

## L'INTERDICTION DES COLLABORATIONS INTEGREES ENTRE AVOCATS ET EXPERTS-COMPTABLES : LA REGLEMENTATION DES ORDRES PROFESSIONNELS CONSTITUE-T-ELLE UNE ENTENTE CONTRAIRE AU DROIT COMMUNAUTAIRE ?

*Note sous CJCE, 19 février 2002, J.C.J. Wouters c/ Algemene Raad van de Nederlandse van Advocaten, aff. C-309/99*

**Alexandre DOMESTICI-MET**

Allocataire-moniteur à l'Université d'Aix-Marseille

Droit communautaire – Droit de la concurrence – Ordre professionnel - Avocats – Réglementation professionnelle - Interdiction de collaboration intégrée entre avocats et experts comptables - Entente – Justification pour le bon exercice de la profession d’avocat - Règles déontologiques - Abus de position dominante – Entrave a la liberté d’établissement - Entrave a la libre prestation de services

La réglementation en cause .....	3
Les faits .....	3
Les questions préjudicielles .....	4
<b>I. – Le juge communautaire applique le paragraphe 1 de l’article 81 à la Samenwerkingsverordening .....</b>	<b>5</b>
A –L’activité des avocats constitue une activité économique.....	5
B – La réglementation adoptée par le <i>Nederlandse Orde van Advocaten</i> constitue une décision prise par une association d’entreprises au sens de l’article 81 .....	5
<b>II. – Le juge refuse de sanctionner l’interdiction des collaborations intégrées entre avocats et experts comptables .....</b>	<b>9</b>
A – Le refus de sanctionner sur le fondement du droit de la concurrence.....	9
B – Le refus de sanctionner la <i>Samenwerkingsverordening</i> sur le fondement de la libre prestation de services .....	13

**1 - La libre prestation des services rendus par les avocats dans le marché intérieur** de la Communauté Européenne **semble aujourd'hui acquise**, notamment avec la directive n°98/5<sup>1</sup> qui autorise une reconnaissance mutuelle de la qualité d'avocat entre les Etats membres. **Il en va de même pour la liberté d'établissement**. Ainsi, un avocat issu d'un Etat membre a-t-il le droit de s'établir dans un autre Etat membre afin d'y exercer de manière définitive sa profession. Seule la participation à l'exercice de l'autorité publique peut constituer une restriction à ces libertés tolérée par le droit communautaire<sup>2</sup>. La jurisprudence communautaire, avec par exemple de l'arrêt *Reyners*<sup>3</sup>, a oeuvré depuis longtemps en ce sens.

**2 - Aujourd'hui, une nouvelle étape semble pouvoir être franchie. En effet, la réglementation même de la profession édictée par les autorités des ordres d'avocats semble pouvoir être remise en cause** par l'évolution de la jurisprudence communautaire. Tel était l'enjeu de l'affaire *Wouters*<sup>4</sup>, dont l'arrêt était très attendu. En effet, **les conclusions de l'Avocat Général Léger<sup>5</sup> prônaient une approche assez révolutionnaire** en soumettant très largement la réglementation professionnelle en cause au contrôle du droit communautaire.

En effet, ces conclusions présentées le 10 juillet 2001 laissaient espérer des évolutions jurisprudentielles majeures. L'Avocat Général effectuait ainsi, en non moins de 258 points, une analyse exhaustive des différentes dispositions du droit communautaire de la concurrence pouvant éventuellement trouver à s'appliquer à la réglementation en cause, la *Samenwerkingsverordening*.

L'observateur peut notamment y trouver de très riches développements relatifs à l'application de l'article 81 paragraphe 1 du traité, avec une **analyse approfondie de la notion d'entreprise** au regard du droit de la concurrence. D'autres développements concernent l'article 82, avec un passage relatif à **l'existence d'une éventuelle position dominante collective**. Enfin des développements originaux sont relatifs à **l'article 86 paragraphe 2, ce texte constituant la voie conseillée par l'Avocat Général pour justifier la réglementation néerlandaise**. Il est fait aussi état d'une application combinée des articles 10 et 81.

**3. - L'arrêt, rendu le 19 février 2002, se révèle assez décevant** par rapport à ces espérances. Le juge n'envisage par exemple pas l'application de l'article 86 paragraphe 2 ni l'application combinée des articles 10 et 81. La **référence à une mission d'intérêt économique général effectuée par les avocats**, pour justifier l'interdiction de leur collaboration intégrée avec les experts comptables, aurait pu donner lieu à une analyse très stimulante. Monsieur Léger fonde son analyse, à ce propos, sur **le rôle joué par les avocats pour assurer l'effectivité de l'Etat de droit**. Ainsi affirme-t-il que l'avocat « *permet aux particuliers de mieux connaître, comprendre et mettre en œuvre les droits qui leur sont conférés... l'avocat garantit, dans un Etat de droit, l'effectivité du principe de l'accès des justiciables au droit et aux instances juridictionnelles*<sup>6</sup> ».

---

<sup>1</sup> Directive n° 98/5 du 16 février 1998, J.O.C.E. n° L 77 du 14 mars 1998.

<sup>2</sup> DUBOIS (Louis) et BLUMANN (Claude), Droit communautaire matériel, Coll. Domat Droit Public, Montchrestien, 2002, p. 78.

<sup>3</sup> C.J.C.E., 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, rec, p. 631.

<sup>4</sup> C.J.C.E., 19 février 2002, *J.C.J. Wouters*, aff. C-309/99,

<sup>5</sup> Conclusions de Monsieur l'Avocat Général Philippe Léger, présentées le 10 juillet 2001, *J.C.J. Wouters, ... c/ Algemene Raad van de Nederlandse van Advocaten*, aff. C-309/99.

<sup>6</sup> Conclusions de Monsieur l'Avocat Général Philippe Léger, point 175.s

Cet arrêt se révèle toutefois par ailleurs assez riche d'enseignements quant à l'avenir des réglementations professionnelles.

## La réglementation en cause

**4 - L'Advocatenwet constitue le règlement intérieur applicable aux avocats** et aux procureurs des Pays Bas. Il résulte de la loi du 23 juin 1952 créant le *Nederlandse Orde van Advocaten* -l'ordre néerlandais des avocats-. Les articles 28 et 29 de l'*Advocatenwet* confèrent au collège des délégués de l'ordre -*College van Afgevaardigden*- le pouvoir d'adopter des règlements liant les membres de l'ordre.

La *Samenwerkingsverordening* figure au nombre de ces règlements. Ce texte dispose dans son article 3 que « **l'avocat n'est pas autorisé à contracter ou à faire perdurer des obligations pouvant porter atteinte à sa liberté ou à son indépendance** dans l'exercice de sa profession, y compris la défense de l'intérêt partisan et de la relation de confiance entre l'avocat et son client qui en est le corollaire ». Les articles 3 et 4 fixent ensuite la liste des professions -qui doivent avoir pour objet la pratique du droit- avec les membres desquelles les avocats ont le droit de « conclure ou laisser perdurer des liens de collaboration ». Il s'agit des avocats inscrits ou non aux Pays-Bas et des membres « d'une autre catégorie professionnelle agréée à cet effet par le Conseil général » de l'ordre des avocats.

Or, il se trouve que **les experts-comptables ne figurent pas au nombre des professions pouvant en vertu de ces textes être exercées en collaboration avec celle d'avocat.**

## Les faits

**5 -** Cette interdiction de collaboration est à l'origine du litige qui oppose un avocat néerlandais, Me Wouters, au Conseil général de l'ordre des avocats -*Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*.

**M. Wouters, associé au sein de la société Arthur Andersen & Co Belastingadviseurs** -qui a pour activité le conseil fiscal- **a souhaité s'inscrire au barreau d'Amsterdam** et y exercer sous le nom de cette société.

Le Conseil du barreau d'Amsterdam s'y est opposé par une décision du 27 juillet 1995 au motif que **cette société entretenait des liens avec la société Arthur Andersen & Co Accountants, qui rassemble des experts comptables.** Or, **de tels liens sont prohibés** par les articles 3, 4 et 8 de la *Samenwerkingsverordening*.

Me Wouters et les deux sociétés en cause ont introduit des recours administratifs contre cette décision devant l'*Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*. Celui-ci a rejeté ces recours dans une décision du 29 novembre 1995.

Les mêmes requérants ont ensuite attaqué cette décision devant l'*Arrondissementsrechtbank te Amsterdam* qui a rejeté leurs arguments dans un jugement du 7 février 1997.

Ils ont alors fait appel de ce jugement devant le *Raad van State*. Il importe de préciser qu'un contentieux similaire avait été introduit en parallèle par un autre avocat néerlandais, M. Savelbergh, ainsi que la société *Price Waterhouse Belastingadviseurs B.V.* Ce contentieux a suivi le même cheminement jurisprudentiel et a lui aussi abouti devant le *Raad van State*.

Celui-ci a déclaré irrecevables les recours formés par *Arthur Andersen & Co Belastingadviseurs* et *Arthur Andersen & Co Accountants* dans un arrêt du 10 août 1999. Il a en même temps décidé de surseoir à statuer sur les autres recours afin de poser des questions préjudicielles à la Cour de Justice.

### Les questions préjudicielles

6 - Le *Raad van State* a posé à la Cour neuf questions. Les deux premières concernaient l'article 81 du traité et visaient à déterminer si ce texte est applicable aux avocats et au *Nederlandse Orde van Advocaten*. Dans un tel cas, le juge de renvoi s'interrogeait sur une éventuelle justification de la *Samenwerkingsverordening* au motif de la sauvegarde de l'intérêt général.

Les troisième et quatrième questions concernaient **l'article 82** et demandaient à la Cour de déterminer si **l'ordre néerlandais des avocats constitue une association d'entreprises et commet un abus de position dominante** en adoptant une réglementation telle que la *Samenwerkingsverordening*.

La cinquième question visait à appliquer **le paragraphe 2 de l'article 86** afin de permettre d'écarter l'application des règles communautaires de concurrence à cette réglementation.

La sixième question concernait **la validité du transfert du pouvoir d'arrêter une telle réglementation** par l'Etat néerlandais au bénéfice du *Nederlandse Orde van Advocaten*.

Enfin, les septième, huitième et neuvième questions concernaient la validité du *Samenwerkingsverordening* au regard de **la liberté d'établissement et de la libre prestation de services**. Le juge de renvoi s'interrogeait également sur la possibilité, dans le cas où la *Samenwerkingsverordening* serait en infraction avec ces règles, de justifier celle-ci au motif qu'elle ne serait pas discriminatoire.

7 - La C.J.C.E. va répondre à cette problématique complexe en analysant principalement la réglementation en cause au regard de l'article 81. Si **le juge communautaire accepte d'appliquer le paragraphe 1 de l'article 81 à la Samenwerkingsverordening, il refuse cependant de sanctionner l'interdiction des collaborations intégrées.**

## **I. – LE JUGE COMMUNAUTAIRE APPLIQUE LE PARAGRAPHE 1 DE L’ARTICLE 81 A LA SAMENWERKINGSVERORDENING**

8 - La Cour de Justice affirme la soumission au droit de la concurrence – et plus précisément à la prohibition des ententes posée par l’article 81- de la réglementation professionnelle adoptée par le *Nederlandse Orde van Advocaten*. Ce principe suppose que deux conditions soient remplies, tout d’abord, que les avocats se voient qualifiés d’entreprises et, partant, que l’ordre professionnel les rassemblant constitue une association d’entreprises.

### **A – L’activité des avocats constitue une activité économique**

9 - L’un des premiers enseignements apportés par la Cour de Justice dans cet arrêt concerne la qualification de l’activité des avocats au regard du droit communautaire. En effet, si la Cour n’adopte pas une position radicalement novatrice sur ce point, elle apporte **la confirmation de l’application de la notion d’entreprise à la profession d’avocat**. En effet, toute entité « *exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement*<sup>7</sup> » doit être qualifiée d’entreprise, comme il résulte du célèbre arrêt *Höfner*<sup>8</sup>. Ainsi, le juge de Luxembourg conclut-il dans l’arrêt *Wouters* que « *les avocats inscrits aux Pays-Bas exercent une activité économique et, partant, constituent des entreprises au sens des articles 85, 86 et 90 du traité*<sup>9</sup> ».

10 - L’Avocat Général Léger avait retenu la même approche dans ses conclusions et avait notamment souligné l’usage fait par le juge communautaire de cette définition dans une affaire *Pavlov*<sup>10</sup> concernant un médecin. Les critères retenus dans cette espèce avaient été le fait que le praticien perçoive « *de la part de ses clients une rémunération en contrepartie des prestations effectuées* » ainsi que la condition que le médecin « *assume les risques financiers liés à l’exercice de son activité* ».

### **B – La réglementation adoptée par le Nederlandse Orde van Advocaten constitue une décision prise par une association d’entreprises au sens de l’article 81**

11 - Une fois acquise la qualification d’entreprise des avocats, encore faut-il **analyser la situation concurrentielle** pour y déceler une éventuelle atteinte à la concurrence. Cette

---

<sup>7</sup> point 46.

<sup>8</sup> C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, rec. p. I-1979.

<sup>9</sup> point 49.

<sup>10</sup> C.J.C.E., 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, affs C-180/98 à C-184/98, rec. p. I-6451.

démarche nécessite tout d'abord que soit **qualifié l'ordre professionnel** regroupant les avocats néerlandais avant d'**examiner les conséquences de la réglementation adoptée par celui-ci sur la concurrence.**

*La qualification d'association d'entreprise*

**12** - Cette qualification revêt une importance essentielle, ainsi que le souligne l'Avocat Général Léger<sup>11</sup>, car elle **permet à l'article 81 d'appréhender les formes d'ententes anticoncurrentielles qui ne se font pas par une voie contractuelle mais institutionnelle**, sous la forme d'une association.

La Cour estime que deux qualifications sont possibles. Le *Nederlandse Orde van Advocaten*, « lorsqu'il adopte un règlement tel que la *Samenwerkingsverordening* peut être « considéré comme une association d'entreprises ou, au contraire, comme une autorité publique<sup>12</sup> »

**Le juge rejette tout d'abord l'éventualité d'une activité étrangère par nature « à la sphère des échanges économiques<sup>13</sup> ».** Cette solution découle directement de la qualification d'entreprise retenue précédemment pour l'activité des avocats.

De surcroît, le *Nederlandse Orde van Advocaten* « n'exerce **ni une mission sociale fondée sur le principe de solidarité, ..., ni des prérogatives typiques de puissance publique<sup>14</sup>** »

Le juge précise ensuite que « l'ordre néerlandais des avocats **n'est pas astreint ... au respect d'un certain nombre de critères d'intérêt public<sup>15</sup>** ».

L'Avocat Général Léger rejoint le juge sur ce point lorsqu'il précise que l'ordre n'a pas « l'obligation légale d'exprimer positivement l'intérêt général lorsqu'il exerce sa compétence réglementaire ».

Le juge de Luxembourg déduit de ces éléments l'affirmation selon laquelle « une organisation professionnelle telle que l'ordre néerlandais des avocats doit être considérée comme une association d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité lorsqu'elle adopte un règlement tel que la *Samenwerkingsverordening<sup>16</sup>* ».

<sup>11</sup> Conclusions de M. l'Avocat Général Philippe Léger, point 62

<sup>12</sup> point 56.

<sup>13</sup> point 57.

De telles activités au nombre desquelles figurent notamment un régime obligatoire de sécurité sociale (C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, affs. C-159/91 et C-160/91) ou encore la police de l'espace aérien (C.J.C.E., 19 janvier 1994, *S.A.T. Fluggesellschaft*, aff. ; C-364/92, rec. p.I-43) échappent aux règles de concurrence.

<sup>14</sup> point 58.

<sup>15</sup> point 62.

<sup>16</sup> point 64.

**13** - Il intéressant de remarquer avec l'Avocat Général Léger que d'autres arguments auraient pu être avancés pour aboutir à cette même conclusion<sup>17</sup>.

Ceux-ci auraient pu être trouvés dans un arrêt *C.N.S.D.*<sup>18</sup> concernant le tarif établi par un conseil national des expéditeurs en douane. Cette affaire constitue le premier exemple où le juge communautaire qualifie d'entreprise un ordre professionnel. Le juge avait défini dans cette espèce deux critères permettant d'arrêter la qualification éventuelle d'association d'entreprises attribuée à un tel organisme. Il s'agissait de la composition et de l'encadrement légal de l'organisme en question.

#### L'infraction à l'article 81 paragraphe 1

**14** - La Cour affirme tout d'abord **l'existence d'une atteinte à la concurrence** : « *la réglementation nationale en cause au principal porte atteinte à la concurrence et est susceptible d'affecter les échanges communautaires*<sup>19</sup> ».

Celle-ci avait été aussi reconnue par l'Avocat Général qui avait opéré dans ses conclusions une distinction classique entre l'objet et les effets de l'accord en cause, seuls ces derniers étant néfastes pour la concurrence<sup>20</sup>. Ces conclusions présentaient sur ce point une analyse plus détaillée que celle opérée par le juge de Luxembourg qui s'est contenté d'une analyse rapide des effets anticoncurrentiels de la *Samenwerkingsverordening*. L'Avocat Général Léger avait effectué une analyse approfondie de la question qui représente pas moins d'une quarantaine de points de ses conclusions<sup>21</sup>.

Dans son examen de l'incidence sur les échanges de la réglementation en cause, le juge souligne **le haut degré concentration régnant sur le marché néerlandais de l'expertise comptable**<sup>22</sup> et envisage **l'éventuelle complémentarité entre les activités des avocats et des experts-comptables**<sup>23</sup>. De telles caractéristiques semblent en effet en mesure de renforcer l'incidence sur les échanges d'une éventuelle collaboration intégrée entre avocats et experts-comptables.

La Cour en déduit que **l'interdiction d'une telle collaboration pourrait tomber sous le coup de la prohibition posée au paragraphe 1 de l'article 81** car elle est « *de nature à limiter la production et le développement technique*<sup>24</sup> ».

**15** - Ainsi, l'interdiction de collaboration intégrée entre avocats et experts-comptables semble-t-elle pouvoir être appréhendée par le droit communautaire de la concurrence sur le

---

<sup>17</sup> Conclusions de M. l'Avocat Général Philippe Léger, points 63 et suivants.

<sup>18</sup> C.J.C.E., 18 juin 1998, Commission c/ Italie, aff. C-35/96, rec. p. I-3851.

<sup>19</sup> point 86.

<sup>20</sup> Conclusions de M. l'Avocat Général Philippe Léger, point 88.

<sup>21</sup> Conclusions de M. l'Avocat Général Léger, points 88 à 134.

<sup>22</sup> Celui-ci est en effet dominé par des firmes multinationales surnommées les « *big five* ». Arrêt commenté, point 91.

<sup>23</sup> point 87.

<sup>24</sup> Point 90.

fondement du paragraphe 1 de l'article 81, grâce à l'assimilation du *Nederlandse Orde van Advocaten* à une association d'entreprises.

Cependant, le juge de Luxembourg fera échapper la *Samenwerkingsverordening* à la prohibition prévue par ce texte, refusant ainsi de contraindre le gouvernement néerlandais à autoriser les collaborations intégrées.



## **II. – LE JUGE REFUSE DE SANCTIONNER L’INTERDICTION DES COLLABORATIONS INTEGREES ENTRE AVOCATS ET EXPERTS COMPTABLES**

**16 - La Cour de Justice répond par la négative aux questions préjudicielles posées par le *Raad van State* et valide la réglementation néerlandaise de la profession d’avocat.**

Elle permet ainsi à la *Samenwerkingsverordening* d’échapper à la fois **au droit de la concurrence** et à la **prohibition des entraves à la libre prestation de services**.

### **A – Le refus de sanctionner sur le fondement du droit de la concurrence**

**17 -** Cette attitude du juge communautaire vise l’ensemble des dispositions du droit de la concurrence qui auraient pu être appliquées à la *Samenwerkingsverordening*. Il s’agit aussi bien de l’article 81, que de l’article 82 ou encore du paragraphe 3 de l’article 86.

#### *Le refus de sanctionner sur le fondement de l’article 81.*

**18 -** Après avoir établi l’application à la *Samenwerkingsverordening* du paragraphe 1 de l’article 81 du traité, la Cour de Justice vérifie s’il est possible de justifier l’atteinte ainsi portée à la libre concurrence sur le fondement du paragraphe 3 de ce même article.

Pour ce faire, le juge de Luxembourg examine ensuite cette réglementation sous l’angle de **la déontologie inhérente à la profession d’avocat**. En effet, celle-ci **implique une « interdiction des conflits d’intérêts<sup>25</sup> »** ou encore que **« l’avocat se trouve dans une situation d’indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers<sup>26</sup> »**. Le juge estime qu’au contraire, « la profession des experts-comptables n’est ... pas soumise, en général et plus particulièrement aux Pays-Bas, à des exigences déontologiques comparables ». Une telle considération semble être à même d’apporter une première justification à la *Samenwerkingsverordening*.

Le juge semble apporter un autre élément de justification en faisant une application de la règle de raison. Il affirme en effet que **« un règlement tel que la *Samenwerkingsverordening* 1993 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<sup>27</sup> »**.

---

<sup>25</sup> Point 92.

<sup>26</sup> Point 102.

<sup>27</sup> Point 107.

**19 - Cette démarche peut paraître surprenante** dans la mesure où la jurisprudence communautaire semble avoir clairement établi que **la règle de raison ne peut être utilisée que dans le cadre d'un bilan strictement concurrentiel**. Seules peuvent être prises en compte les conséquences sur l'intensité de la concurrence de l'accord examiné et non des considérations diverses s'inscrivant dans une analyse plus large de la situation. Or, les questions relatives à la déontologie professionnelle, si leur importance ne saurait être mise en doute, ne peuvent cependant s'inscrire dans un bilan purement concurrentiel.

L'Avocat Général Léger avait adopté un raisonnement similaire en rejetant les arguments des parties avançant la règle de raison<sup>28</sup>.

### Le refus de sanctionner sur le fondement de l'article 82

**20 - Le juge écarte assez rapidement l'argument** avancé par les requérants et fondé sur l'article 82 du traité. En effet, il estime que ce texte n'est pas applicable à la situation car **le Nederlandse Orde van Advocaten ne constitue ni une entreprise, ni un groupement d'entreprises**.

Il semble en effet assez clair que **l'ordre néerlandais des avocats n'exerce pas une activité économique** et ne peut par conséquent se voir qualifier d'entreprise au regard du droit communautaire<sup>29</sup>.

Celui-ci **ne constitue pas non plus un groupement d'entreprises** car les avocats « *ne sont pas suffisamment liés entre eux pour adopter sur le marché une même ligne d'action*<sup>30</sup> ». De même, **il n'existe pas de « liens structurels suffisants entre eux »**<sup>31</sup> pour que les avocats puissent bénéficier d'**une position dominante collective**.

**21 - Cette exigence de liens entre les entreprises susceptibles de détenir une position dominante collective** s'inscrit dans une lignée jurisprudentielle assez complexe sur l'analyse de Richard Whish<sup>32</sup> nous semble particulièrement instructive.

Le premier arrêt admettant l'existence d'un abus de domination exercé collectivement, l'arrêt du « *Verre Plat*<sup>33</sup> », avait cité de tels liens à titre d'exemple d'un critère de la position dominante collective. Le célèbre arrêt « *Kali und Salz*<sup>34</sup> » a pris en compte l'existence de tels liens, mais ne les a pas considérés comme un critère indispensable. L'arrêt *Gencor*<sup>35</sup> a précisé que de tels liens, quelle que soit leur nature –économique ou structurelle-, peuvent permettre

<sup>28</sup> Conclusions de M. l'Avocat Général Philippe Léger, points 99 à 108.

<sup>29</sup> Point 112.

<sup>30</sup> Point 113.

<sup>31</sup> Point 114.

<sup>32</sup> WHISH (Richard), *Collective Dominance*, in *Liber Amicorum Slynn, O' Keefe Ed.2000, Kluwer International*, p. 581.

<sup>33</sup> T.P.I.C.E., *Societa Italiana Vetro c/ Commission*, aff. T-68/89, *Fabrica Pisana c/ Commission*, aff. T-77-89 et *P.P.G. Vemante Pennitalia c/ Commission*, aff. T-78-89, rec. 1992, p. II-1403.

<sup>34</sup> C.J.C.E., 31 mars 1998, *République française c/ Commission*, aff. jointes. C-68/94 et C-30/95, rec. p. I-1375.

<sup>35</sup> T.P.I.C.E., *Gencor c/ Commission*, aff. T-102/96..

d'établir l'existence d'une position dominante collective, mais n'en sont en aucun cas un critère.

**La Cour semble ici, au contraire, faire des liens structurels un véritable critère.** En effet, **elle déduit de la seule inexistence de tels liens l'absence de position dominante collective.** L'arrêt *Wouters* sera peut-être à l'origine d'une nouvelle réflexion sur cette question.

**22** - Il nous semble intéressant de noter que l'Avocat Général avait adopté sur la question de la position dominante collective une approche différente dans ses conclusions. Celui-ci n'écartait pas l'éventualité de l'existence d'une position dominante collective. Il avait en effet estimé qu'il « *pourrait être nécessaire d'examiner si le comportement des membres de la profession constitue un « abus » de position dominante collective* », puis « *si le comportement de la profession peut être objectivement justifié* ». Il avait conclu son raisonnement par une éventuelle justification sur le fondement de l'article 86 paragraphe 2.

Cependant, M. Léger laissait au juge de renvoi le soin de trancher ces questions, en l'absence d'éléments juridiques et factuels suffisants.

#### *Le refus d'envisager l'application du paragraphe 2 de l'article 86*

**23** - Bien que ce point ait fait l'objet d'une question préjudicielle spécifique, **le juge a refusé de se pencher sur la question d'une éventuelle mission d'intérêt économique général remplie par les avocats néerlandais.**

**24** - Au contraire, dans ses conclusions, **l'Avocat Général Léger a, à plusieurs reprises, suggéré à la Cour de justifier l'interdiction de collaboration intégrée entre avocats et experts-comptables sur le fondement de l'article 86 paragraphe 2.**

Il est intéressant de remarquer que l'Avocat Général estimait que la *Samenwerkingsverordening* tombait effectivement sous le coup de l'interdiction des ententes posée par l'article 81<sup>36</sup>. Il suggérait cependant de lui permettre d'y échapper en raison de **la mission d'intérêt général confiée aux avocats néerlandais.** En effet, selon M. Léger, un avocat constitue « *une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité*<sup>37</sup> ». Or, ce texte permet d'écarter les règles de concurrence lorsque leur application aurait pour conséquence d'empêcher les entreprises chargées de la gestion de tels services de réaliser leur mission<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Conclusions de M. l'Avocat Général Philippe Léger, point 134.

<sup>37</sup> Conclusions de M. l'Avocat Général Philippe Léger, point 178.

<sup>38</sup> Conclusions de M. l'Avocat Général Philippe Léger, points 184 et suivants.

Une telle analyse, si elle avait été reprise par le juge, aurait constitué une avancée remarquable pour la jurisprudence relative aux services d'intérêt général et aurait eu le mérite d'ajouter à la clarté de la solution de l'arrêt.

## **B – Le refus de sanctionner la *Samenwerkingsverordening* sur le fondement de la libre prestation de services**

**25** - Les trois dernières questions posées par le *Raad van State* portaient sur la compatibilité de la *Samenwerkingsverordening* avec les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services.

La Cour de Justice adopte ici aussi une démarche quelque peu expéditive. En effet, sans même examiner la compatibilité de la réglementation avec ces dispositions, **le juge affirme qu'une éventuelle restriction à la libre prestation de services –ou à la liberté d'établissement serait « en toute hypothèse ... justifiée »** et se contente de renvoyer aux justifications avancées sur le terrain de l'article 81.

**26** - L'Avocat Général Léger s'était au contraire penché de manière approfondie sur la question. S'il avait estimé que les dispositions relatives à liberté d'établissement ne pouvaient s'appliquer au litige, il avait au contraire examiné la *Samenwerkingsverordening* au regard de celles relatives à la libre prestation de services. Il avait notamment rejeté une éventuelle application de la célèbre jurisprudence *Keck et Mithouard*<sup>39</sup> que souhaitait le requérant.

L'Avocat Général avait conclu que « l'article 59 du traité ne s'oppose pas » à une réglementation interdisant les collaborations intégrées.

\*  
\* \*

**27** - Ainsi, la seule innovation de cet arrêt *Wouters* semble être la qualification d'association d'entreprises que le juge communautaire attribue au *Nederlandse Orde van Advocaten*

Les nombreuses pistes d'évolutions jurisprudentielles proposées par l'Avocat Général Léger n'ont ainsi pour la plupart pas été suivies par la Cour. Celle-ci n'y a parfois même pas fait allusion –l'exemple qui frappera le plus l'observateur sensible à la problématique du service public est celui concernant l'éventuelle application de l'article 86 paragraphe 2 aux avocats-

**28** - Si l'on peut probablement regretter cette tournure prise par un arrêt particulièrement attendu, il importe cependant de souligner par ailleurs sa portée quant à l'attitude du droit communautaire à l'égard d'une profession réglementée telle que celle des avocats.

**La réglementation professionnelle soumise à l'examen du juge communautaire se trouve validée par celui-ci.** Il en est d'ailleurs allé de même dans une autre affaire jugée le même jour où était en cause la fixation d'un barème d'honoraires par l'ordre des avocats italiens<sup>40</sup>. Cependant, il ne faut pas oublier que **la Cour de Justice a accepté d'examiner de**

---

<sup>39</sup> C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. C-267 et 268/91, rec. p. I-6097.

<sup>40</sup> Il s'agit de l'affaire *Arduino*, C.J.C.E., 19 février 2002, *Manuele Arduino*, aff. C-35/99.

**telles réglementations, affirmant ainsi leur soumission au droit communautaire de la concurrence.**