

Autorité
de la concurrence



**Avis n° 10-A-10 du 27 mai 2010
relatif à l'introduction du contreseing d'avocat
des actes sous seing privé**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres enregistrées le 8 janvier et le 5 février 2010 sous le numéro 10/0009 A, par lesquelles le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, l'Institut français des experts-comptables et des commissaires aux comptes, Experts-comptables et commissaires aux comptes de France, sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, ont saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis portant sur l'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 5 mai 2010 ;

Les représentants du ministère de la justice, du Conseil national des barreaux, du Conseil supérieur notarial, du Mouvement des entreprises de France (MEDEF), Me Jean-Michel Darrois, avocat, et M. Christophe Jamin, professeur des Universités, entendus sur le fondement de l'article L. 463-7 du Code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

SOMMAIRE

I.	Le contexte	3
A.	La saisine	3
B.	Le projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées	4
C.	Le secteur du conseil et de la rédaction d'actes juridiques.....	6
1.	Un secteur réglementé	6
2.	Un secteur où l'offre aux entreprises est essentiellement assurée par des avocats et des experts-comptables	7
a)	Les avocats	8
b)	Les experts-comptables	9
c)	Les notaires.....	10
3.	Un secteur au centre de réflexions menées aux niveaux européen et national	10
a)	Au niveau européen	11
b)	Au niveau français.....	12
	Le rapport « Attali »	12
	Le rapport « Darrois »	12
II.	Discussion.....	13
A.	Sur les droits spéciaux ou exclusifs.....	14
B.	Sur l'abus de position dominante	15
1.	Sur le marché pertinent.....	16
2.	Sur la position dominante	17
3.	Sur l'abus.....	18
C.	Sur les justifications possibles	20
III.	Conclusion	22

I. LE CONTEXTE

A. LA SAISINE

1. L'article L. 462-1 du Code de commerce dispose :
*« L'Autorité de la concurrence peut être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence.
Elle donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Elle peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge ».*
2. Sur le fondement de ces dispositions, l'Autorité de la concurrence a été saisie le 8 janvier 2010 d'une demande d'avis relative au contreseing d'avocat des actes sous seing privé, par le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, ainsi que par deux syndicats professionnels, l'Institut français des experts-comptables et des commissaires aux comptes et Experts-comptables et commissaires aux comptes de France.
3. Cette saisine fait suite à un communiqué de presse du 22 décembre 2009 dans lequel la Garde des sceaux, ministre de la justice, faisait part de son intention de déposer au début de l'année 2010 un projet de loi mettant en œuvre les préconisations du rapport sur les professions du droit, dit rapport « Darrois », rendu en mars 2009. L'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé s'inspire, en effet, de l'une des propositions du rapport de la commission présidée par Me Jean-Michel Darrois, laquelle avait été chargée par le Président de la République d'engager une réflexion sur la modernisation des professions du droit.
4. Dans le système juridique actuel, les parties qui souhaitent contracter par écrit disposent de deux outils : l'acte authentique, dressé devant notaire, délégataire de la puissance publique qui participe à la confection de l'acte et y appose la formule exécutoire, et pour lequel les effets conférés sont indissociables de l'intervention de ce professionnel, et l'acte sous seing privé, qui émane des parties et pour la rédaction duquel l'intervention d'un professionnel ne confère aucun effet juridique supplémentaire.
5. Ainsi, à la différence de l'acte authentique, l'acte sous seing privé, qui est une abondante source de droit et un instrument couramment utilisé dans la pratique des affaires, ne relève exclusivement d'aucune profession.
6. Selon le rapport Darrois, l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé répondrait à un double objectif. Elle viserait, d'une part, à encourager

le recours aux conseils de l'avocat à l'occasion de la négociation, de la rédaction et de la conclusion des actes sous seing privé, dans une perspective d'accès au droit, de protection juridique et de sécurité des individus et des entreprises (rapport Darrois, p. 34). Elle tendrait, d'autre part, à renforcer la valeur de l'acte sous seing privé en tenant l'acte pour légalement reconnu au sens de l'article 1322 du code civil et en lui attribuant entre les parties la même force probante que l'acte authentique (rapport Darrois, p. 49).

B. LE PROJET DE LOI DE MODERNISATION DES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES REGLEMENTEES

7. Après la saisine de l'Autorité, le 17 mars 2010, le Gouvernement a présenté en Conseil des ministres puis déposé au bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques règlementées, dont l'article 1^{er} a pour objet d'introduire en droit français le contreseing d'avocat des actes sous seing privé.
8. En effet, l'article 1^{er} du projet de loi tend à compléter le chapitre I^{er} du titre II de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, par un chapitre I^{er} bis ainsi rédigé :

« Art. 66-3-1. - *En contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte.*

Art. 66-3-2. - L'acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable.

Art. 66-3-3. - L'acte contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi. »
9. Le recours à l'acte contresigné par un avocat est présenté comme une faculté à laquelle les parties pourront renoncer, à la différence du recours à l'acte authentique, dont le projet de loi tend à ériger au rang législatif le caractère obligatoire pour procéder aux formalités de la publicité foncière (article 4). De plus, l'acte contresigné par un avocat ne revêtirait pas tous les effets juridiques de l'acte authentique (date certaine, force exécutoire).
10. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, à travers l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé, « [...] il s'agit de conférer à l'acte sous seing privé, lorsqu'il est contresigné par un avocat, une efficacité juridique renforcée. En effet, par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, le législateur a estimé qu'il convenait que l'activité de consultation juridique et de rédaction d'actes sous seing privé soit exercée sous le statut d'avocat, compte tenu des exigences de ce dernier tant en termes d'expérience et de déontologie que de responsabilité. L'avocat, en tant que professionnel du droit pratiquant une activité contentieuse, est, en effet, le mieux placé pour anticiper les difficultés d'application et d'exécution d'un acte, ce qui lui confère une expérience et une compétence particulières ».

11. Dans l'étude d'impact accompagnant le projet de loi, le gouvernement décrit en ces termes les objectifs poursuivis par la mesure : *« De nombreux actes sous seing privé sont conclus par des particuliers sans que les parties aient reçu le conseil de professionnels du droit sur la nature et les conséquences de leurs engagements. Cette façon de procéder est de plus en plus répandue en France, des modèles de contrats étant même disponibles sur internet. Elle présente pourtant des risques importants. Ainsi les conséquences de l'acte peuvent se révéler très différentes de celles recherchées par les parties : l'acte peut être nul, la convention illicite et entraîner la responsabilité civile des signataires. Par ailleurs, l'une des parties peut contester l'existence du contrat ou l'un de ses éléments, en raison de la faible valeur probante d'un acte sous seing privé. A l'inverse, alors que certains particuliers et plus encore de nombreuses entreprises ont recours à un avocat pour la préparation, la négociation, la rédaction et la conclusion d'actes juridiques, cette intervention d'un professionnel du droit ne confère aucune valeur juridique supérieure à l'acte ainsi conclu. Ce dernier présente la même fragilité que celle de tout acte sous seing privé, alors que la responsabilité civile de l'avocat est proche de celle encourue par un notaire ayant reçu un acte authentique. Il importe donc d'encourager le recours à un professionnel du droit pour accroître la sécurité juridique. Pour remédier aux situations qui viennent d'être exposées, la commission Darrois a préconisé de reconnaître une portée juridique au contreseing par l'avocat de l'acte sous seing privé afin, d'une part, de manifester l'engagement par le professionnel de sa responsabilité et, d'autre part, de décourager les contestations ultérieures. Le recours aux conseils de l'avocat doit s'accompagner d'un renforcement des effets juridiques des actes ainsi conclus. L'avocat est responsable des vérifications qu'il accomplit en vue de la rédaction de l'acte, des informations qu'il donne aux parties et des conseils qu'il leur prodigue. Il est dès lors logique de conférer à ces actes une valeur supplémentaire, ce qui est également de nature à encourager les parties à y recourir plus souvent. Toutefois, la reconnaissance d'effets de droit au contreseing de l'avocat ne doit pas aboutir à affaiblir l'acte authentique. C'est pourquoi le projet de loi vise à réaffirmer le rôle essentiel de l'acte authentique, notamment en matière immobilière et dans le domaine du droit de la famille ».*
12. Contrairement à ce qu'a soutenu le commissaire du Gouvernement en séance, qui a soulevé l'irrecevabilité de la demande d'avis, l'Autorité souligne que les dispositions du second alinéa de l'article L. 462-1 du Code de commerce permettent aux personnes visées de la consulter, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge, sur toute question de concurrence, y compris lorsque cette question porte sur une matière traitée par un texte législatif en cours de préparation.
13. Toutefois, il n'appartient pas à l'Autorité, sur la base de ces dispositions, de porter une appréciation d'opportunité : son avis ne peut porter que sur l'analyse concurrentielle du dispositif proposé.

C. LE SECTEUR DU CONSEIL ET DE LA REDACTION D'ACTES JURIDIQUES

1. UN SECTEUR REGLEMENTE

14. Les professions juridiques réglementées se caractérisent par l'existence de monopoles légaux et par des conditions d'accès et d'exercice régies par des statuts particuliers.
15. Ainsi, les notaires ont le monopole de la réception des actes auxquels les parties veulent donner un caractère authentique et de ceux dont la loi a prescrit ou rendu nécessaire ce caractère authentique. Les avocats ont le monopole de l'assistance ou de la représentation, de la postulation et de la plaidoirie devant les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires de toutes natures, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et les avoués près les cours d'appel. Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ont le monopole de la représentation des parties et de la plaidoirie devant ces juridictions. Les avoués près les cours d'appel ont, au moins pour le moment, le monopole de la représentation devant les cours d'appel, sauf dans les matières où une disposition spéciale rend leur ministère facultatif. Les commissaires-priseurs judiciaires et les huissiers de justice exercent l'activité de vente judiciaire aux enchères publiques de meubles et effets mobiliers corporels. Les huissiers de justice bénéficient en outre du monopole de la signification des actes judiciaires et extrajudiciaires et de l'exécution forcée des titres exécutoires.
16. La plupart de ces professions exercent également des activités soumises à la concurrence, sans qu'il soit aisé, à défaut d'études économiques précises, de déterminer si ces activités concurrentielles sont liées ou non à une clientèle captive acquise grâce à l'activité monopolistique.
17. L'article 54 de la loi du 31 décembre 1971, précitée, précise les conditions dans lesquelles une personne peut, à titre habituel ou rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour autrui.
18. La première de ces conditions est une condition de diplôme, couplée à un système d'équivalence. Les membres des professions juridiques et judiciaires sont réputés posséder cette compétence juridique. S'agissant des autres professions réglementées, auxquelles appartiennent les experts-comptables, cette compétence résulte des textes qui les régissent. Quant aux autres professions non réglementées, elles doivent obtenir un « *agrément [...] pour la pratique du droit à titre accessoire de celle-ci, par un arrêté, pris après avis d'une commission, qui fixe le cas échéant, les conditions de qualification et d'expérience juridique exigées des personnes exerçant cette activité et souhaitant pratiquer le droit à titre accessoire de celle-ci* » (article 60 de la loi du 31 décembre 1971).
19. Ainsi, l'article 56 de la loi du 31 décembre 1971 reconnaît en premier lieu aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, aux avocats inscrits à un barreau français, aux avoués près des cours d'appel, aux notaires, aux huissiers de justice, aux commissaires-priseurs, aux administrateurs judiciaires et aux mandataires liquidateurs le droit de donner, à titre principal, des consultations juridiques et de rédiger des actes sous seing privé pour autrui « *concurrentement, dans le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs* ».

20. L'article 59 reconnaît également le droit de donner des consultations juridiques et de rédiger des actes sous seing privé aux personnes qui, comme les experts-comptables, exercent une activité professionnelle réglementée, et ce « *dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable* », les consultations juridiques devant relever de « *leur activité principale* » et les actes sous seing privé devant constituer « *l'accessoire direct* » de la prestation fournie.
21. Les experts-comptables tiennent de l'article 22 de l'ordonnance de 1945 n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, la possibilité de « *donner des consultations, effectuer toutes études [...] juridique ou fiscal [...] mais sans pouvoir en faire l'objet principal de leur activité et seulement s'il s'agit d'entreprises dans lesquelles ils assurent des missions d'ordre comptable de caractère permanent ou habituel ou dans la mesure où lesdites consultations, études, travaux ou avis sont directement liés aux travaux comptables dont ils sont chargés* ».
22. Les modalités d'exercice de l'activité de consultation et de rédaction des actes juridiques sont donc tributaires des conditions réglementaires et déontologiques propres à chacune des professions qui interviennent dans le périmètre du droit, avec une différence marquée entre les professions juridiques et judiciaires réglementées, réputées posséder la compétence juridique appropriée, et les autres professions réglementées qui, à l'instar des experts-comptables, peuvent exercer l'activité dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable.
23. Quant aux professions non réglementées dont les membres sont autorisés, sur agrément du ministre de la justice, et le plus souvent après une procédure complémentaire de certification, à effectuer des prestations de conseil juridique à titre accessoire, elles sont une vingtaine, parmi lesquelles celles de conseils en management, conseils en patrimoine, cabinets d'audit, experts immobiliers, experts agricoles et fonciers, consultants en assurance et consultants financiers.

2. UN SECTEUR OÙ L'OFFRE AUX ENTREPRISES EST ESSENTIELLEMENT ASSURÉE PAR DES AVOCATS ET DES EXPERTS-COMPTABLES

24. Dans son avis n° [97-A-12](#) relatif à une demande des experts-comptables portant sur la restriction d'exercice de leur activité professionnelle dans le domaine juridique, le Conseil de la concurrence a identifié l'existence d'un marché des prestations juridiques aux entreprises comprenant le conseil, la rédaction d'actes juridiques, ainsi que l'assistance et la représentation devant les juridictions. Ce marché comporte deux principaux offreurs : les avocats et les experts-comptables.
25. Les études économiques disponibles ne présentent que des données par professions (professions juridiques et experts-comptables), sans possibilité d'isoler les données relatives à l'activité de conseil et de rédaction d'actes juridiques. En outre, la multiplicité des offreurs complique une approche économique d'ensemble et une évaluation de la situation du marché.
26. Néanmoins, ces études confirment que l'offre de prestations juridiques aux entreprises provient principalement des deux professions réglementées que sont, d'une part, les avocats et, d'autre part, les experts-comptables.

a) Les avocats

27. La profession d'avocat est libérale et indépendante. Son statut résulte principalement de la loi précitée du 31 décembre 1971. La réforme de 1990 a modernisé la profession en fusionnant deux professions réglementées, celles d'avocat et de conseil juridique.
28. L'avocat exerce soit à titre individuel, soit au sein d'une association ou d'une société. Il peut être employé en qualité de salarié ou de collaborateur libéral d'un avocat ou d'une société d'avocat. Sa rémunération est fondée sur le principe de la libre détermination de l'honoraire.
29. L'avocat a, du fait de la fusion opérée en 1990 entre les professions d'avocat et de conseil juridique, essentiellement deux types d'activités : d'une part, l'assistance et la représentation en justice pour lesquelles il bénéficie d'un quasi monopole, et, d'autre part, la consultation et la rédaction d'actes juridiques.
30. La profession se caractérise par un fort dynamisme démographique, le nombre d'avocats ayant quasiment triplé entre 1989 et 2009, passant de 18 076 à 50 314, la moitié des avocats exerçant en Île-de-France.
31. Les professions juridiques sont dominées par celle d'avocat, tant en nombre d'entreprises (30 500), que de chiffres d'affaires (11 milliards d'euros) et d'effectif (39 500 salariés non avocats), comme le montre le tableau ci-dessous :

	Entreprises	Effectifs	Chiffres d'affaires
Avocats	77 %	48,6 %	58 %
Notaires	9,8 %	39,5 %	31,8 %
Huissiers	7,3 %	8,6 %	7,4 %
Autres activités	5,9 %	3,3 %	2,8 %
Total	100%	100%	100%

Source : INSEE, données 2007.

32. Malgré son caractère atomisé, l'offre de services juridiques connaît un phénomène de concentration : les « *big four* », représentés par Fidal, Ernst & Young, Landwell et Taj, réalisent à eux seuls un chiffre d'affaires de 800 millions d'euros. Le principe de séparation du conseil et de l'audit des comptes, tel qu'il résulte de l'article L. 811-22 du Code de commerce créé par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, a eu des répercussions importantes sur l'organisation de ces entreprises qui interviennent en tant que réseaux pluridisciplinaires, à la fois dans les domaines de la comptabilité, de l'audit et du droit, et dont le développement repose sur une stratégie de maillage du territoire.
33. Sur l'activité de conseil, les avocats considèrent que la concurrence la plus forte provient des experts-comptables (63 %), suivis des notaires (51 %) et des fournisseurs d'informations juridiques sur Internet (27 %).

b) Les experts-comptables

34. La profession d'expert-comptable est réglementée par l'ordonnance précitée du 19 septembre 1945. Le port du titre et l'exercice de la profession sont subordonnés à l'inscription au tableau de l'Ordre, pour laquelle est notamment exigée la détention du diplôme français d'expertise comptable.
35. Au 13 janvier 2010, 24 306 personnes physiques étaient inscrites au tableau de l'Ordre, dont 6 237 en tant qu'experts-comptables stagiaires. La profession connaît une croissance démographique importante, le nombre d'experts-comptables ayant progressé de 24 % entre 1995 et 2008.
36. Selon l'enquête annuelle de l'INSEE réalisée en 2007, 20 222 entreprises relevaient du secteur « Activités comptables », soit une progression de 39 % par rapport à 1994. En 2007, ces entreprises employaient 131 630 personnes, dont environ 12 % de non salariés, et réalisaient un chiffre d'affaires de près de neuf milliards d'euros, la prise en compte des activités de commissariat aux comptes et des organismes de gestion agréés faisant passer ce chiffre à treize milliards d'euros.
37. Les cabinets de petite taille sont prépondérants puisque 95,7 % des cabinets emploient moins de 20 salariés. Cependant, les 21 entreprises employant plus de 250 salariés réalisent 18,4 % du chiffre d'affaires du secteur comptable.
38. Tout en étant fortement atomisée, la profession présente un degré de concentration important qui est le fait des « *big five* » que sont Ernst & Young, Deloitte & associés, Fiducial KPMG, Pricewaterhousecoopers et Mazars. Ces entreprises ont une activité dominée par l'audit légal et couvrent la quasi-totalité des entreprises cotées sur le marché. Positionnées initialement sur la clientèle grands comptes, elles tendent à s'attaquer au segment du « *mid-market* », voire au « *small business* ». Leur stratégie repose sur une logique pluridisciplinaire et de maillage territorial, avec une diversification vers le conseil juridique plus ou moins affirmée.
39. Entre ces deux extrêmes, le secteur connaît des mouvements de consolidation par la constitution de réseaux de cabinets qui mettent en commun certaines ressources, en vue de renforcer le caractère pluridisciplinaire de leur offre tout en maintenant une présence territoriale.
40. Selon l'enquête de l'INSEE, précitée, l'activité de tenue et de surveillance des comptes reste, pour l'ensemble du secteur, largement prépondérante, voire en progression (63,3 % du chiffre d'affaires contre 58 % en 1997).
41. Compte tenu des modalités d'exercice et de facturation des prestations au forfait, il est difficile d'identifier des chiffres précis se rapportant à l'activité juridique au sein de la profession comptable, de même qu'il est difficile de définir un contenu précis de l'activité juridique réalisée par les experts-comptables.
42. Cependant, sur la base d'une enquête confiée à l'IFOP en 2006, menée essentiellement auprès des cabinets dont l'effectif est compris entre 1 et 50 salariés, l'Ordre des experts-comptables estime que l'activité de conseil (au sens large) facturée séparément représentait 6 % environ de l'activité des cabinets. La paie et les activités juridiques subséquentes représentaient quant à elles 11 % du chiffre d'affaires. L'enquête de l'INSEE, qui porte sur l'ensemble des entreprises,

évaluait, quant elle, la part des activités juridiques des cabinets d'expertise comptable à 2,21 %.

43. De plus, une enquête menée en 2010 par Tns-Sofres, à la demande de l'Ordre des experts-comptables, auprès de 800 très petites entreprises (TPE), petites et moyennes entreprises (PME) et associations, enseigne que 50 % des entreprises interrogées recourent au service d'un expert-comptable pour leurs besoins courants en conseil juridique. Cette enquête révèle également que 67 % des PME-TPE ont recours au moins occasionnellement à un cabinet d'expertise comptable. Ce chiffre s'élève à 76 % parmi les TPE-PME ayant recours à un avocat ou à un conseil juridique.
44. En revanche, les données fournies ne mettent pas en évidence le rôle de prescripteur que jouent les experts-comptables auprès de leurs clients, à propos duquel l'enquête réalisée dans le cadre de l'avis [97-A-12](#) établissait que l'avocat était le principal interlocuteur pour plus de la moitié des prestations juridiques sollicitées auprès des experts-comptables.

c) Les notaires

45. Le statut des notaires résulte de la loi du 25 Ventôse An XI, de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 et du décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945.
46. Le nombre d'offices notariaux fait l'objet d'un *numerus clausus*, mais le candidat peut aussi, après le passage d'un concours, bénéficier d'un office créé par arrêté du ministre de la justice, après avis de la commission de localisation des offices de notaires, en fonction de considérations démographiques.
47. Au 1^{er} décembre 2009, on comptait 9 010 notaires, regroupés en 4 557 offices, partagés entre l'exercice de l'activité à titre individuel (1 793) et sous la forme sociale (2 752 essentiellement sous la forme de sociétés civiles professionnelles). Il convient d'ajouter 1 300 bureaux annexes, ce qui porte à 5 850 le nombre de points de contact sur le territoire.
48. En 2009, les notaires ont établi 3,6 millions d'actes authentiques. Ce nombre était en diminution de 8 % par rapport à 2008, après avoir déjà diminué de 4,5 % entre 2007 et 2008. En 2009, les notaires ont réalisé un chiffre d'affaires de 5,5 milliards d'euros, inférieur de 11 % à celui enregistré en 2008, lequel avait déjà diminué de 5,7 % par rapport à 2007.
49. L'activité notariale est caractérisée par la prégnance du secteur immobilier (négociation, ventes d'immeubles, baux : 53 %) qui est au cœur de l'activité de monopole. Les autres domaines concernent les actes patrimoniaux, matrimoniaux, succession (26 %), le crédit (14 %) et le conseil et l'expertise aux entreprises (7 %).

3. UN SECTEUR AU CENTRE DE REFLEXIONS MENEES AUX NIVEAUX EUROPEEN ET NATIONAL

50. Le secteur du conseil et de la rédaction d'actes juridiques est l'objet de réflexions engagées en France et dans l'Union européenne.

a) Au niveau européen

51. Le rapport de la Commission européenne du 17 février 2004 sur la concurrence dans le secteur des professions libérales (COM(2004) 83 final/2) a identifié cinq catégories de règles potentiellement restrictives parmi les règles qui régissent ces professions : les prix imposés, les prix recommandés, les restrictions en matière de publicité, les restrictions d'accès et les tâches réservées, ainsi que les réglementations relatives à la structure des entreprises.
52. Selon la Commission, de telles règles risquent de restreindre, voire de supprimer la concurrence entre les prestataires de services et de décourager les professions libérales de réduire leurs coûts, leurs prix, d'améliorer la qualité ou encore d'innover.
53. Cependant, la Commission reconnaît qu'il peut être nécessaire de réglementer les services offerts par les professions libérales pour trois principales raisons :
 - l'asymétrie d'information qui existe entre les consommateurs et les prestataires de services, puisqu'une des caractéristiques des professions libérales réside dans le fait que les prestataires disposent de compétences techniques de haut niveau que les consommateurs ne possèdent pas nécessairement, de sorte que ces derniers éprouvent des difficultés à juger la qualité des services qu'ils achètent ;
 - les effets externes, dans la mesure où ces services peuvent avoir une incidence sur des tiers, à l'instar d'un audit imprécis qui induirait en erreur les créanciers ou les investisseurs ;
 - le caractère de « biens publics » de certains services offerts par les professions libérales, lesquels présentent une valeur pour l'ensemble de la société, comme c'est le cas d'une bonne administration de la justice.
54. Par conséquent, la Commission a indiqué que, tout en tenant compte de ces spécificités, des mécanismes plus favorables à la concurrence devraient être appliqués pour remplacer certaines règles, rappelant que l'impératif de protection des consommateurs ne doit pas aboutir à restreindre la concurrence.
55. Ainsi, elle a recommandé aux États membres d'examiner les règles applicables aux professions libérales à l'aune d'un test de proportionnalité inspiré de celui réalisé par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt du 19 février 2002, *Wouters* (C-309/99, Rec. p. I-1577) : les règles restrictives doivent être objectivement nécessaires pour réaliser un objectif d'intérêt général clairement défini et légitime et doivent constituer le mécanisme qui restreint le moins la concurrence pour atteindre cet objectif.
56. La Commission a ainsi invité les États membres à procéder au réexamen de ces règles et à supprimer celles qui sont injustifiées. Elle leur a également suggéré d'étudier la nécessité de mettre en place des mécanismes d'accompagnement plus favorables à la concurrence et qui augmentent la transparence en vue de renforcer les droits et les pouvoirs des consommateurs (voir aussi, Commission européenne, communication du 5 septembre 2005 sur le suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, COM (2005) 405 final).

b) Au niveau français

Le rapport « Attali »

57. Le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française rendu en janvier 2008, dit rapport « Attali », constate que le rôle et l'organisation des professions juridiques ont considérablement évolué en raison, notamment, d'une contractualisation croissante de l'économie et d'une mutation de la pratique du droit, avec l'essor des règlements à l'amiable ou encore à la faveur du changement de comportement des consommateurs. Tous les opérateurs ont investi des domaines d'activités nouveaux, brouillant ainsi les frontières traditionnelles entre les différentes professions.
58. Dans ses conclusions, le rapport se prononce en faveur d'une réforme des modes d'organisation des professions juridiques, dans la mesure où les conditions d'exercice qui en découlent ne présentent plus de lien avec le contrôle légitime de la compétence des professionnels et la surveillance de leurs activités. Il prône ainsi la levée des restrictions de l'offre (assouplissement des conditions d'accès, suppression des *numerus clausus* et des monopoles historiques de certaines professions), ainsi que le décloisonnement des professions, notamment pour les avocats et les experts-comptables, afin de favoriser la constitution de cabinets pluridisciplinaires susceptibles de concurrencer les « *majors* » anglais et américains.

Le rapport « Darrois »

59. Le rapport Darrois, présenté précédemment, observe, quant à lui, que la démographie des avocats est très dynamique et que le monopole de la représentation et de la plaidoirie ne suffit plus à assurer l'équilibre économique de la profession. Il relève, en outre, que l'organisation et la répartition des compétences entre les professions du droit se traduisent par un morcellement et une complexité qui peuvent entraver l'efficacité des membres de ces professions, lesquels sont, par ailleurs, exposés à la concurrence de grands cabinets anglo-saxons.
60. Dans ce contexte, le rapport mène une réflexion globale sur les professions du droit en vue, notamment, de remédier à une situation dans laquelle « *les justiciables sont confrontés à un incompréhensible éparpillement des compétences* ». Cette réflexion, centrée sur la recherche d'un rapprochement, voire d'une unification des professions du droit à travers la révision de leurs conditions d'exercice, sonne comme un écho aux conclusions du rapport Attali, qui a montré la nécessité d'améliorer la réglementation et de procéder à une revue des protections afin de diminuer leurs effets négatifs sur l'activité et le niveau des prix.

II. DISCUSSION

61. Les saisissants demandent à l'Autorité de se prononcer sur les conséquences que pourrait avoir sur la concurrence l'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé. A cet égard, ils expriment deux craintes principales.
62. D'abord, ils soutiennent que le contreseing d'avocat d'actes sous seing privé entraînera l'intervention d'un professionnel supplémentaire, sans véritable valeur ajoutée pour le client, dans la mesure où l'expert-comptable, en tant que rédacteur habituel de l'acte soumis à un devoir de conseil, endosse déjà la responsabilité des actes qu'il rédige.
63. Ensuite, ils estiment que le contreseing d'avocat d'actes sous seing privé risque de donner un avantage compétitif aux avocats, en leur accordant, à l'exclusion de tout autre rédacteur d'actes juridiques, la possibilité de contresigner les actes sous seing privé.
64. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que le Conseil de la concurrence s'est, à plusieurs reprises, prononcé sur la portée d'une modification d'une réglementation professionnelle au regard des règles de concurrence.
65. Ainsi, a-t-il relevé dans son avis [08-A-10](#) du 18 juin 2008 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle, « *que le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation exactement identiques. Il suppose, toutefois, qu'aucun opérateur ne bénéficie, pour son fonctionnement ou développement, de facilités dont les autres intervenants seraient privés et qui seraient d'une ampleur telle qu'elles lui permettraient de fausser le jeu de la concurrence, sauf alors à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général. De tels avantages pourraient en effet faire obstacle au développement d'une compétition par les mérites sur le marché concerné, quel que soit par ailleurs le niveau des performances des opérateurs* » (point 61).
66. De même, dans son avis [08-A-18](#) du 29 juillet 2008 relatif au projet de décret portant code de déontologie des masseurs kinésithérapeutes, le Conseil de la concurrence a précisé que « *les restrictions à la concurrence posées par la réglementation d'une activité professionnelle qui vise à encadrer les conditions d'exercice de celle-ci, peuvent toutefois être justifiées, par analogie avec ce qui a été jugé par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt Wouters du 19 février 2002 (C-309/99, Rec. p I-1577), afin d'assurer au consommateur des garanties nécessaires à sa protection. Ces dernières ne vont pas nécessairement à l'encontre des objectifs de la politique de la concurrence si les effets restrictifs de concurrence de cette réglementation sont inhérents à l'objectif de protection des consommateurs, c'est-à-dire sont nécessaires et proportionnés à cet effet* » (paragraphe 56, voir aussi l'avis [03-A-21](#) du 31 décembre 2003 relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics).
67. S'agissant des questions soulevées par les saisissants, l'Autorité précise que les transferts de revenus entre les différentes professions intervenant sur un marché,

que peut entraîner telle ou telle modification des règles applicables à ces professions, n'intéressent pas en tant que tels le droit de la concurrence. Pour trouver à s'appliquer, les règles de concurrence requièrent de caractériser l'existence d'une restriction ayant pour objet ou pour effet de porter une atteinte sensible au jeu concurrentiel, caractérisée par exemple par l'éviction potentielle d'acteurs du marché, de nature à porter atteinte au bien-être des consommateurs (hausse des prix, diminution de la qualité des prestations, réduction ou ralentissement de l'innovation, etc...).

68. En revanche, il appartient à l'Autorité d'examiner si, en réservant aux avocats la faculté de contresigner des actes sous seing privé, l'introduction du contreseing risque de porter atteinte à la concurrence et, notamment, aux règles du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci après TFUE), dès lors que les échanges entre États membres sont susceptibles d'être d'affectés.
69. Certes, en l'absence de règles communes, chaque État membre reste en principe libre de régler l'exercice de la profession d'avocat sur son territoire (voir notamment Cour de justice des Communautés européennes, 19 février 2002, Wouters, précité, point 99).
70. Néanmoins, ce faisant, les États doivent respecter les règles du traité en s'abstenant de fausser la concurrence entre les entreprises.
71. A cet égard, l'article 106, paragraphe 1, TFUE dispose que : « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus* ». Cette disposition, lue en combinaison avec l'article 102 TFUE relatif aux abus de position dominante, commande aux États de ne pas placer les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs dans une situation qui les conduirait nécessairement à abuser de leur position dominante.
72. Néanmoins, même lorsqu'une mesure d'État est contraire aux règles de la concurrence, elle peut, par exception, être autorisée pour des motifs d'intérêt général.
73. Ainsi, en l'espèce, il convient d'examiner dans quelle mesure le contreseing d'avocat des actes sous seing privé pourrait constituer un droit spécial ou exclusif (A), qui placerait les avocats en situation d'abuser automatiquement d'une position dominante (B) et qui ne pourrait se prévaloir d'aucune justification lui permettant d'échapper à une interdiction (C).

A. SUR LES DROITS EXCLUSIFS OU SPECIAUX

74. Les notions de droits exclusifs et de droits spéciaux mentionnées dans l'article 106, paragraphe 1, TFUE, sont définies par la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (articles 2 sous f et 2 sous g).

75. Ainsi, les droits exclusifs sont « *des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument juridique, réglementaire et administratif, qui lui réserve le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné* ».
76. Les droits spéciaux sont, quant à eux, « *des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné [...] confère à une ou plusieurs entreprises, selon [des] critères [qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires], des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes* ».
77. En l'espèce, la qualification de droits exclusifs doit être écartée, puisque le contreseing d'avocat des actes sous seing privé ne bénéficie pas à une seule entreprise mais à l'ensemble des membres de la profession d'avocat.
78. Celle de droits spéciaux ne pourrait que difficilement être retenue. En premier lieu, parce que le droit en cause, offert aux 50 000 avocats établis en France, ne peut être regardé avec évidence comme accordé « *à un nombre limité d'entreprises* ». En second lieu, parce que la question de savoir si l'accès au contreseing affecte substantiellement la capacité des autres professions à être présentes sur le marché de la consultation et de la rédaction d'actes juridiques, pour lequel subsistera une concurrence importante entre les avocats, d'une part, et entre les avocats et les membres des autres professions autorisées à exercer la même activité, d'autre part, n'appelle pas de réponse univoque.
79. Enfin, l'Autorité souligne que, même si la réservation aux avocats du contreseing des actes sous seing privé pouvait être qualifié de droit spécial, ce qui ne semble pas être le cas pour les raisons indiquées plus haut, encore faudrait-il, pour qu'elle pose un problème de concurrence, qu'elle conduise nécessairement les avocats à abuser d'une position dominante.

B. SUR L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

80. Un État membre enfreint les interdictions édictées par les articles 106, paragraphe 1, et 102 TFUE, lus en combinaison, lorsqu'une entreprise à laquelle il accorde des droits exclusifs ou spéciaux est amenée, par le simple exercice de ces droits, à exploiter une position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est conduite à commettre de tels abus (voir notamment Cour de justice des Communautés européennes, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)/Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. p. I-4863, point 49).
81. Ainsi, le contreseing d'avocat des actes sous seing privé, à supposer qu'il puisse se voir qualifier de droit exclusif ou spécial, ne serait contraire au droit de la concurrence que dans la mesure où il conduirait nécessairement les avocats à abuser (3) d'une position dominante (2) sur un marché pertinent (1).

1. SUR LE MARCHÉ PERTINENT

82. Le marché pertinent se définit comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Une substituabilité parfaite se rencontrant rarement, sont considérés comme substituables et, par conséquent comme se situant sur un même marché, les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande.
83. S'agissant de la définition du marché pertinent, le Conseil de la concurrence a identifié dans son avis [97-A-12](#), précité, l'existence d'un marché des prestations juridiques aux entreprises comprenant le conseil, la rédaction d'actes, ainsi que l'assistance et la représentation devant les juridictions. Sur ce marché, sont principalement en concurrence les avocats et les experts-comptables.
84. Dans son avis, le Conseil relevait toutefois que *« l'évaluation de ce marché est difficile. En effet, à l'exception de l'activité d'assistance et de représentation pour laquelle, sous réserve de certaines exceptions très limitées, un monopole est reconnu aux avocats, l'activité de conseil et de rédaction d'actes peut être exercée par différentes professions et pas seulement celles qui appartiennent au secteur des professions juridiques et judiciaires. L'addition des chiffres d'affaires réalisés par toutes les professions autorisées à un titre ou à un autre à exercer une activité de conseil ou de rédaction d'actes au profit des entreprises conduirait à majorer la réelle valeur du marché, dans la mesure où les produits qui résultent des seuls services juridiques rendus aux entreprises ne sont pas comptabilisés de façon identifiable dans le chiffre d'affaires desdites professions, qui exprime leur activité totale, donc y compris, pour les professions juridiques, les prestations aux particuliers »*.
85. L'Autorité relève qu'au regard des difficultés qu'il y a à appréhender les déterminants de la demande sur le marché des prestations de conseil et de rédaction d'actes juridiques, ce constat reste d'actualité, y compris dans le contexte de la création du contreseing d'avocat des actes sous seing privé.
86. A cet égard, l'Autorité observe qu'il existe une véritable difficulté à identifier une demande latente au regard de l'effet juridique supplémentaire conféré à l'acte sous seing privé contresigné. En effet, l'étude d'impact du gouvernement ne donne pas d'évaluation du nombre d'actes ni du chiffre d'affaires engendré par les actes sous seing privé qui seront susceptibles de faire l'objet d'un contreseing de l'avocat.
87. Selon le gouvernement, *« il est probable et souhaitable que la sécurité renforcée qu'offre l'acte contresigné par avocat conduise un certain nombre de personnes qui ont besoin d'un acte sous seing privé à solliciter le contreseing de l'avocat. Pour les parties qui avaient déjà l'habitude de recourir à un avocat, notamment les entreprises, la création de l'acte contresigné ne changera pas leur pratique, mais leur offrira une plus grande sécurité. Lorsqu'un acte sera envisagé entre une personne ayant habituellement recours à un avocat et une personne n'ayant pas d'avocat, la création de l'acte contresigné aura probablement pour effet de conduire la seconde à solliciter les services de l'avocat de la première ou d'un autre avocat afin de profiter des avantages de ce type d'acte »*.

88. L'étude d'impact précise également que l'acte contresigné par un avocat devrait offrir une sécurité renforcée, nécessaire aux montages juridiques sensibles, notamment en droit des affaires, et s'appliquer aux baux d'habitation ou commerciaux, aux ventes de biens meubles, aux contrats de travail et aux ventes de fonds de commerce. L'étude d'impact cite également, pour ce qui concerne les particuliers, les cas de séparation de couple et la médiation.
89. Ainsi, le contreseing d'avocat serait susceptible d'intéresser les particuliers comme les entreprises et donc de concerner des marchés distincts, sauf à considérer qu'il existe un marché spécifique des actes sous seing privé contresignés par des avocats.
90. S'agissant plus spécifiquement des entreprises et notamment des TPE-PME, l'acte contresigné pourrait revêtir un degré de substituabilité tel, notamment en raison du caractère facultatif du contreseing et de la faible différenciation qu'il introduit par rapport à l'acte sous seing privé non contresigné, qu'il pourrait être pris en considération dans un ensemble plus vaste du marché des prestations juridiques rendues aux entreprises et trouvant sa place entre l'acte notarié, dans les domaines non réservés par la loi, et l'acte sous seing privé.
91. A ce stade, l'Autorité considère qu'il n'existe pas suffisamment d'éléments pour modifier l'analyse du marché pertinent à laquelle a procédé l'avis [97-A-12](#). C'est donc sur le marché des prestations juridiques aux entreprises que doit s'effectuer l'analyse concurrentielle et notamment la recherche de l'existence d'une éventuelle position dominante des avocats.
92. Toutefois, l'Autorité relève que, quel que soit le marché retenu, il est peu probable qu'une telle position dominante puisse être caractérisée.

2. SUR LA POSITION DOMINANTE

93. Selon une jurisprudence constante, la position dominante se révèle par le pouvoir de s'abstraire de toute concurrence, en ayant un comportement indépendant des concurrents, des fournisseurs et des clients. Un tel pouvoir de marché peut se présumer lorsque les parts de marché de l'entreprise en cause ou des entreprises en position dominante collective sont très élevées.
94. En l'espèce, comme l'Autorité l'a souligné dans la présentation du secteur, la profession d'avocat est fortement atomisée. Par conséquent, un seul avocat ou un seul cabinet d'avocat ne saurait détenir une position dominante, quel que soit le marché pertinent considéré.
95. Néanmoins, la question se pose de savoir si les membres de la profession d'avocat pourraient, ensemble, détenir une position dominante collective.
96. Pour considérer qu'une situation de position dominante collective existe, trois conditions doivent être réunies (Tribunal de première instance des Communautés européennes, 6 juin 2002, *Airtours c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. p. II-2585, point 62) :
 - « *en premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action* ». La transparence sur le marché doit donc être suffisante pour que chaque membre de l'oligopole dominant puisse connaître, de

manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres ;

- « *en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché* ». En effet, pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, autrement dit que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative ;

- en troisième lieu, il doit être également établi que « *la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune* ».

97. La Cour de justice, dans son arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, a précisé qu'« *il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite* » et que « *l'appréciation [...] devrait non pas se faire de façon isolée et abstraite, mais s'effectuer à l'aune d'un mécanisme d'une hypothétique coordination tacite* » (aff. C-413/06 P, Rec. p. I-4951, points 125 et 126).
98. S'agissant des membres de la profession d'avocat aux Pays-Bas, la Cour de justice a indiqué dans l'arrêt Wouters, précité, que « *les avocats ne sont pas suffisamment liés entre eux pour adopter sur le marché une même ligne d'action qui aboutisse à supprimer les rapports concurrentiels entre eux. La profession d'avocat est, en effet, peu concentrée, fort hétérogène et connaît une grande concurrence interne. Faute de liens structurels suffisants entre eux, les avocats ne sauraient être considérés comme occupant une position dominante collective au sens de l'article 86 [article 102 du traité TFUE]* » (points 111 à 114). A cet égard, la Cour a relevé que les avocats ne réalisent que 60 % du chiffre d'affaires du secteur des services juridiques aux Pays-Bas, et que, cette part de marché ne saurait constituer, compte tenu du nombre élevé d'avocats, un indice décisif de l'existence d'une position dominante collective.
99. La même conclusion s'impose s'agissant du secteur des prestations juridiques en France compte tenu, d'une part, du caractère fortement atomisé de la profession d'avocat, de l'absence de *numerus clausus* et de l'absence de tarification légale de l'activité de conseil, et d'autre part, du caractère fortement disputé du marché du conseil et de la rédaction d'actes juridiques.
100. Toutefois, même si les avocats disposaient, ensemble, d'une position dominante collective, sur un quelconque marché pertinent, encore faudrait-il que le contreseing d'avocat des actes sous seing privé les conduise nécessairement à abuser de leur position dominante.

3. SUR L'ABUS

101. La Cour de justice dans l'arrêt du 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Commercialisti Srl/Giuseppe Calafiori a rappelé que « *le simple fait de créer une position*

*dominante par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 82 CE. Un État membre n'enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions que lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits spéciaux ou exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus (arrêt du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, *Rec. p. I-8089*, point 39) ».*

102. En l'espèce, les saisissants s'inquiètent de l'incidence que pourrait avoir le contreseing d'avocat des actes sous seing privé sur le marché des prestations juridiques offertes aux entreprises, et notamment aux TPE-PME, sur lequel avocats et experts-comptables sont en concurrence pour une part de leur activité. Le risque serait que l'attractivité du contreseing soit telle, en tant que produit d'appel, que les entreprises y recourent massivement et que cela ait un effet d'entraînement sur les autres services juridiques, qui échapperaient aux experts-comptables pour être transférés aux avocats. Les experts-comptables soulignent que ce risque est d'autant plus fort qu'ils seront tenus, dans l'exercice de leur devoir de conseil, de proposer aux entreprises qui utilisent leurs services, la possibilité de recourir au contreseing d'avocat pour les actes de leur vie économique et commerciale, sans qu'ils puissent offrir eux-mêmes ce service. Ainsi, l'abus consisterait à accaparer le marché amont de la consultation juridique, par une réservation du marché aval de la rédaction de l'acte juridique.
103. Cependant, outre que l'existence de ces deux marchés n'est pas avérée, à ce stade, une forte incertitude existe sur la place qu'occupera l'acte contresigné par un avocat entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique. En tout état de cause, l'effet d'entraînement évoqué ne sera sensible que si le contreseing venait à occuper une place significative dans les actes des entreprises. Or, les représentants des experts-comptables et des entreprises ont souligné en séance le faible degré d'utilité que représente le contreseing d'avocat pour les TPE-PME. En particulier, le MEDEF, après avoir consulté des entreprises de toutes tailles et de tous secteurs, a indiqué que le contreseing ne répond à aucune de leurs attentes. Au demeurant, les entreprises semblent craindre que le contreseing renchérisse leurs coûts, ce qui serait particulièrement préjudiciable aux PME.
104. De plus, à supposer que le recours au contreseing d'avocat s'amplifie, malgré les incertitudes et les limites rappelées plus haut, l'existence d'un effet d'éviction n'est pas non plus avérée. En effet, les experts-comptables sont en relation directe avec les entreprises en raison du monopole dont ils disposent sur la tenue de la comptabilité des entreprises. Du reste, ce sont souvent eux qui orientent leurs clients, spécialement les PME, vers des avocats. La position particulière qu'ils occupent auprès des entreprises -associée au fait que leur tarification se fait généralement au forfait, à l'inverse de celle pratiquée par les avocats, cette dernière étant vue de manière moins avantageuse par les petites entreprises- rend donc peu probable leur éviction du marché des prestations juridiques aux entreprises.
105. Dans ces conditions, l'Autorité considère que l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé n'est pas susceptible d'avoir des effets sensibles sur la concurrence. Partant, il ne conduit pas les avocats à, nécessairement, abuser d'une prétendue position dominante.

106. Néanmoins, même si tel était le cas, le contreseing d'avocat des actes sous seing privé ne serait pas pour autant incompatible avec les règles de concurrence issues du traité européen. Ses hypothétiques restrictions de concurrence pourraient être regardées comme nécessaires et proportionnées au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi.

C. SUR LES JUSTIFICATIONS POSSIBLES

107. Une première exception à l'application des règles de la concurrence est prévue par l'article 106, paragraphe 2, TFUE relatif aux entreprises en charge d'un service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal. En effet, ces entreprises sont soumises aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Ainsi, un État membre peut-il faire échapper de telles entreprises aux règles de la concurrence, en montrant la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte à la concurrence au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi.
108. Dans ce domaine, les États membres sont compétents pour définir ce qui relève de l'intérêt général, « *la seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste* », comme l'a rappelé la Commission dans sa communication sur les services d'intérêt général en Europe (2001/C 17/04).
109. Cependant, au vu des critères jurisprudentiels, il est peu probable que les avocats puissent être considérés comme exerçant, à travers le contreseing, un service d'intérêt économique général.
110. Une autre exception à l'application des règles de concurrence est liée aux conditions d'application de l'article 102 TFUE, auquel une entreprise ayant commis un abus de position dominante peut échapper soit en cas de nécessité objective, soit en raison des gains d'efficacité qu'offre la pratique (Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises (2009/C 45/02), points 28 à 31).
111. Par analogie, dans l'arrêt du 19 février 2002, *Wouters*, précité, la Cour de justice a précisé que « *tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice (voir, en ce sens, arrêt du 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, Rec. p. I-6511, point 38). Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs* » (point 97).

112. En l'espèce, l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé semble répondre à un objectif d'intérêt général présenté par le gouvernement dans l'exposé des motifs du projet de loi et consistant à renforcer la sécurité juridique des actes des entreprises et à prévenir les contentieux.
113. L'objectif de sécurité juridique accrue attribué au contreseing pourrait justifier que ce dernier soit réservé à des professionnels du droit, dont la matière juridique constitue l'activité principale et la formation initiale et continue, à l'exclusion d'opérateurs qui n'exercent des activités juridiques qu'à titre accessoire.
114. De plus, les avocats sont soumis à des règles déontologiques spécifiques dans le cadre de la rédaction d'actes sous seing privé qui imposent à l'avocat rédacteur d'un acte juridique d'assurer la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties et de veiller à l'équilibre des intérêts des parties. Les experts-comptables ne sont pas soumis à ce niveau d'exigences et de contraintes, l'obligation de conseil se limitant à leur clientèle.
115. Enfin, le principe d'indépendance, la prise en compte spécifique des conflits d'intérêt et l'obligation d'assurer le plein effet de l'acte selon l'ensemble des prévisions des parties qui s'imposent à l'avocat, de même que la qualité d'auxiliaire de justice qui lui confère une expérience contentieuse, constituent des garanties d'intégrité et d'expérience de nature à répondre de façon adaptée à l'objectif de renforcement de la sécurité juridique.
116. Dès lors, le fait de réserver le contreseing des actes sous seing privé aux avocats pourrait se réclamer de justifications objectives. Néanmoins, il faudrait encore que les conditions concrètes d'organisation et de fonctionnement de ce dispositif répondent effectivement à l'objectif d'intérêt général invoqué pour le mettre en place et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire à cet effet.
117. A titre de comparaison, dans le cadre de l'appréciation de la conformité aux articles 81 et 82 du traité CE (désormais articles 101 et 102 TFUE) d'une réglementation nationale interdisant l'exercice en commun des professions d'avocat et d'expert-comptable, la Cour de justice a considéré dans l'arrêt du 19 février 2002, *Wouters*, précité, qu'une telle interdiction n'enfreint pas les règles de la concurrence, nonobstant ses effets restrictifs, dès lors qu'elle s'avère nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans l'État membre concerné (point 110).

III. CONCLUSION

118. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, l'Autorité de la concurrence est d'avis que l'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé n'est pas, en l'état du dispositif qui lui a été soumis et des effets qui en sont attendus, de nature à enfreindre les règles de la concurrence.

Délibéré sur le rapport oral de M. Ludovic Halbwax et l'intervention de M. Stanislas Martin, rapporteur général adjoint, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, Mmes Françoise Aubert et Anne Perrot, vice-présidentes.

La secrétaire de séance,
Véronique Letrado

Le président,
Bruno Lasserre

© Autorité de la concurrence