



Représentant les avocats d'Europe
Representing Europe's lawyers

SOUSSION ECONOMIQUE DU CCBE SUR LE SUIVI DU RAPPORT SUR LA CONCURRENCE DANS LE SECTEUR DES PROFESSIONS LIBERALES

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif - RPM Bruxelles 0.467.250.186

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

SOUSSION ECONOMIQUE DU CCBE SUR LE SUIVI DU RAPPORT SUR LA CONCURRENCE DANS LE SECTEUR DES PROFESSIONS LIBERALES

I. Introduction

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente plus de 700.000 avocats à travers ses barreaux et law societies membres.

Le présent document constitue la soumission économique du CCBE en réponse au suivi du rapport de la Commission sur la concurrence dans le secteur des professions libérales intitulé « Services professionnels – Poursuivre la réforme, Suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, COM(2004) 83 du 9 février 2004 » (ci-après dénommé le « suivi du rapport »)¹.

En novembre 2005, la CCBE a déjà publié sa réponse au suivi du rapport dans laquelle il annonçait la soumission d'un autre document sur l'approche économique de l'exercice de la Commission².

L'objectif de ce document est de montrer qu'une déréglementation supplémentaire de la profession ne générerait pas d'avantages économiques susceptibles de contrebalancer les impacts négatifs importants sur les clients, la société et l'accès à la justice. Pour ce faire, il se référera à la structure de la profession d'avocat et à un certain nombre de règles professionnelles qui ont été remises en question dans le passé, que ce soit au niveau européen ou national.

Le CCBE s'est inspiré de différentes sources pour établir le document, en particulier du rapport de janvier 2006 du Copenhagen Economics sur « The Legal Profession, Competition and liberalisation »³ (la profession d'avocat, concurrence et libéralisation). Ce rapport, rédigé à la demande des barreau et law society danois, constitue une analyse économique du marché des services juridiques au Danemark. Bien que ce rapport se limite au marché juridique danois, nombre d'observations peuvent être formulées de manière plus générale et peuvent également s'appliquer aux autres marchés nationaux de la profession d'avocat.

II. Observations générales

A. Le besoin de réglementer

Bien qu'ils partent habituellement du fait qu'un marché non réglementé propose les meilleures solutions économiques, les économistes sont conscients qu'il existe des exceptions et que la réglementation peut pallier aux dysfonctionnements du marché qui se produiraient dans un marché non réglementé.

Dans le cadre de l'analyse de la profession d'avocat, le CCBE souhaiterait souligner l'existence d'aspects à caractère non économique et économique qui montrent clairement la nécessité d'une certaine réglementation de la profession.

¹ Le rapport de février 2004 de la Commission et le suivi du rapport de septembre 2005 sont disponibles à l'adresse Internet suivante : <http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/#liberal>.

² La réponse du CCBE au suivi du rapport de la Commission est disponible à l'adresse Internet suivante : http://www.ccbe.org/doc/Fr/CCBE_response_follow_up_report_fr.pdf.

³ Le rapport en anglais de Copenhagen Economics est disponible à l'adresse Internet suivante : http://www.copenhageneconomics.com/publications/The_legal_profession.pdf.

(i.) Aspects non économiques

Les avocats jouent un rôle fondamental dans l'administration de la justice et la préservation de l'Etat de droit qui constituent deux fondements essentiels d'une société démocratique⁴.

Comme le CCBE l'a indiqué auparavant, une de ses principales inquiétudes a trait à l'approche purement économique de la Commission qui ne tient pas compte de l'objectif et de la justification de la réglementation. Une évaluation purement économique doit être complétée par une appréciation des objectifs poursuivis par les règles et règlements professionnels. *Dans la mesure où les dispositions visent à accroître l'accès à la justice, renforcer les droits du consommateur et garantir des services de haute qualité des avocats, ces inquiétudes importantes en matière d'intérêt général ne peuvent être sacrifiées au bénéfice d'une déréglementation qui deviendrait alors une déréglementation à tout prix*⁵. A plusieurs occasions, la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu que la réglementation pouvait être nécessaire pour protéger des intérêts publics impérieux tels que l'accès à la justice et le bon fonctionnement de la profession d'avocat⁶. L'indépendance, l'absence de conflits, l'intégrité et le secret professionnel/confidentialité sont quelques-unes des valeurs fondamentales/devoirs de la profession d'avocat qui peuvent être considérées comme un instrument pour obtenir l'accès à la justice et la préservation de l'Etat de droit.

(ii.) Aspects économiques

Une littérature économique importante a montré qu'un marché non réglementé des services des professions libérales pouvait ne pas donner un résultat efficace⁷. Le rapport du Copenhagen Economics conclut également qu'« *un certain niveau de réglementation de la profession d'avocat est nécessaire car un marché totalement libéralisé entraînerait d'importants dysfonctionnements du marché*⁸ ».

La première raison de la réglementation tient à l'information asymétrique qui caractérise le marché. Les services des professions libérales nécessitent un niveau élevé d'information technique, ce qui rend difficile voire impossible l'évaluation par les clients de la qualité des services juridiques fournis. Dans un marché non réglementé, une information asymétrique peut dès lors conduire à une qualité moindre. Il existe de nombreux mécanismes de marché qui peuvent être utilisés pour limiter les problèmes d'information asymétrique : garanties, tests et réputation. Selon le Copenhagen Economics, ces mécanismes de marché ne fonctionnent toutefois pas très bien pour la profession d'avocat⁹. La réglementation est donc nécessaire pour veiller à la bonne qualité de tous les avocats.

⁴ Un certain nombre d'instruments internationaux et européens reconnaissent le rôle joué par la profession d'avocat dans la société et les valeurs inhérentes à la profession : la recommandation Rec(2000)21 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat du 25 octobre 2000 ; les principes de base des Nations unies relatifs au rôle des avocats, adoptés lors du 8e congrès des Nations unies sur la prévention du crime et le traitement des délinquants à la Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990 ; la résolution du Parlement européen sur la tarification obligatoire des honoraires de certaines professions libérales, notamment des avocats, et le rôle et la position particuliers qu'occupent les professions libérales dans la société moderne du 5 avril 2001(B5-0247/2001) ; la résolution du 16 décembre 2003 du Parlement européen sur « l'organisation de marché et les règles de concurrence pour les professions libérales » (P5_TA(2003)0572). Il convient de noter également que dans le cadre de ses contacts avec les cours suprêmes en Europe, le CCBE a été informé du souhait exprimé des avocats d'être impliqués dans les procédures judiciaires. La résolution du 23 mars 2006 du Parlement européen sur les professions juridiques et l'intérêt général relatif au fonctionnement des systèmes juridiques (P6_TA-PROV(2006)0108).

⁵ M. Henssler, M. Kilian, "Position paper on the study carried out by the Institute for Advanced Studies, Vienne, "Economic Impact of Regulation in the Field of Liberal Professions in Different Member States", demandée par la Fondation Hans Soldan, Institut de droit des affaires et du travail de l'Université de Cologne, Institut en Droit professionnel de l'avocat de l'Université de Cologne, Cologne, septembre 2003.

⁶ Voir affaire C-71/76, *Thieffry v Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris*, {1977} Recueil 765; Affaire C-76/90, *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd.*, {1991} Recueil I-04221; Affaire C-309/99, *Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs v. Algemene Raad van de Nederlands Orde van Advocaten*, Recueil{2002} I-1577.

⁷ Voir l'article de Roger Van den Bergh, *Towards Efficient Self-Regulation in Markets for Professional Services*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2004 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings.

⁸ Copenhagen Economics, op.cit., p. 9.

⁹ Copenhagen Economics indique à ce sujet : « *Il est difficile d'utiliser les garanties car l'issue de l'affaire dépend de l'effort de l'avocat mais aussi des actes du client et qu'il peut être difficile de déterminer si l'issue a été favorable ou non dans le cas de l'obtention d'un accord. Il n'est pas possible de faire des tests de consommateurs pour tous les avocats. En outre, les clients particuliers et les petites entreprises ne font que parfois appel à des services juridiques et ne connaissent donc pas les qualités de l'avocat au début de l'affaire. C'est pourquoi les particuliers doivent fonder leur choix sur la réputation des avocats, mais ceci ne fournit qu'une indication minime de la vraie qualité de l'avocat.* »

Ceci est particulièrement important pour les particuliers et les petites entreprises. Néanmoins, la partie de la réglementation qui empêche les conflits d'intérêt et garantit la confidentialité du client est également très importante pour les grandes entreprises clientes.

Deuxièmement, le concept d'externalités selon lequel la prestation de services peut avoir un impact sur un tiers ainsi que sur l'acheteur de services, est également pertinent pour la profession d'avocat. Les avocats participent au développement du droit dans le cadre de leur travail. Ils créent donc une valeur positive pour leurs clients, mais également pour d'autres et pour la société en général qui aura intérêt à ce que les avocats fournissent un bon travail. Un exemple évident de ceci, en tout cas pour les systèmes basés sur la jurisprudence, est le développement de précédents générés suite à une affaire concernant un client particulier.

(iii.) Equilibre des facteurs

Nous pensons que lorsque l'on réglemente la profession d'avocat, il est primordial d'établir un bon équilibre entre les facteurs non économiques et économiques et d'évaluer minutieusement tout impact de (dé)réglementation sur la relation client-avocat et sur la société.

Le CCBE regrette que les aspects non économiques soient souvent minimisés ou négligés dans les discussions actuelles sur la réglementation de la profession d'avocat.

B. Concurrence sur le marché des services juridiques

Le marché des services juridiques est un marché hautement concurrentiel. L'Europe compte plus de 700.000 avocats entrant en concurrence les uns avec les autres en grandes ou petites unités. Le nombre d'avocats augmente continuellement en Europe. Au niveau européen, les directives sur les avocats établissent un modèle de marché libéralisé pour les services professionnels dans l'Union.

Quant au Danemark, le rapport du Copenhagen Economics conclut que « *la demande contient des aspects qui inhibent la concurrence, alors que l'offre remplit les pré requis d'une concurrence efficace* »¹⁰. Le rapport note également que « *De nombreux avocats entrent en concurrence au niveau de l'offre (faible concentration). En outre, les avocats danois sont en concurrence avec des autres conseillers et des avocats étrangers sur une grande partie du marché. Toutefois, la demande n'exerce pas de pression importante sur les avocats pour obtenir des honoraires compétitifs. Ceci tient au fait que les clients sont plus intéressés par la qualité que les honoraires, et les avocats se concurrencent donc plus en termes de capacités professionnelles et de réputation qu'en termes d'honoraires. La libéralisation de la profession d'avocat ne changera pas fondamentalement cet élément* »¹¹.

Le CCBE estime qu'il est possible de présenter une image similaire des autres marchés européens.

III. Avis du ccbe sur les questions liées à la profession

A. Barrières à l'entrée

(i.) Exigences en termes de formation

Il convient de noter tout d'abord que les exigences en termes de formation sont établies dans la législation nationale.

Le CCBE est conscient que les exigences en termes de formation des avocats sont souvent considérées comme restreignant la concurrence car elles peuvent constituer une barrière à l'entrée dans la profession : plus les exigences de formation sont élevées/strictes, et plus le nombre d'avocats est faible et donc la concurrence moindre sur le marché des services juridiques.

¹⁰ Copenhagen Economics, op.cit., p. 10.

¹¹ Copenhagen Economics, op.cit., p. 10. Il convient de noter que Copenhagen Economics a utilisé l'indice dit de Herfindahl-Hirschman (IHH) pour mesurer la concentration de la profession d'avocat.

Le CCBE estime que cette argumentation simpliste omet un point fondamental, à savoir l'objectif de ces exigences qui est de veiller à ce que le client reçoive un service de qualité élevée. Il est dans l'intérêt des clients que les avocats disposent d'une bonne formation et accompagnée d'un stage professionnel leur permettant de déceler les problèmes et besoins des clients et qu'ils soient capables de prodiguer les meilleurs conseils rapidement, ce qui réduit le coût encouru par le client. Un avocat moins bien formé, même d'un bon niveau, pourrait par exemple passer plus de temps sur la même affaire et donc engendrer un coût supplémentaire dans le chef du client.

Par ailleurs, cette approche simpliste oublie que les exigences en termes de formation constituent un moyen de limiter le problème d'information asymétrique inhérent à la relation entre avocat et client. Le client demande l'aide d'un avocat pour obtenir des conseils dans les domaines où le client ne dispose pas des mêmes connaissances que l'avocat et devra donc faire entièrement confiance à l'avocat et à ses compétences.

Il est peut-être vrai qu'une formation réduite pour devenir avocat a pour effet d'accroître le nombre d'avocats et la concurrence entre les avocats bien qu'une telle conclusion générale puisse uniquement se baser sur une recherche approfondie après avoir défini le marché cible. Le Copenhagen Economics conclut par exemple que les effets concurrentiels de la modification des exigences de formation seraient assez limités au Danemark, augmentant seulement faiblement le nombre d'avocats¹². Lorsqu'il analyse le nombre d'avocats en Europe, le CCBE constate que le nombre d'avocats croît sans cesse dans les Etats membres, ce qui remet en question le fait que les exigences de formations constituent une barrière à la profession¹³.

Le CCBE estime qu'il faut être très prudent lorsque l'on évoque la formation et la qualification comme une barrière à l'entrée dans la profession. Toute modification des exigences de formation pourrait avoir des conséquences importantes pour le client.

(ii.) Représentation devant les juridictions

Le CCBE est conscient que les droits exclusifs des avocats en matière de représentation en justice, lorsque ces droits existent sont souvent considérés comme une limitation de la concurrence dans la mesure où il empêche les non avocats de défendre des affaires devant les juridictions.

Comme pour l'exigence en termes de formation, le CCBE estime important d'analyser l'objectif de la législation qui établit ces droits. Les avocats qualifiés pour représenter devant une juridiction servent mieux les intérêts de l'administration de la justice. Ils sont qualifiés pour traiter efficacement les règles de procédures et de représentation qui sont conçues pour assurer le bon fonctionnement du système juridique. Ceci se fait au bénéfice des consommateurs qui sont assurés de recevoir un service qualifié sur un marché où le consommateur éprouve des difficultés à évaluer si les conseils sont corrects (information asymétrique) et au bénéfice de la société en général dans le cas où les affaires sont présentées plus efficacement et avec un résultat complet.

Le rapport du Copenhagen Economics conclut que « *la suppression du monopole aura seulement un impact limité sur la concurrence, mais pourrait générer des pertes économiques. Les frais de justice augmenteront si plus d'affaires sont portées en justice et les jugements pourraient contredire la jurisprudence* »¹⁴. Le Copenhagen Economics s'attend à ce que les clients recourent à d'autres conseillers, en particulier pour les affaires moins importantes ou moins complexes alors que les avocats conserveront probablement le marché des affaires importantes et plus complexes. Bien qu'à première vue le Copenhagen Economics estime qu'il peut être économiquement avantageux d'avoir d'autres conseillers sur le marché - la concurrence accrue menant à une diminution des honoraires et à un choix plus large - il constate également que ces avantages sont moins bénéfiques sur un marché avec une information asymétrique où les clients évaluent difficilement la qualité du travail. En outre, il estime qu'il existe un risque que les clients portent plus d'affaires en justice que ce qui est optimal du point de vue économique pour la société compte tenu que seule une partie des frais de justice sont

¹² Copenhagen Economics, op.cit., p. 40.

¹³ En Allemagne par exemple, on assiste à une croissance annuelle constante de 4,5% du nombre d'avocats. Alors que dans les années 50, l'Allemagne comptait 12.844 avocats, les chiffres les plus récents sont dix fois plus élevés, 138.131 avocats en 2006. En Grèce par exemple, on dénombre 35.000 avocats pour 10.500.000 habitants, soit un avocat pour 285 habitants (enfants compris) ou un avocat pour 75 familles.

¹⁴ Copenhagen Economics, op.cit., p. 43.

payés par les parties. Il faudra également tenir compte que les nouveaux conseillers moins expérimentés (par rapport aux avocats) pourraient engendrer plus d'erreurs (représentation juridique insatisfaisante) et plus de travail pour les juridictions. Enfin, ceci pourrait même conduire à de « mauvais jugements ». Les mauvais précédents judiciaires n'affectent pas seulement les parties concernées par la matière en question, mais également les questions de principe traitées par les juridictions.

La concurrence entre les avocats en matière de contentieux est déjà forte et il n'y a aucun signe de « dysfonctionnements du marché » à cet égard.

Enfin, le CCBE note que la Finlande, où il n'existe aucune restriction en matière de représentation en justice au nom d'autres personnes, envisage actuellement l'introduction de droits exclusifs pour les avocats car on a constaté la faible qualité de la représentation¹⁵.

(iii.) Détention/détention de cabinets par des non avocats

En juin 2005, le CCBE a publié une position sur la question des cabinets détenus par des non avocats au vu de l'intérêt porté par les autorités nationales de la concurrence et/ou les gouvernements lors de l'examen de la profession d'avocat¹⁶.

Le CCBE est arrivé à la conclusion que les cabinets détenus par des non avocats génèrent de graves problèmes en matière de conflits potentiels avec les principes fondamentaux de la profession d'avocat, à savoir l'indépendance, la confidentialité et l'évitement de conflits d'intérêt. Il convient de noter que les non avocats ne sont pas en soi tenus aux mêmes devoirs que les avocats. La différence de devoirs entre avocats et non avocats pourrait générer des conflits, les avocats étant tenus d'assurer certaines tâches, imposées par les détenteurs extérieurs, contraires aux principes fondamentaux et finalement au détriment des clients et de la société en soi.

Le CCBE constate que le rapport de Copenhagen Economics se réfère spécifiquement aux valeurs fondamentales quand il aborde la question de la propriété. Il estime que tout changement de règles en matière de détention devra veiller à préserver les obligations d'indépendance¹⁷, de confidentialité¹⁸ et d'évitement de conflits d'intérêt de l'avocat.

Le CCBE a pris note du commentaire du Copenhagen Economics selon lequel du point de vue purement économique, les autres détenteurs (y compris les investisseurs) ne peuvent probablement pas gérer des cabinets de manière plus efficace que les avocats et que les avantages économiques évidents en faveur de la détention des cabinets par les avocats sont nombreux¹⁹. On peut les résumer comme suit :

a. Il n'y a pas de conflits d'intérêt entre le détenteur et l'avocat lorsque ce dernier détient son propre cabinet. Ceci garantit une gestion efficace, y compris une prise de décision efficace du cabinet tout en évitant les conflits d'intérêt entre le détenteur et la direction quant à la stratégie et la gestion de la société²⁰.

¹⁵ Voir Leif Sévon, *Liberalisation of competition is the enemy of quality*, European Lawyer, Issue 38, May 2004. M. Henssler et M. Kilian notent dans leur prise de position sur l'étude de l'institut d'études avancées de Vienne (op.cit.) que « L'étude [IHS] n'analyse même pas plus en détails le marché déréglementé finlandais, qui constitue le marché idéal, afin de vérifier s'il n'existe vraiment pas de dysfonctionnement du marché. (...) La question reste ouverte de savoir pourquoi les prestataires d'assurance juridique ont décidé au début des années 1980, malgré la dérégulation du marché des services juridiques, d'ajouter des clauses supplémentaires dans leurs polices d'assurance selon lesquelles l'assuré a le devoir (!) d'engager un avocat pour les procédures judiciaires exerçant sous le contrôle du barreau finlandais ou « qualifiés légalement », ou qui est employé par un avocat qui remplit ces exigences. »

¹⁶ La position du CCBE sur les "cabinets détenus par des non avocats" est disponible à l'adresse Internet suivante : http://www.ccbe.org/doc/Fr/ccbe_position_on_non_lawyer_owned_firms_fr.pdf.

¹⁷ Copenhagen Economics, op.cit., p. 48, indique : « un certain degré de réglementation est nécessaire pour garantir l'indépendance de l'avocat car les clients n'ont pas la possibilité d'évaluer si l'avocat connaît des intérêts conflictuels dans une affaire spécifique. »

¹⁸ Copenhagen Economics, op.cit., p. 49, indique : « Il convient de veiller que l'obligation de confidentialité de l'avocat n'est pas affectée et n'est pas diminuée par les autres détenteurs qui ne sont pas tenus à l'obligation de confidentialité du client. »

¹⁹ Copenhagen Economics, op.cit., p. 49. Voir aussi H. Hansmann, *The Ownership of Enterprises*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England, 1996, p. 14-15.

²⁰ Copenhagen Economics, op.cit., p. 50, indique à ce sujet : « Naturellement, des conflits internes peuvent survenir au sein des cabinets détenus par plusieurs avocats et ces conflits peuvent coûter chers aux cabinets. Toutefois, il faut comparer ce champ de conflit avec les conflits qui surviendraient avec un groupe différent de détenteurs. »

b. Le cabinet est mieux contrôlé. La littérature économique mentionne souvent la profession d'avocat comme une entreprise où il est optimal que les travailleurs (à savoir les avocats) détiennent le cabinet car les détenteurs qui ne sont pas avocats feront face à des difficultés d'évaluation/de contrôle des efforts des avocats.

c. La détention est le meilleur moyen de motiver les avocats et constitue une manière efficace de garder les avocats qui représentent la valeur la plus importante du cabinet²¹.

d. Quant à l'accès au capital et aux compétences de gestion, les cabinets ne sont pas des entreprises qui utilisent beaucoup de capital et beaucoup d'avocats disposent d'une expérience dans différents conseils d'administration d'entreprises qui peut être mise à profit dans le cabinet.

En ce qui concerne les investisseurs propriétaires, le Copenhagen Economics conclut que « *la détention par des investisseurs n'est pas susceptible d'apporter des gains d'efficacité importants pour les cabinets. Ceci tient au fait que les cabinets ne dépendent pas fortement du capital et que les avantages généraux des entreprises aux mains d'investisseurs ne s'appliquent pas totalement aux cabinets d'avocat* »²². La détention par des investisseurs impliquera également des problèmes de motivations et de contrôle.

Le Copenhagen Economics constate également que certaines industries de services pourraient être intéressées par la détention de cabinet soit pour disposer d'une base de clients pour leurs propres services soit pour exploiter leur propre base de client pour vendre des services juridiques. Par exemple, une banque pourrait vouloir détenir une chaîne de cabinets à recommander aux clients. Du point de vue du consommateur, il y aurait aussi bien des avantages que des inconvénients. Pour le Copenhagen Economics, l'avantage est que le consommateur n'aurait pas besoin de chercher un avocat. Toutefois, il existe deux inconvénients importants²³. La détention pourrait conduire à une moindre qualité des conseils si l'avocat n'était pas indépendant des autres intérêts. Cela pourrait également conduire à des honoraires plus élevés si les autres conseillers recommandaient leurs propres cabinets. Il est notamment difficile pour les particuliers d'évaluer les qualités des avocats et ils se basent donc sur la recommandation des autres conseillers.

B. Réglementation de la déontologie

(i.) Autoréglementation

L'autoréglementation est très souvent utilisée pour décrire des systèmes où l'industrie ou la profession réglemente ses propres affaires. C'est pourquoi les règles qui régissent le marché sont rédigées, administrées et appliquées par les personnes dont le comportement doit faire l'objet d'une réglementation.

L'autoréglementation caractérise la profession d'avocat en Europe. Il convient toutefois de noter qu'aucun Etat ne dispose d'une autoréglementation totale ou illimitée de la profession d'avocat. La structure réglementaire de la profession d'avocat en Europe varie d'un Etat à l'autre. Néanmoins, il existe un degré important d'autoréglementation dans tous les pays européens membres du CCBE.

D'un point de vue conceptuel, l'autoréglementation doit être vue comme le corollaire de l'indépendance de la profession. Elle concerne l'indépendance collective des membres de la profession d'avocat. Le principe d'autoréglementation n'est rien d'autre qu'une défense structurelle de cette indépendance de l'avocat qui nécessite qu'il soit libre de toute influence, surtout de celle qui peut survenir de ses intérêts personnels ou d'une pression extérieure.

Le Copenhagen Economics conclut dans son rapport que certains avantages intrinsèques pourraient être favorables à l'autoréglementation de la profession d'avocat²⁴. Selon lui, les avocats, compte tenu

²¹ Copenhagen Economics, op.cit., p. 50, note à cet égard : « *Les avocats et autres conseillers peuvent aisément transférer leurs connaissances, réseau de clients et réputation à une autre entreprise. Il est donc important de conserver les avocats, et la meilleure manière de le faire reste probablement de s'assurer que les avocats reçoivent l'intégralité des profits du cabinet, c'est-à-dire lorsqu'ils détiennent le cabinet.* »

²² Copenhagen Economics, op.cit., p. 54.

²³ Copenhagen Economics, op.cit., p. 52.

²⁴ Copenhagen Economics, op.cit., p. 57/58.

de leur connaissance spéciale de la profession/du secteur, sont les mieux à même d'établir les exigences pour leurs travaux. Les avocats se sentiront plus responsables des réglementations s'ils sont impliqués dans le processus de réglementation. Il est également plus facile de modifier les règles adoptées dans le cadre de l'autoréglementation que de modifier les règles adoptées dans une législation. Le résultat est un coût administratif plus faible pour les associations professionnelles/autorités, une plus grande acceptation des règles (car elles sont rédigées au sein de la profession), un meilleur respect et un coût d'adaptation plus faible pour les cabinets. Les avocats sont aussi mieux placés pour observer et évaluer la mauvaise conduite professionnelle et aider la profession à la sanctionner. Les avocats auront intérêt à maintenir la bonne réputation de la profession et s'efforceront donc de veiller au respect des exigences du code de déontologie.

(ii.) Inscription obligatoire au barreau

Le CCBE a suivi avec grande inquiétude les développements récents visant à établir ou abolir l'inscription obligatoire au barreau. Le CCBE croit fermement que l'abolition de l'inscription obligatoire au barreau aura des conséquences importantes non seulement sur la structure de la profession d'avocat, mais aussi sur toute l'administration de la justice.

L'inscription au barreau va de pair avec une réglementation efficace de la profession et l'application de règles disciplinaires. Copenhagen Economics a constaté que l'inscription obligatoire ne restreignait pas la concurrence et que l'inscription obligatoire au barreau devrait être maintenue²⁵. L'inscription obligatoire n'augmente pas les barrières à l'entrée dans la profession. Les conditions pour devenir avocat (exigences de formation) seraient les mêmes, que l'inscription soit obligatoire ou non. Les frais d'inscription ne représentent pas une barrière à l'entrée.

En outre, selon le Copenhagen Economics, l'abolition de l'inscription obligatoire générerait certains inconvénients²⁶. Tout d'abord, elle pourrait réduire la qualité de la profession d'avocat. Sans inscription obligatoire, les possibilités du barreau de veiller à une qualité élevée des services de l'avocat seraient réduites car l'avocat pourrait éviter les sanctions en annulant son inscription. Ceci est logique dans la mesure où l'objectif du système disciplinaire auquel est soumis l'avocat est de préserver les valeurs fondamentales de la profession d'avocat, ce qui contribue directement à la qualité des services juridiques fournis. En outre, le système disciplinaire actuel devrait être partiellement ou totalement remplacé par un système disciplinaire public auprès duquel les clients pourraient se plaindre des avocats qu'ils soient ou non membres du barreau. La mise en œuvre d'un système disciplinaire public impliquerait la perte d'indépendance des avocats vis-à-vis de l'Etat. Elle pourrait également entraîner un coût plus élevé pour l'Etat sans un retour garanti en termes d'efficacité accrue ou de meilleure application.

Le CCBE adhère totalement aux arguments avancés par le rapport du Copenhagen Economics. Il convient de noter que l'inscription obligatoire au barreau est liée à la possibilité de vérifier les obligations en matière d'assurance responsabilité professionnelle, et ce dans l'intérêt du consommateur.

(iii.) Associations multidisciplinaires (AMD)

A plusieurs reprises, le CCBE a analysé les questions liées aux associations multidisciplinaires, c'est-à-dire les pratiques qui rassemblent des avocats et d'autres professions non juridiques pour fournir des services juridiques et autres à des tiers.

Le CCBE souhaiterait réaffirmer ses avis tels qu'établis dans sa résolution du 12 novembre 1999 sur les « formes intégrées de coopération entre des avocats et des personnes n'appartenant pas à la profession », mais également dans sa position de juin 2005 sur les associations multidisciplinaires ainsi que la règle sur le partage des honoraires avec des non avocats établie dans le Code de déontologie du CCBE de 2002²⁷. Bien que reconnaissant en principe la liberté d'activités

²⁵ Copenhagen Economics, op.cit., p. 62.

²⁶ Copenhagen Economics, op.cit., p. 62.

²⁷ Les positions du CCBE sur les associations multidisciplinaires sont disponibles à l'adresse Internet suivante : http://www.ccbe.org/fr/documents/positions_fr.htm#mdp. Le Code de déontologie du CCBE est disponible à l'adresse suivante : http://www.ccbe.org/fr/documents/code_deonto_fr.htm.

économiques et de prestation de services, le CCBE a conclu que les problèmes inhérents à une coopération intégrée entre avocats et non avocats, lorsque ces autres professionnels sont soumis à des devoirs professionnels sensiblement différents et à des règles déontologiques différentes, présentent des obstacles qui ne peuvent être surmontés de manière adéquate pour préserver suffisamment les conditions essentielles à l'indépendance de l'avocat et à la confidentialité du client. Toutefois, dans les pays où ces formes de coopération sont autorisées, le CCBE constate que celles-ci sont seulement possibles du fait que les autres professions prenant part à la coopération ont des valeurs fondamentales compatibles.

Le CCBE note que le Copenhagen Economics conclut également que les entreprises pluridisciplinaires offrant des services juridiques mais aussi d'autres services pourraient poser problème pour maintenir l'obligation de confidentialité de l'avocat vis-à-vis du client²⁸. Selon le Copenhagen Economics, les cabinets multidisciplinaires pourraient également rencontrer des problèmes relatifs à l'indépendance des avocats. Il est intéressant de voir que le Copenhagen Economics indique que la demande de conseils multidisciplinaires n'est pas élevée. Il note qu'il existe actuellement peu de cabinets disposant d'accords de coopération avec d'autres conseillers non juridiques.

D'un point de vue économique, nous estimons improbable que l'interdiction des AMD restreigne la concurrence sur le marché des services juridiques d'une quelconque manière.

Tout d'abord, il convient de clarifier que l'interdiction des AMD en soi ne constitue pas une barrière à l'entrée sur le marché des services juridiques. Elle ne limite pas les manières de vendre les services juridiques (à savoir qui ne sont pas combinés à d'autres services de professions libérales au sein d'une AMD).

Compte tenu du degré élevé de fragmentation du marché des services juridiques et de la forte concurrence entre les cabinets, il est peu probable que les honoraires d'avocat soient actuellement supérieurs aux niveaux concurrentiels. Si c'était le cas, la suppression de l'interdiction des AMD n'aura pas comme effet de réduire ces honoraires. Nous estimons qu'il n'existe pas de raison de penser que les AMD généreraient des nouveaux services juridiques que les cabinets indépendants ne pourraient pas générer ou ne généreraient pas. En revanche, pour ce qui est des services purement juridiques, les cabinets spécialisés indépendants semblent les innovateurs les plus probables.

Le CCBE reconnaît qu'en théorie, les cabinets multidisciplinaires pourraient avoir des avantages car ils offriraient à leurs clients un vaste ensemble de services tels que ceux dont les clients disposent en allant d'un prestataire à l'autre (« one-stop-shopping »). Une AMD comprenant par exemple des experts comptables et des avocats pourrait offrir un ensemble combiné de services juridiques et comptables à un prix réduit. Ceci pourrait diminuer la pression sur les prix des services juridiques qui sont vendus séparément même s'ils sont à des niveaux concurrentiels. Toutefois, si tel est le mode opératoire attendu des AMD, il existe un risque potentiel de groupage non concurrentiel. En groupant les services comptables et juridiques, les gros cabinets d'experts comptables pourront avoir un effet de levier grâce à leur pouvoir de marché dans le domaine de la comptabilité sur le marché des services juridiques²⁹. Le résultat final serait une moindre concurrence (et non plus de concurrence) sur le marché des services juridiques. En outre, l'avantage théorique du « one-stop-shopping » n'a jamais été prouvé sur le plan économique. A la connaissance du CCBE, de tels services ne font pas d'une demande d'un nombre significatif de clients. Suite à l'affaire Enron et à d'autres scandales financiers, les inquiétudes concernant les conflits d'intérêt semblent avoir entraîné une baisse sensible de la demande de services groupés.

(iv.) Groupes d'utilisateurs

²⁸ Copenhagen Economics, op.cit., p. 51.

²⁹ Ce point a également été avancé dans un rapport du LECG pour l'OFT : « *Compte tenu de la forte position sur le marché des cinq grands cabinets, le risque existe que l'autorisation des AMD leur permette d'avoir un effet de levier grâce à leur pouvoir de secteur tant de l'expertise comptable que sur le marché des services juridiques. Toutefois, si les professions sont soumises à la pleine applicabilité du droit de la concurrence... ces mouvements pourraient être analysés au cas par cas et les effets négatifs seraient résolus* » paragraphe 325 (« Restriction on Competition in the Provision of Professional Services », A Report for the Office of Fair Trading by LECG Ltd., décembre 2000.

Dans la section 2 du suivi du rapport de la Commission intitulé : « *Meilleure définition de l'intérêt général* », la Commission indique au paragraphe 13 que « *La conclusion principale est que les utilisateurs occasionnels, généralement des particuliers et des ménages, peuvent avoir besoin d'une protection mieux ciblée. Par contre, les principaux utilisateurs des services professionnels – les entreprises et le secteur public – peuvent davantage se passer de protection réglementaire, car ils sont mieux à même de choisir les fournisseurs répondant à leurs besoins* ».

Dans ses commentaires de novembre 2005, le CCBE avait déjà émis de vives inquiétudes quant aux conclusions de la Commission. Il remet en question la déclaration de la Commission selon laquelle les principaux utilisateurs de services juridiques sont les entreprises et le secteur public dans tous les Etats membres. Le CCBE s'oppose à la proposition de la Commission d'opérer une distinction entre les utilisateurs de services, proposition qui se base uniquement sur la qualification du client pour choisir un prestataire. La Commission analyse les avocats dans une perspective uniquement économique. Aucun avocat, quel que soit son domaine d'activité, ne considérera les entreprises et le secteur public comme les « principaux » utilisateurs des avocats. Ils peuvent peut-être représenter la majorité en terme de valeur, mais chaque avocat et probablement chaque citoyen estimera que les droits et libertés des personnes accusées de crime (et les victimes), les personnes demandant le divorce (et les enfants concernés par celui-ci), celles établissant un testament ou introduisant une plainte contre l'Etat en matière d'immigration ou de sécurité sociale, celles demandant une compensation pour une perte d'emploi et les millions de personnes dans des situations similaires peuvent tout autant, sinon plus, prétendre être considérés comme « principaux » utilisateurs. Néanmoins, la Commission semble ne pas considérer leur apport car leur valorisation économique pour les avocats n'est pas la même que celle dégagée par les entreprises et le secteur public, malgré la contribution à l'Etat de droit que représente leur droit à la défense. En servant un particulier ou le secteur public, l'avocat sert finalement l'administration de la justice. En développant la jurisprudence, en assurant l'accès à la justice à un coût raisonnable, en permettant au citoyen et à toute unité économique de jouir pleinement de leurs droits, l'avocat sert un « quatrième utilisateur », l'Etat de droit, pierre angulaire de tout Etat démocratique.

Bien qu'il se réjouisse que la Commission reconnaisse le besoin d'une certaine réglementation qui protège la qualité, le CCBE estime que ceci devrait s'appliquer à la réglementation professionnelle en général. Dans les récents scandales financiers qui ont secoué le monde des affaires (Enron, Worldcom, Parmalat), les utilisateurs de services des professions libérales étaient des utilisateurs fréquents très sophistiqués, mais les victimes des crimes commis étaient des gens ordinaires comme des actionnaires, des employés et des pensionnés, souvent par milliers. Ces victimes ont essuyé de lourdes pertes financières qui ont ruiné leur vie. Les avocats dans les affaires commerciales importantes ne sont pas réglementés uniquement pour protéger des directeurs d'entreprises sophistiqués qui les emploient (bien qu'ils en aient également besoin), mais bien dans l'intérêt général, ce qui inclut des personnes susceptibles d'avoir un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la transaction, même s'ils ne constituent pas des clients en soi. Le CCBE constate à regret que l'approche actuelle de la Commission ne reflète pas cette même inquiétude.

Le CCBE soutient donc pleinement la récente résolution du Parlement européen sur les professions juridiques qui rappelle à la Commission « *que les règles relatives aux services juridiques ont pour objectifs la protection du public, la garantie des droits de la défense et de l'accès à la justice ainsi que la sécurité dans l'application de la loi et que, pour ces raisons, elles ne sauraient être adaptées au degré de sophistication du client* »³⁰.

(v.) Etablissement des honoraires

Le CCBE reconnaît que les honoraires des services professionnels sont négociés librement entre praticiens et clients dans la plupart des Etats membres. Toutefois, certains Etats membres maintiennent un certain niveau de réglementation en matière d'honoraires. Là où c'est le cas, les réglementations d'honoraires font partie intégrante du système judiciaire national et sont généralement liées à la règle permettant à la partie victorieuse de récupérer les honoraires d'avocat selon la manière établie par le juge sur la base d'un tableau. En effet, comme l'arrêt *Arduino*³¹

³⁰ Résolution du Parlement européen sur les professions juridiques, op. cit., point 8.

³¹ Affaire C-35/99, *Manuele Arduino, en présence de Diego Dessi, Giovanni Bertolotto et Compagnia Assicuratrice RAS SpA*, Recueil (2002) I-1529.

l'explique, en l'absence d'harmonisation européenne, les Etats membres ont la responsabilité de définir le cadre dans lequel les professions exercent.

Dans ses deux rapports sur les professions libérales, la Commission a adopté l'avis selon lequel la réglementation des prix restreint la concurrence entre avocats en permettant par exemple aux honoraires de rester supérieurs aux niveaux concurrentiels et peut également entraver les services juridiques transfrontaliers³². Par conséquent, la Commission estime qu'une déréglementation totale des honoraires comporterait d'importants avantages pour l'économie et le consommateur.

Le CCBE ne dispose pas de position sur l'opportunité d'une réglementation des honoraires. Toutefois, il constate que la Commission ne semble pas avoir démontré son argument.

Comme le note le Copenhagen Economics, « *les avocats se concurrencent plus au niveau des capacités professionnelles et de la réputation que des honoraires. Les honoraires ne constituent donc pas le paramètre concurrentiel le plus important pour les avocats. Les libéralisations n'y changeront rien*³³ ».

En tout cas, ni les rapports de la Commission, ni l'étude de l'IHS sur laquelle ils se basent, ne contiennent une analyse empirique traditionnelle du droit de la concurrence et de l'économie, mais fondent plutôt leurs conclusions sur la nécessité d'une dérégulation totale des prix sur la simple supposition que, en l'absence d'indice de dysfonctionnement du marché dans les Etats où les prix sont moins réglementés, voire pas réglementés du tout, les contrôles des prix ne représentent pas un instrument réglementaire pour les professions libérales.

A ce sujet, il convient de noter que, là où une analyse économique empirique a été effectuée, celle-ci a démontré que dans certains Etats l'abolition de la réglementation des prix s'était traduite par des frais de justice plus élevés et imprévisibles³⁴.

D'autres auteurs ont souligné que les honoraires réglementés d'avocats sont bons pour le consommateur car « *ils permettent le développement d'un marché de l'assurance qui fonctionne et est efficace, et où les consommateurs peuvent obtenir une assurance à un coût raisonnable contre le risque de devoir payer des frais de justice* »³⁵.

Les conclusions susmentionnées s'appliquent aussi bien aux particuliers qu'aux entreprises. La réglementation des prix garantit un accès aux conseils juridiques pour des particuliers à faibles revenus, mais est également bénéfique aux entreprises. En tout cas, les prix réglementés ne comportent pas d'effets négatifs pour les entreprises car, comme la Commission le reconnaît elle-même, leurs affaires sont souvent importantes et complexes, et les négociations couvrent non seulement le prix, mais aussi la qualité et les services. Les prix fixés ou les échelles d'honoraires sont dès lors moins importants pour elles. Enfin, elles compensent tout effet négatif éventuel d'une réglementation par leur pouvoir de négociation.

(vi.) Publicité

La fourniture d'information par des avocats n'est pas interdite de manière générale dans les Etats membres³⁶. Tout comme les autres règles régissant la profession d'avocat, l'objectif des règles régissant les formes et le contenu de la publicité est de protéger les consommateurs face aux déclarations fallacieuses, d'empêcher la concurrence déloyale entre praticiens et enfin de préserver l'intégrité professionnelle et l'indépendance. Ceci est particulièrement vrai pour l'activité dite de promotion de masse proactive destinée aux groupes d'utilisateurs qui ont le plus besoin de protection selon le suivi du rapport de la Commission.

³² Voir note de bas de page 1 pour les rapports de la Commission. Toutefois, voir également Affaire C-289/02, *AMOK Verlags GmbH v A & R Gastronomie GmbH*, Recueil (2003) I-15059.

³³ Copenhagen Economics, op.cit., p. 11.

³⁴ Adrian Zuckerman, *Fixed Minimum Legal Fees. Comments on Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 1 February 2006, Cases C-94/04 and C-202/04* (not published). Du même auteur, voir aussi *Lord Woolf's Access to Justice: Plus ça change ...*, *The Modern Law Review*, vol. 58, no. 6, novembre 1996; *A Reform of Civil Procedure – rationing Procedure rather than Access to Justice*, *Journal of Law and Society*, vol. 22, no. 2, juin 1995.

³⁵ M. Henssler, M. Kilian, op.cit.

³⁶ Code de déontologie du CCBE, op.cit., article 2.6.

Une analyse des réglementations en matière de publicité (où elles existent) montrera que ces restrictions visent la protection des utilisateurs potentiels qui peuvent être trompés par une asymétrie de l'information.

Par ailleurs, même en supposant que la publicité entraînerait une diminution des honoraires, les preuves indiquent que l'incidence de la publicité sur les prix serait faible. En effet, « *il est raisonnable de penser que les consommateurs, qui ne peuvent pas examiner la qualité ex ante (et peut-être même ex post) et qui cherchent un prix faible pour un service non standardisé, pourraient supposer que des acheteurs plus avertis ont considéré le service comme de faible qualité. Les professions libérales sont enclines à éviter de tels signaux défavorables sur la qualité et on peut conclure que la publicité sur les prix ne sera pas fréquente au sein de la plupart des professions* »³⁷.

Les éventuels effets positifs d'une libéralisation totale de la publicité ne seraient donc pas assez importants pour justifier le risque de mise en danger des consommateurs de services professionnels et de l'intégrité de la profession.

Enfin, on peut noter que la transparence et la publicité des prix sont garanties dans les pays qui disposent de systèmes d'échelle d'honoraires car ces échelles sont publiques par définition.

Il serait nécessaire de vérifier au cas par cas si dans les systèmes juridiques présentant un indice de réglementation assez faible en matière de règles sur la publicité, les avocats disposent réellement de possibilités illimitées de publicité ou si la réglementation est mise en œuvre à travers une loi ou la jurisprudence sur la concurrence déloyale, ce qui est en soi assez probable au vu de ce qui est mentionné ci-dessus.

IV. Conclusions

Le CCBE se réjouit de l'analyse du Copenhagen Economics et espère que le rapport posera les bases d'un débat équilibré sur la concurrence et la profession d'avocat tenant compte non seulement des facteurs économiques, mais également d'autres facteurs politiques importants dont les valeurs fondamentales de la profession d'avocat.

Il est important de noter que les règles applicables aux avocats ne poursuivent pas l'objectif de garantir les droits et avantages des avocats, mais plutôt de garantir ceux de leurs clients dans un souci de garantir un accès efficace à la justice et un ordre juridique sûr. Les conclusions sur l'état de la concurrence au sein des services juridiques devraient donc être rédigées en y portant une plus grande attention car la déréglementation à tout prix pourrait créer des « dysfonctionnements du marché ».

³⁷ Frank H. Stephen, *The Market Failure Justification for the Regulation of Professional Service Markets and the Characteristics of Consumers*, European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, 2004 EU Competition Law and Policy Workshop.