

FEDERATION DES BARREAUX D'EUROPE

**L'APPLICATION DES REGLES DE CONCURRENCE DU TRAITE DE ROME
AUX BAREMES D'HONORAIRES FIXES PAR LA LOI**

Lucette Defalque
ancien membre du conseil de l'Ordre français du barreau de Bruxelles

Lisbonne - 22-24 mai 1998

I. APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE AUX AVOCATS ET AUX ORDRES PROFESSIONNELS

L'article 85, § 1 du Traité de la Communauté européenne interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher ou de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Nous examinerons successivement l'applicabilité de cette disposition aux avocats eux-mêmes et aux ordres des avocats ensuite.

a) Les avocats peuvent-ils être considéré comme des entreprises au sens de l'article 85, § 1 du Traité de la CE ?

En droit communautaire, la Cour de justice a consacré une interprétation fonctionnelle de la notion d'entreprise, basée sur la réalité économique.

Elle a en outre donné une définition de l'entreprise extrêmement large dans un arrêt rendu en 1991 : "*La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement*" (arrêt Höfner, 23 avril 1991, C 41/90, Rec. I, p.1979).

Les activités de prestations de services étant des activités économiques effectuées contre rémunération, la Commission européenne a rappelé dans deux décisions récentes que les membres des professions libérales devaient être considérés comme des entreprises (décision CNSD du 22 juin 1993 concernant des agents expéditeurs en douane, JOCE n°L 203 du 13 août 1993, p.27 et Coapi du 30 janvier 1995 concernant les agents en propriété industrielle, JOCE n° L 122 du 2 juin 1995, p.37).

Elle avait déjà, dans une décision plus ancienne, considéré qu'un pharmacien était une entreprise au sens de l'article 85 du Traité CE (décision du 14 décembre 1989, APD, JO CE 1990 n° L 18, p.35, § 33).

La solution du droit communautaire n'est pas isolée puisqu'en droit français, il existe déjà de nombreuses décisions du Conseil de la concurrence s'appliquant à des professions libérales, par ailleurs regroupées en ordres professionnels, qu'il s'agisse des pharmaciens, des architectes, des chirurgiens dentistes, des géomètres experts (voir pour les références à ces décisions, L. Idot,

Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels, *Journal des Tribunaux - Droit européen*, 1997, pp. 73 et suiv.).

Il en est de même dans de nombreux autres Etats membres, par exemple en Allemagne, en Italie, aux Pays-Bas et dans les pays scandinaves (C.D. Ehlermann, *Concurrence et professions libérales : antagonisme ou compatibilité*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, février 1993, pp. 56 et suiv.).

b) Les ordres professionnels peuvent-ils être considérés comme des associations d'entreprises au sens de l'article 85, § 1 du traité de la CE ?

Le point de savoir si les ordres professionnels peuvent être considérés comme des associations d'entreprises au sens de l'article 85, § 1 est certainement plus délicat et on a à l'esprit la décision rendue le 7 février 1997 par le tribunal d'arrondissement d'Amsterdam qui a considéré que le Nederlandse Orde van Advocaten (Nova) n'était pas une association d'entreprises au sens de l'article 85 car il ne visait pas la défenses des intérêts des avocats formant ensemble l'ordre. Pour le tribunal d'Amsterdam, les intérêts d'entrepreneurs des avocats ne sont en effet pas défendus par le Nova.

Par contre, la Commission européenne a affirmé dans les décisions CNSD et Coapi précitées que les ordres étaient des associations d'entreprises au sens de l'article 85, §1. Dans les deux cas, cette conclusion avait été contestée par les intéressés qui avaient soutenu que la loi leur reconnaissait une fonction sociale et qu'ils avaient l'obligation de prendre en considération l'intérêt public, distinct de l'intérêt de leurs membres.

Dans le même ordre d'idée, la Cour de justice, dans un arrêt déjà ancien, puisqu'il date de 1975 (arrêt du 18 juin 1975, IGAV / ENCC, aff. 94/74, Rec. 1975, p. 699, attendu 35) avait considéré que les activités d'un organisme de caractère public même autonome ne relevaient pas des articles 85 et 86 du Traité dans la mesure où ses interventions avaient lieu dans l'intérêt public et étaient dépourvues de tout caractère commercial.

Il paraît évident que les ordres sont généralement chargés par la loi de prérogatives de puissance publique et d'une mission d'intérêt général. Dès lors, il semblerait que, pour l'application des règles de concurrence, le principe de dissociation des différentes activités soit de règle (sur ce point, L. Idot, *Nouvelle invasion ou confirmation du domaine de la concurrence*. A propos de quelques développements récents, *Europe*, janvier 1996, *Chronique* 1).

Par conséquent tous les comportements détachables de l'exercice des prérogatives de puissance publique entreront dans le champ d'application du droit de la concurrence. Les seules décisions et activités qui échapperont à l'article 85, § 1 seront celles qui répondent strictement à la mission d'intérêt public confiée à l'ordre.

Il faut donc tracer une ligne de démarcation entre les dispositions qui ont une nature purement déontologiques et celles qui constituent des restrictions de concurrence contraires aux règles du Traité de la CE. Ainsi, les règles nécessaires pour garantir l'éthique, la dignité professionnelle, la réputation de la profession ou la qualité des prestations peuvent toujours être réglementées par les ordres professionnels à condition qu'elles ne soient pas interprétées dans une optique corporatiste pour protéger tout simplement les intérêts des avocats en leur qualité d'entrepreneurs et non pour préserver l'éthique de la profession (C.D. Ehlermann, op.cit.).

II. L'APPLICATION DE L'ARTICLE 85, § 1 AUX BAREMES D'HONORAIRES FIXES PAR LES ORDRES

Il n'est guère contestable que des ententes portant sur la fixation de prix obligatoires conclues entre concurrents restreignent la concurrence. Il en est notamment ainsi des ententes portant sur la fixation de prix minima (v. par ex. arrêt de la Cour du 30 janvier 1985, BMIC I, aff. 123/83, Rec. 1985, p.391 et en matière de services décision de la Commission du 19 juillet 1989, Banque des Pays-Bas, JOCE 1989, n° L 253, p.1; pour d'autres décisions et commentaires, voir M. Waelbroeck et A. Frignani, Commentaire Mégret, Le droit de la Communauté européenne, Vol. IV, 1997).

L'application des règles de concurrence nationales aux barèmes d'honoraires fixés par des ordres a déjà été condamnée en tout cas en France pour deux barreaux et en Belgique pour l'ordre des architectes (voir sur ces points, L. Idot, cité, Journal des Tribunaux - Droit européen, 1997, pp. 73 et suiv.).

Compte tenu des principes déjà énoncés, il ne fait aucun doute que la fixation par les ordres professionnels de barèmes minimaux constitue une restriction de concurrence interdite au sens de l'article 85, § 1 du Traité de Rome.

III. L'APPLICATION DE L'ARTICLE 85, § 1 AUX BAREMES D'HONORAIRES FIXES PAR LA LOI

a) Dans sa jurisprudence, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que lorsque l'Etat imposait ou favorisait la conclusion par les entreprises d'ententes restrictives ou encore déléguait à des entreprises le pouvoir de prendre des décisions à caractère économique, l'article 85, § 1 restait applicable.

Dans un arrêt de 1988, la Cour de justice a résumé la jurisprudence antérieure à ce sujet. Elle a rappelé que *"l'article 85 du Traité concerne uniquement le comportement des entreprises et ne vise pas des mesures législatives ou réglementaires émanant des Etats membres. Il résulte cependant d'une jurisprudence constante que l'article 85, lu en combinaison avec l'article 5 du Traité (obligation de loyauté fédérale des Etats membres), 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. Tel est le cas, en vertu de cette même jurisprudence, lorsqu'un Etat membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique"* (arrêt du 21 septembre 1988, Van Eycke, 267/86, Rec. p. 47/69, pt 16).

Dans plusieurs arrêts récents, la Cour de justice a eu l'occasion d'appliquer ces principes à des circonstances particulières puisque la mesure étatique était prise avec la collaboration ou après consultation des représentants des milieux professionnels intéressés.

Dans ces arrêts, la Cour confirme qu'il faut nécessairement un lien entre les mesures étatiques et le comportement anticoncurrentiel des entreprises pour que l'article 85, § 1 s'applique.

Cette jurisprudence est évidemment formaliste puisque des différences, éventuellement mineures entre la mesure étatique et l'accord entre entreprises qui l'a précédée suffisent semble-t-il à légitimer cette mesure au regard du Traité (M. Waelbroeck et A. Frignani, cités, pp. 150 et 151).

Prenons quelques exemples tirés de la jurisprudence pour mieux cerner l'application de l'interdiction de l'article 85 :

- Dans l'arrêt BNIC/Clair (arrêt du 30 janvier 1985, 123/83, Rec. p.391), la Cour se prononçant sur une réglementation nationale qui étendait un accord conclu au sein d'un organisme interprofessionnel à d'autres opérateurs du secteur, a considéré que cet accord constituait un accord entre entreprises ou associations d'entreprises et que

l'intervention d'un acte de l'autorité publique destiné à lui conférer un effet obligatoire vis-à-vis des tiers, ne saurait avoir pour effet de soustraire celui-ci à l'application de l'article 85, § 1.

- Dans l'arrêt *Nouvelles Frontières* (arrêt du 30 avril 1986, aff. jtes 209 à 213/84, Rec. p. 1425), la Cour a conclu qu'il est contraire aux obligations imposées aux Etats membres par l'article 5 du Traité, lu en combinaison avec les articles 3 et 85, d'homologuer les tarifs aériens ou d'en renforcer les effets lorsque ces tarifs sont le résultat d'un accord ou d'une décision d'associations d'entreprises ou d'une pratique concertée contraire à l'article 85.

- Dans l'arrêt *Vlaamse Reisbureaus* (arrêt du 1er octobre 1987, 311/85, Rec. p. 3801), le litige portait sur une réglementation nationale interdisant aux agents de voyage de céder une partie ou la totalité de la commission qui leur revenait. La Cour, après avoir constaté l'existence d'un système d'accords dont la réglementation litigieuse avait repris le contenu a considéré que la transformation d'une obligation purement contractuelle en une obligation légale avait pour effet de renforcer les accords préexistants.

- Dans l'arrêt *Leclerc-Carburants* du 29 janvier 1985 (aff. 231/83, Rec. p.305), la Cour a relevé que la réglementation à propos du prix des carburants en France ne visait pas à imposer la conclusion d'accords entre fournisseurs et détaillants ou d'autres comportements prévus à l'article 85, § 1 du Traité mais que cette réglementation confiait au contraire la responsabilité de fixer les prix aux autorités publiques qui se basaient à cet effet sur une série d'éléments différents. La circonstance que parmi les éléments pris en considération figuraient les prix de reprise fixés par les fournisseurs ne privait pas cette réglementation de son caractère étatique.

- Dans l'affaire *Meng* (arrêt du 17 novembre 1993, aff. C 2/91, Rec. 1993 I 5791), la Cour devait se prononcer sur l'interdiction légale pour les courtiers en assurance de céder la commission à laquelle ils ont droit. Cette interdiction légale avait été adoptée par l'autorité administrative relevant du ministre allemand des finances, dans l'intérêt notamment des consommateurs. Les représentants des associations des compagnies d'assurance étaient invités à participer à la préparation des décisions de cet organisme mais non pas à en déterminer le contenu. La Cour a considéré que la réglementation allemande ne déléguait pas à des opérateurs privés la responsabilité de prendre la décision et ne reprenait pas non plus des éléments d'une entente intervenue entre les opérateurs économiques; l'article 85, § 1 a été considéré inapplicable.

- Dans l'arrêt *Ohra* rendu le même jour (arrêt du 17 novembre 1993, aff. C 245/91, Rec. I 5875), la Cour devait se prononcer sur la réglementation néerlandaise interdisant aux entreprises d'assurance de consentir des ristournes à leurs assurés. Cette interdiction était rappelée dans le code de déontologie des agents d'assurances. La Cour a considéré que la réglementation néerlandaise sur les agences d'assurances

n'imposait ni ne favorisait la conclusion d'une entente illicite par les intermédiaires en assurances puisque l'interdiction qu'elle édictait se suffisait à elle-même. La Cour a relevé que la réglementation n'avait été précédée d'aucun accord dans les secteurs couverts.

- L'arrêt Reiff rendu également le même jour (arrêt du 17 novembre 1993, aff. C 185/91, Rec. I, 5844) est particulièrement intéressant puisqu'il concerne la réglementation allemande fixant les tarifs des transports routiers. Ces tarifs sont fixés par des commissions tarifaires en fonction de certains facteurs figurant dans la loi. Ces commissions sont constituées d'experts tarifaires des branches intéressées choisis par le ministre fédéral des transports parmi les personnes qui lui sont proposées par les entreprises ou associations du secteur concerné.

La loi précise que les membres des commissions tarifaires exercent leur activité à titre honorifique et ne sont pas liés par des ordres ou des instructions.

Le ministre peut participer aux réunions des commissions ou s'y faire représenter. Les décisions des commissions tarifaires nécessitent l'homologation du ministre des transports qui peut, en accord avec le ministre fédéral de l'économie fixer lui-même les tarifs en se substituant à la commission tarifaire si l'intérêt général l'exige.

Dans son arrêt, la Cour rappelle que le fait que les autorités publiques procèdent à la nomination des personnes proposées par des organisations professionnelles n'exclut pas l'existence d'une entente dès lors que ces personnes ont négocié et conclu un accord sur les prix en qualité de représentants des organisations qui les ont proposés.

En l'espèce, la Cour précise que les experts tarifaires ne sont pas liés par des ordres ou des instructions de la part des entreprises ou associations qui les ont proposés au ministre fédéral des transports. Elle ajoute que les tarifs sont fixés en fonction de différents critères légaux et que dès lors, les membres des commissions tarifaires choisis par le ministre fédéral des transports sur proposition des organisations professionnelles ne sauraient être considérés comme des représentants de celles-ci appelés à négocier et à conclure un accord sur les prix.

En deuxième lieu, la Cour recherche si les pouvoirs publics n'ont pas délégué leur compétence en matière de fixation des tarifs à des opérateurs privés. Elle relève que le ministre des transports peut participer aux réunions des commissions tarifaires et peut également fixer lui-même les tarifs en se substituant à la commission tarifaire.

La Cour conclut, après avoir analysé ces éléments de fait, que l'article 85, § 1 ne s'applique pas.

- Le dernier arrêt rendu en la matière, l'arrêt Delta du 9 juin 1994 (aff. C 153/93, Rec. I 2526) est très semblable à l'arrêt Reiff puisqu'il concerne les tarifs du trafic fluvial commercial, tarifs fixés par des commissions de fret en fonction de certains facteurs prévus par la loi et homologués ensuite par le ministre fédéral des transports. Là aussi, la Cour relève que les membres des commissions tarifaires siègent également à titre honorifique et ne pas liés par des ordres ou des instructions et doivent tenir compte de différents critères légaux. Le ministre fédéral des transports n'a pas le droit de participer aux réunions des commissions de fret mais il peut également fixer lui-même les tarifs en substituant sa décision à celle des commissions lorsque les tarifs ne sont pas conformes à l'intérêt général. La Cour en conclut que, dans ce cas également, les pouvoirs publics n'ont pas délégué leur compétence en matière de fixation des tarifs à des opérateurs économiques privés et que dès lors, l'article 85, § 1 ne s'applique.

En conclusion, on constate que la Cour de justice s'attache à la réalité des faits qui lui sont soumis et qu'elle n'appliquera l'article 85, § 1 que lorsque l'autorité étatique ne fait qu'entériner un accord conclu ou délègue son pouvoir de réglementation économique à des opérateurs privés.

b) Comment faut-il appliquer cette jurisprudence de la Cour de justice aux législations italiennes et allemandes qui fixent d'autorité les barèmes d'avocats ?

D'entrée de jeu, je dois constater que les informations que j'ai reçues de nos collègues italien et allemand sont largement insuffisantes pour me permettre de donner un avis juridique éclairé. Peut-être d'ailleurs en est-il mieux ainsi car je ne voudrais pas non plus me prononcer sur des réglementations qui font actuellement l'objet de contestations en tout cas en Italie.

D'après les informations qui m'ont été communiquées, il semblerait que la situation soit, de manière extrêmement générale, la suivante.

- En Italie, le Conseil national des Barreaux propose tous les deux ans au ministre de la justice des tarifs professionnels mis à jour. Le ministre de la justice, après avoir entendu d'autres autorités (par exemple le Conseil d'Etat et la Cour des Comptes), approuve les tarifs suggérés et ceux-ci entrent en vigueur le premier jour de leur publication dans le journal officiel.

Je n'ai pas d'information complémentaire et je ne sais donc pas dans quelle mesure le ministre tient compte de critères légaux ou d'autres paramètres que ceux qui lui sont proposés par le Conseil national des Barreaux. Je ne sais pas non plus dans quelle mesure le ministre de la justice peut s'écarter des tarifs proposés.