF*²⁰, souvent cité par la Commission dans son Rapport, la Cour a indiqué que les autorités nationales de concurrence avaient le devoir de laisser inappliquées les mesures nationales contraires aux règles de concurrence, mais elle n'a pas élaboré de nouveaux critères de fond pour déterminer quand une mesure nationale est contraire aux articles 3(1)(g), 10(2) et 81(1) du traité. Au contraire, la Cour a fait référence à la jurisprudence relative à l'obligation de chaque Etat membre de s'abstenir d'introduire ou de maintenir en vigueur des mesures, y compris les mesures à caractère législatif ou de régulation, qui pourraient rendre inefficaces les règles de concurrence du traité applicables aux entreprises²¹. Comme on l'a déjà mentionné, cette jurisprudence ne fournit pas l'intérêt public ou le test de proportionnalité proposé par la Commission. Toute suggestion de la Commission, selon laquelle les autorités nationales de concurrence peuvent ne pas appliquer les mesures étatiques autres que sur base du test de légalité établi par la jurisprudence de longue date de la Cour, pourrait avoir des effets perturbateurs sur le système juridique européen.

2. Le test établi par la Cour dans l'affaire Arduino

Dans la section analysant la responsabilité des Etats membres, la Commission émet également des remarques sur l'arrêt *Arduino*. En particulier, elle indique que dans l'affaire, « *la participation de*

¹⁸ Voir affaire 267/86, *Van Eycke*, [1988] Recueil 4769, paragraphe 16; affaire C-185/91, *Reiff*, [1993] Recueil I-5801, paragraphe 14; affaire C-153/93, *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, [1994] Recueil I-2517, paragraphe 14; affaire C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, [1995] Recueil I-2883, paragraphe 21; et affaire C-35/96, *Commission v Italie* (tarif des expéditeurs en douane), [1998] Recueil I-3851, paragraphe 54.

¹⁹ Il est évident que, comme l'a constaté l'Avocat Général Tesouro dans l'affaire *Meng* (Affaire C-2/91, [1993] Recueil I-5751, conclusions, paragraphe 30) l'approche de la Cour n'est pas de nature à accorder une immunité complète aux règlements étatiques. En effet, un règlement étatique affectant également une des quatre libertés sera autorisé à rester uniquement si cela est absolument indispensable et proportionné pour la poursuite de raisons primordiales de politique publique reconnues au niveau communautaire.

²⁰ Affaire C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), pas encore communiqué.

²¹ Voir ci-dessus note de bas de page 19.

*l'association professionnelle dans la fixation des barèmes se limitait à proposer un projet que le ministre compétent pouvait modifier. Il n'y a donc pas eu de délégation contestable des compétences à des opérateurs privés »*²² (paragraphe 86, emphase ajoutée). Par conséquent, la Commission établit que parmi les mesures ou les pratiques des Etats membres qui peuvent être contestées sur la base des articles 3(1)(g), 10(2), 81(1) du traité, il existe, *entre autres*, « les pratiques où les autorités d'un Etat membre sont uniquement habilitées à rejeter ou à appliquer les propositions des ordres professionnels, sans être en mesure de modifier leur contenu ni d'y substituer leur propre décision » (paragraphe 87, emphase ajoutée).

Dans l'affaire *Arduino*, la Cour conclut que, en adoptant un système dans lequel l'échelle fixant les honoraires minimum et maximum des avocats est adoptée par le ministre italien de la Justice sur la base d'un projet préparé par le *Consiglio Nazionale Forense* (Conseil national de l'ordre des avocats, ci-après dénommé le « CNF »), l'Etat italien n'a pas vidé ses propres règles du caractère de la législation en laissant à des opérateurs économiques privés le soin de prendre des décisions concernant la sphère économique et donc n'était pas responsable en vertu des articles 3(1)(g), 10(2) et 81(1) du traité. En particulier, la Cour a trouvé que l'Etat italien n'avait pas renoncé à son pouvoir de prendre des décisions en dernier ressort notamment car la CNF est uniquement responsable de l'élaboration d'un projet de tarifs qui, en soi, n'est pas obligatoire. En effet, sans l'approbation du ministre, le projet de tarif ne serait pas entré en vigueur et les tarifs adoptés précédemment seraient restés en vigueur. Par conséquent, la Cour a établi que « le ministre a le pouvoir de faire amender le projet par la CNF » (emphase ajoutée).²³

Dès lors, contrairement à ce que la Commission indique dans le Rapport, dans l'affaire *Arduino*, l'autorité de l'Etat membre, c'est-à-dire le ministre de la Justice, n'avait pas « le pouvoir d'amender le tarif » et « pouvait seulement rejeter ou accepter » la proposition du CNF. Toutefois, la Cour a indiqué que, en refusant d'accepter le projet de tarif avec comme conséquence le maintien de l'ancien tarif, le ministre pouvait enjoindre le CNF d'amender son projet conformément à ce qu'il avait indiqué. Cette circonstance a été jugée suffisante par la Cour pour en conclure que l'Etat italien n'avait pas renoncé à son pouvoir de décision en dernier ressort²⁴.

Pour ces raisons, le CCBE estime que la description, faite par la Commission, des faits de l'affaire *Arduino* et des mesures des Etats membres qui peuvent être contestées conformément aux articles 3(1)(g), 10(2) et 81(1) du traité en se basant sur l'arrêt *Arduino*, est ambiguë et laisse une latitude à une interprétation qui ne serait conforme à la jurisprudence de la Cour.

* * *

*

²² Nous constatons au passage que la Cour dans l'Affaire *Arduino* n'a pas abordé la nature du Conseil des barreaux national italien et ne l'a en aucun cas qualifié « d'opérateur privé ».

²³ Arrêt *Arduino*, paragraphe. 41.

²⁴ La Cour accorde également une importance aux circonstances dans lesquelles l'Etat italien a conservé le pouvoir de révision. En effet, conformément au droit italien, les honoraires sont fixés par les juridictions, en tenant compte de la gravité et du nombre de sujets traités. Ils doivent rester dans les limites définies par l'échelle. Toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles et suite à une décision dûment réfléchie, la Cour peut s'écarter des limites fixées par l'échelle.