



La régulation de l'installation des avocats aux Conseils par l'Autorité de la concurrence

Arnaud Sée

► **To cite this version:**

Arnaud Sée. La régulation de l'installation des avocats aux Conseils par l'Autorité de la concurrence. Droit administratif, LexisNexis, 2017. hal-01674528

HAL Id: hal-01674528

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01674528>

Submitted on 3 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Droit Administratif n° 1, Janvier 2017, comm. 4

La régulation de l'installation des avocats aux Conseils par l'Autorité de la concurrence

Commentaire par Arnaud SÉE
professeur de droit public à l'université de Picardie
CURAPP-ESS
membre associé du CRDP de l'université Paris Ouest Nanterre La Défense

Installation des avocats aux conseils

Sommaire

L'Autorité de la concurrence rend un premier avis sur la liberté d'installation des avocats aux Conseils et recommande la création de quatre nouveaux offices. Exerçant pleinement sa nouvelle mission de régulation, l'Autorité manifeste une certaine tendance à accroître sa compétence, tant par la portée de ses avis que le champ de ses recommandations.

Aut. conc., avis n° 16-A-18, 10 oct. 2016 relatif à la liberté d'installation et à des recommandations de créations d'offices d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

(...) V. Détermination du nombre recommandé de créations d'offices

A. Malgré la situation économique très favorable des offices et les améliorations associées à une plus grande ouverture, les évolutions prévisibles de la demande conduisent à adopter une attitude prudente

1. Un potentiel pour l'accroissement de l'offre...

348. L'analyse de l'offre indique que les offices d'avocats aux Conseils, du fait de la conjonction de leur petit nombre (60), d'une situation de monopole, qui rend la clientèle captive, et d'une grande liberté en matière de tarification (non réglementée) comme de gestion (recours à des collaborateurs rémunérés au dossier), bénéficient d'un taux de marge et d'une rémunération extrêmement favorables. Elle est notamment supérieure à celle des cinq autres professions réglementées étudiées dans l'avis 15-A-02 précité de l'Autorité, ainsi qu'à celle des 37 professions étudiées en mars 2013 par l'Inspection générale des finances. Ce niveau de rémunération équivaut à celui des avocats associés des plus grands cabinets d'affaires français et anglo-saxons, alors même que les avocats aux Conseils, protégés par un oligopole restreint, ne connaissent à l'évidence pas les mêmes risques économiques. En outre, ce niveau a pu être maintenu au cours des dernières années, pourtant marquées par une diminution du contentieux (et donc de l'activité) grâce à une augmentation des honoraires.

349. Enfin, cette situation n'est pas limitée à certains offices, qui seraient spécialisés dans des affaires les plus rémunératrices et feraient monter la moyenne de la profession : s'il existe une certaine dispersion des résultats, les taux de marge et les bénéfices par associé sont très élevés dans l'ensemble des offices. Sur la période 2010-2014, cinq offices seulement ont un taux de marge inférieur à 25 % et un résultat annuel par associé inférieur à 150 000 euros. Ces moindres performances (d'ailleurs très relatives) s'expliquent toujours par des raisons conjoncturelles objectives, telles qu'une installation très récente (mais en croissance) ou à l'inverse, une activité déclinante (mais préalable à une cession).

350. Cette analyse plaide - comme la loi le prévoit - pour une ouverture de la profession à de nouveaux membres, à travers la création d'offices. Ces nouveaux entrants pourront stimuler une certaine concurrence, sur les honoraires

mais également sur la qualité des prestations, au bénéfice des justiciables. En effet, outre la question des prix, la création de nouveaux offices (et donc l'arrivée de nouveaux professionnels) pourrait permettre que les dossiers fassent l'objet d'un examen plus approfondi par les avocats aux Conseils eux-mêmes qui, compte tenu des flux actuels (470 dossiers par associé par an, plus de 1000 pour certains) délèguent en grande partie ce travail à leurs collaborateurs. Or un examen individualisé et approfondi de chaque dossier par un avocat aux Conseils - l'ensemble des contributions insiste sur ce point - est le gage d'une contribution de qualité à la bonne administration de la justice, compte tenu de leur haut degré d'expertise et de la valeur ajoutée de leur formation et expérience professionnelles.

2. ... Mais la nécessité d'adopter une attitude prudente et progressive.

351. Dans le souci d'une bonne administration de la justice et à l'horizon de deux ans des recommandations, l'Autorité entend prendre en compte les contraintes suivantes, qui sont spécifiques aux avocats aux Conseils et les distinguent d'autres professions réglementées du droit (notamment des notaires) :

- **Les recommandations portent sur un très petit marché, qui compte** seulement 60 offices et 114 professionnels (fin 2016), et qui présente des garanties fortes en termes de qualité des prestations fournies ;

- **Les perspectives d'évolution de la demande sont incertaines :**

o Le nombre des pourvois en cassation, en particulier devant la Cour de cassation (79 % de leur activité), qui représente le meilleur indicateur de la demande (même si, ainsi qu'il a été dit plus haut, ce nombre ne représente qu'une variable d'approximation imparfaite de l'activité des avocats aux Conseils et que, compte tenu de la flexibilité de la gestion des offices [paragraphe 179] et de l'hétérogénéité des dossiers traités, notamment devant le Conseil d'État [paragraphe 240 et 241], les évolutions du contentieux ne se répercutent que partiellement sur le chiffre d'affaires des offices) est resté stable devant les juridictions concernées au cours des cinq dernières années, alors que les pistes de réforme de la cassation envisagent toutes un renforcement de la sélectivité des pourvois, qui n'apparaît pas susceptible d'être contrebalancée par l'éventuel développement d'un contrôle de proportionnalité (ouvrant de nouveaux moyens de cassation) ;

o À l'inverse d'autres professions (le chiffre d'affaires des notaires, par exemple, a fait l'objet d'une modélisation économétrique en fonction des évolutions de la population et de l'activité immobilière notamment, voir l'avis 16-A-13 précité), aucun lien statistique avéré n'a pu être établi entre le développement du contentieux, l'activité économique et le chiffre d'affaires des offices, de sorte que les perspectives chiffrées d'évolution du marché n'ont pu être objectivées quantitativement :

1. D'une part, les évolutions du volume de contentieux tiennent plus aux réformes conduites par les juridictions (ex : développement des cours administratives d'appel ou sélectivité des pourvois) qu'à des fondamentaux socio-économiques (population, croissance économique, judiciarisation de la société...).

2. D'autre part, l'évolution de l'activité économique des offices (chiffre d'affaires) diverge en partie de celle du volume du contentieux, compte tenu de la liberté tarifaire dont jouissent les professionnels (les honoraires peuvent ainsi s'adapter aux évolutions de la demande).

- **En outre, et c'est essentiel, le « vivier » des candidats potentiels à une installation est très limité à court terme (en particulier au cours des deux ans qui suivront la publication du présent avis). Comme précédemment indiqué, ce vivier peut être estimé à une dizaine de professionnels.**

- Enfin, l'article 57 de la loi du 6 août 2015 précise que : « *Les recommandations relatives au nombre de créations d'offices d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation permettent une augmentation **progressive** du nombre d'offices à créer, de manière à ne pas bouleverser les conditions d'activité des offices existants.* » (Soulignement ajouté).

352. Les recommandations se fondent nécessairement sur une analyse prospective. Les révisions biennales de la recommandation permettront à l'Autorité d'ajuster régulièrement les créations d'offices dans le temps dans le souci de progressivité prévu par la loi.

353. Il s'agit surtout de tenir compte du stock actuel de candidats potentiels à l'installation, qui est extrêmement faible (une dizaine au plus qui privilégieront en outre sans doute, d'après les candidats ayant répondu à la consultation des créations en association afin de faciliter le développement d'une clientèle).

354. Faute de lien statistique entre évolution du contentieux et fondamentaux socio-économiques et en raison des évolutions prévisibles du nombre de pourvois en cassation, la prudence s'impose ici : les réformes de la cassation en cours requièrent, pour cet exercice de recommandations, de limiter le nombre de créations de nouveaux offices afin de conduire un bilan au terme de cette première période de deux ans et d'en tirer d'éventuelles conclusions.

355. En tout état de cause, une approche fondée sur la seule augmentation du nombre d'offices apparaît trop réductrice pour traiter adéquatement la question du fonctionnement économique de la profession. Dans ces conditions, il y a lieu, pour établir les recommandations, de tenir principalement compte du vivier restreint de candidats et des incertitudes liées aux évolutions du contentieux.

356. L'Autorité propose ainsi, dans le délai de deux ans prévu pour la présente recommandation, la création de quatre offices. Cette première période doit permettre un retour d'expérience sur ces créations et une meilleure appréhension de l'évolution du contentieux, notamment devant la Cour de cassation, au regard des réformes envisagées et du renforcement éventuel du contrôle de conventionnalité.

==> L'Autorité recommande, dans le délai de deux ans, la création de quatre nouveaux offices d'avocat aux Conseils. (...)

Note :

Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (les « avocats aux Conseils ») constituent un ordre ancien, institué sous l'Ancien Régime. Dès le 13^e siècle, la postulation devant les Conseils du roi était réservée à des avocats, officiers royaux. Aujourd'hui encore, le statut de la profession est déterminé par une vénérable ordonnance du 10 septembre 1817, tandis que le décret n° 91-1125 du 28 octobre 1991 modifié fixe les conditions d'accès à la profession.

Il s'agit surtout d'un ordre privilégié. Les avocats aux Conseils sont des officiers ministériels nommés par le Garde des Sceaux, à la demande du titulaire d'un office. Ils bénéficient d'un monopole et sont seuls habilités à représenter un justiciable dans le cadre d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Plus encore, leurs honoraires sont libres. Les avocats aux Conseils constituent ainsi une profession réglementée, professions qui « se caractérisent par l'existence de monopoles légaux et par des conditions d'accès et d'exercice régies par des statuts particuliers » (*Aut. conc., avis n° 10-A-10, 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé*).

L'accès à la profession a fortement évolué suite à la loi du 6 août 2015, qui met en place une « régulation » de la profession réglementée (sic). Concernant les avocats aux Conseils, le législateur n'a pas choisi d'ouvrir totalement à la concurrence le secteur, certainement en raison des contradictions des analyses économiques (*C. Chaserant, S. Harnay, V° « Professions réglementées », in Dictionnaire des régulations 2016, M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, C. Le Berre, B. du Marais, A. Sée (dir.) : LexisNexis, p. 499*). Il a au contraire opté pour le maintien du caractère monopolistique de l'activité, ainsi que de la liberté de fixation des honoraires. La loi du 6 août 2015 a simplement proclamé une « liberté d'installation régulée », suivant les termes mêmes de l'Autorité de la concurrence. Concernant la liberté d'installation, les candidats qui remplissent les conditions prévues par la loi pour l'exercice de la profession ont désormais vocation à s'installer librement, dans la limite des besoins identifiés par le régulateur. La régulation de la profession a été confiée à l'Autorité de la concurrence et au ministre, avec comme perspective l'augmentation progressive des offices. La loi du 6 août 2015 détermine en outre une nouvelle procédure de nomination des avocats aux Conseils (*Ord. 10 sept. 1817, modifiée par l'art. 57 II de la loi du 6 août 2015, art. 3*).

L'avis commenté s'inscrit dans le cadre des nouvelles compétences conférées à l'Autorité de la concurrence dans le domaine des professions réglementées par la loi du 6 août 2015. Ce texte n'a confié que des missions limitées à l'Autorité concernant la liberté d'installation des avocats aux Conseils. Le législateur a plutôt fait le choix d'une régulation légère du secteur. L'Autorité n'a pas pour mission d'accompagner la fin d'un monopole, qui est maintenu, ou d'encadrer les tarifs, qui demeurent libres. Suivant l'article L. 462-4-2 du Code de commerce, issu de l'article 57 de la loi du 6 août 2015, l'Autorité rend au ministre de la Justice un avis sur la liberté d'installation des avocats au Conseil. Dans ce cadre, elle formule des recommandations « en vue d'améliorer l'accès aux offices dans la perspective d'augmenter leur nombre de façon progressive » et établit, en outre, un bilan en matière d'accès des femmes et des hommes à ces offices ». Elle détermine le nombre de créations d'offices d'avocat aux Conseils « qui apparaissent nécessaires pour assurer une offre de services satisfaisante ». Ces recommandations sont rendues après consultation publique, prévue par la loi. Elles sont publiées au Journal officiel (*D. n° 2016-215, 26 févr. 2016, art. 3 : Journal Officiel du 28 Février 2016, texte n° 15*). In fine, c'est le ministre de la Justice qui nomme les titulaires des offices « au vu des besoins définis par l'Autorité de la concurrence ».

Ce sont ces recommandations qui sont l'objet de l'avis commenté, rendu quelques mois après un premier avis concernant l'installation des notaires (*Aut. conc., avis n° 16-A-13, 9 juin 2016 relatif à la liberté d'installation des notaires*). L'Autorité de la concurrence, nouveau régulateur de la profession, expose ici ses premières recommandations, exerçant pleinement sa compétence de régulation (1). Mais l'Autorité va plus loin et n'hésite pas à dépasser la mission de régulation légère que le législateur lui a confiée (2).

1. L'exercice de la compétence de régulation de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité doit recommander la création d'un nombre d'offices « *qui apparaissent nécessaires pour assurer une offre de services satisfaisante au regard de critères définis par décret et prenant notamment en compte les exigences de bonne administration de la justice ainsi que l'évolution du contentieux devant ces deux juridictions* » (*C. com., art. L. 462-4-2*). Ces recommandations « permettent une augmentation progressive du nombre d'offices à créer, de manière à ne pas bouleverser les conditions d'activité des offices existants ». La mise en oeuvre de ces critères conduit l'Autorité à effectuer une analyse du marché sur lequel exercent les avocats aux Conseils (A). L'Autorité recommande d'étendre ce marché en créant de nouveaux offices (B).

A. - L'analyse approfondie du marché

Le décret n° 2016-215 du 26 février 2016 a précisé les critères de détermination du nombre de créations d'offices nécessaires pour assurer une offre de services satisfaisante. L'Autorité doit appliquer des « *critères permettant d'évaluer le niveau et les perspectives d'évolution de la demande* », qui concernent l'évolution de l'activité contentieuse des juridictions suprêmes, mais aussi du fond, leurs décisions étant susceptibles de pourvois. Elle doit aussi « *évaluer le niveau et les perspectives d'évolution de l'offre* » suivant des critères prédéterminés, tels que la tendance de l'activité économique, l'évolution du nombre d'offices et d'avocats au Conseil, leur chiffre d'affaires, ainsi que le nombre de nouveaux entrants remplissant les conditions d'accès à la profession. C'est donc bien en termes de marché que l'Autorité doit mener son analyse, marché sur lequel la profession réglementée est traitée comme toute activité économique. L'Autorité est ainsi conduite à effectuer un « *état des lieux de l'offre et la demande* ». Suivant son avis, en substance, l'offre est réduite dans le secteur des avocats aux Conseils, mais la demande tend à diminuer.

Du point de vue de l'offre, l'Autorité relève « une forte concentration de l'offre sur un petit nombre d'offices très rentables ». L'activité d'avocats aux Conseils est « une activité de niche », « très concentrée sur un petit nombre d'offices et de professionnels, et à l'origine de revenus très élevés » ; à ce titre l'Autorité relève un revenu brut moyen de 45 000 euros mensuels. Cette forte rentabilité est garantie par une activité concentrée dans le champ du monopole, qui « assurent donc à ces offices des niveaux de chiffre d'affaires élevés » (*pt 163*). En outre, le recours important à des collaborateurs extérieurs rémunérés par rétrocession d'honoraires explique aussi en partie cette rentabilité. D'un point de vue qualitatif, l'Autorité relève que ces avocats aux Conseils fournissent « des prestations homogènes dont la qualité fait l'objet d'un autocontrôle de la profession ».

Du point de vue de la demande, l'Autorité relève « une stabilisation du contentieux devant le Conseil d'État et la Cour de cassation » qui est vouée à « se poursuivre, voire s'accroître ». Le contentieux devant la Cour de cassation « s'est stabilisé, malgré l'accroissement de l'activité des juridictions d'appel ». Devant le Conseil d'État, et après une analyse très fine et approfondie des statistiques de la juridiction administrative, mais aussi de l'évolution de son contentieux, l'Autorité considère que le contentieux impliquant les avocats aux Conseils est en diminution. Ceci étant, « les avocats aux Conseils interviennent y compris dans les dossiers où leur intervention est facultative », comme lorsque le Conseil d'État statue en première instance ou en appel (*pt 244*). Cette analyse de marché permet à l'Autorité de recommander la création de nouveaux offices.

B. - L'extension recommandée du marché

L'Autorité analyse ensuite l'impact de la création de nouveaux offices sur le marché, c'est-à-dire les « effets escomptés du développement de l'offre ». Le législateur lui impose en effet de prendre en compte « *les exigences de bonne administration de la justice* » (*C. com., art. L. 462-4-2*). Pour l'Autorité, une telle extension ne présenterait pas d'inconvénient. Précisément, « la contribution des avocats aux Conseils à la bonne administration de la justice ne serait pas remise en cause ». Au contraire, la création de nouveaux offices présenterait des avantages certains. L'Autorité présente ainsi « les gains escomptés du développement de l'offre ». L'Autorité estime à ce titre que les revenus élevés des avocats aux Conseils s'expliquent largement par le grand nombre de dossiers traités. Il existe donc, selon l'Autorité, « un potentiel d'accroissement du nombre d'offices, « qui bénéficiera tant aux clients (meilleure négociabilité des honoraires et aug-

mentation du temps consacré à chaque pourvoi) qu'aux nouveaux entrants (accès à l'exercice libéral pour des diplômés du certificat d'aptitude à la profession ou CAPAC) ».

L'Autorité a toutefois retenu une « approche prudente » en recommandant la création de quatre offices pour les deux ans à venir. L'évolution de l'activité des avocats aux Conseils n'est en effet pas aussi forte que dans d'autres secteurs réglementés, comme le notariat. La perspective d'évolution de l'offre est en effet limitée, concernant les avocats aux Conseils, par plusieurs facteurs. D'abord, le vivier de candidats potentiels à l'installation titulaires du CAPAC est très limité. Ensuite, les perspectives d'évolution du contentieux de la cassation devant le Conseil d'État et la Cour de cassation sont incertaines, notamment en raison des projets de réforme des pourvois devant la Cour de cassation. C'est là certainement la limite du dispositif de « libéralisation limitée » mis en place par la loi Macron : le maintien des conditions rigoureuses d'accès au marché, laissé qui plus est aux mains de la profession, avec comme seule perspective l'augmentation limitée du nombre d'offices.

L'Autorité a tout de même adressé au ministre de la Justice quatorze autres recommandations visant à limiter les restrictions d'accès à la profession. Ces recommandations rentrent dans le champ de l'article L. 462-4-2 du Code de commerce, qui permet à l'Autorité de formuler « toute recommandation » en vue d'améliorer l'accès aux offices d'avocats aux Conseils. Elles concernent par exemple l'allongement du délai de dépôt des candidatures relatives à la création d'offices, la transparence de la procédure de classement des candidats aux offices créés, la réduction des barrières à l'entrée pour ces candidats, notamment en matière de formation et de publicité, ou encore l'élargissement du vivier des futurs candidats à l'installation. Conformément à la volonté du législateur, l'Autorité a aussi formulé des recommandations en matière de parité. Elle a préconisé « d'améliorer l'accès des femmes aux offices, en renforçant les dispositifs permettant de mieux concilier vie professionnelle et vie privée dans cette profession libérale, et en améliorant l'information statistique par sexe disponible sur la question ». Le premier avis rendu en matière d'installation des avocats aux Conseils témoigne donc du plein exercice de sa compétence par l'Autorité de la concurrence. Cette dernière n'hésite pourtant pas à aller au-delà des prérogatives conférées par le législateur.

2. L'extension de sa compétence de régulation par l'Autorité de la concurrence

La mission de régulation de l'Autorité de la concurrence est bien délimitée par les textes : l'Autorité est chargée de formuler, dans un « avis », des « recommandations » portant sur le nombre d'offices à créer et l'amélioration de l'accès aux offices. Mais l'avis commenté témoigne de ce que l'Autorité ne se cantonne pas à ces prérogatives. L'Autorité de la concurrence étend elle-même sa propre compétence. Qualitativement, l'Autorité considère que ses recommandations ont une portée contraignante (A). Quantitativement, elle étend l'objet de ses recommandations à des questions non prévues par les textes (B).

A. - L'affirmation du caractère contraignant des recommandations

L'Autorité interprète sa propre compétence et décide elle-même que ses recommandations ont une portée contraignante pour le ministre de la Justice. L'Autorité considère que ses recommandations « ont une portée normative » et « s'imposent au garde des Sceaux » (pt 126). Cette interprétation résulterait, selon l'Autorité, de la lettre même de l'article 57 de la loi du 6 août 2015, suivant laquelle le ministre nomme le titulaire de l'office « *au vu des besoins identifiés par l'Autorité de la concurrence* ». Cela ressortirait aussi, toujours selon l'Autorité, de l'intention du législateur et précisément des rapporteurs du projet de loi qui estimaient nécessaire « de libéraliser les conditions d'installation de ces officiers ministériels (...) en *imposant* au ministre de la Justice de créer des offices d'avocat aux conseils dans la limite des besoins identifiés par l'Autorité de la concurrence » (pt 127). Ainsi, pour l'Autorité « s'agissant des avocats aux Conseils, les besoins identifiés par l'Autorité s'imposent au ministre de la justice », qui ne peut d'ailleurs pas demander de nouvelle recommandation, contrairement aux autres professions réglementées (pt 129). L'Autorité concède uniquement que « le ministre de la justice conserve le pouvoir d'accepter ou de refuser, au cas par cas, telle ou telle demande individuelle de nomination dans un office créé », comme l'avait rappelé le Conseil constitutionnel (*Cons. const.*, 5 août 2015, déc. n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* : *Journal Officiel* du 7 Aout 2015).

Une telle interprétation de la loi est audacieuse. Elle semble impliquer la reconnaissance d'une compétence décisionnelle au profit du régulateur. On sait qu'à l'inverse, les avis émis par l'Autorité en matière d'installation des notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires, ne constituent que des propositions soumises aux ministres de la Justice et de l'Économie, qui demeurent seuls compétents pour arrêter la carte définitive (*L. 6 août 2015, art. 52, I*).

Cette lecture n'est pourtant pas celle du Conseil constitutionnel, pour qui « l'avis émis par l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 462-4-2 ne lie pas le ministre de la Justice qui demeure libre de refuser une demande de nomination » (*Cons. const.*, 5 août 2015, *déc. n° 2015-715 DC, préc.*). Cette lecture ne semble pas non plus compatible avec la jurisprudence administrative, qui a déterminé les critères suivant lesquels les avis de l'Autorité de la concurrence font grief. On se souvient, en effet, que « les prises de position et recommandations qu'elle formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief », sauf « si elles [revêtent] le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance » (*CE*, 11 oct. 2012, n° 357193, *Sté Casino Guichard Perrachon* : *JurisData* n° 2012-022718. - *CE*, *ass.*, 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numericable* : *JurisData* n° 2016-004897). Or, les avis rendus en matière d'installation des avocats aux Conseils ne contiennent ni des « dispositions générales et impératives », ni des « prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance ». Alors certes, les critères de recevabilité de recours - la notion d'acte faisant grief - ne se confondent pas avec les critères de définition de l'acte décisoire. Certes encore, le Conseil d'État ne s'est prononcé jusqu'à présent que sur les avis de l'article L. 464-2 du Code de commerce, et non ceux rendus en matière de professions réglementées. Mais la jurisprudence administrative ne penche pas en faveur du raisonnement soutenu par l'Autorité.

B. - L'extension du champ des recommandations

Concernant les avocats aux Conseils, la compétence de l'Autorité se limite théoriquement à recommander l'évolution du nombre d'offices. L'Autorité va toutefois égrener plusieurs préconisations générales sur le secteur tout au long de l'avis, et ce alors même qu'elle s'en défendait initialement. Elle formule ainsi des recommandations qui dépassent matériellement son champ de compétences, et qui ne se limitent pas aux questions relatives à l'accès à la profession.

Pourtant, dès l'introduction, l'Autorité rappelle que, au regard de ses compétences réduites, sa mission « ne lui permet pas de porter une appréciation complète sur l'opportunité et la teneur de la réforme de cette profession ». Elle prend acte de ce que le législateur a choisi le maintien du monopole et de la liberté d'honoraires. Mais l'Autorité regrette de ne pas avoir été « associée aux réflexions sur le mode de régulation optimal pour cette profession très spécifique en amont des travaux parlementaires » (communiqué de presse). Elle critique fortement ce « cadre contraint », qui la limite à « proposer (...) une augmentation progressive du nombre d'offices et à formuler au gouvernement des recommandations pour améliorer l'accès à ces mêmes offices ». En réalité, l'Autorité ne va avoir de cesse, tout au long de l'avis, de critiquer le modèle de régulation adopté pour les avocats aux Conseils par le législateur.

Ainsi, au début de l'avis, l'Autorité se permet « simplement » (*pt 4*) de rappeler que le monopole constitue une restriction « très forte » à l'installation, et que les tarifs libres « peuvent être à l'origine d'une rente ». Les effets négatifs d'une telle rente pourraient être corrigés de trois façons différentes : « soit par l'ouverture du marché, soit par la régulation des tarifs, soit par une combinaison des deux ». L'Autorité critique d'ailleurs une fois encore la structure du marché un peu plus en avant (*pts 200 et s.*). Elle rappelle ses « caractéristiques atypiques, voire antinomiques (...), conjuguant les avantages pour les offreurs des monopoles (prestations réservées) et des marchés concurrentiels (liberté des prix), sans en présenter les inconvénients (tarifs régulés et forte intensité concurrentielle) ». La spécificité de cette situation « monopolistique à honoraires libres » est renforcée par la possibilité d'exercer des activités concurrentielles au-delà de leur champ d'activité réservé. L'Autorité considère alors qu'« il semble donc exister une contradiction interne dans la structure même du marché et dans le fonctionnement intrinsèque de celui-ci » (*pt 90*).

Plus encore, à l'occasion de l'analyse de l'offre, l'Autorité va préconiser d'instaurer une régulation des tarifs des avocats aux Conseils, alors même que ce n'est pas l'option adoptée par le législateur (*pts 163-164*). Pour l'Autorité, le constat des niveaux de chiffres d'affaires élevés « pourrait justifier l'instauration d'une régulation des honoraires, voire de tarifs réglementés, qui, selon l'analyse économique, constituent la contrepartie traditionnelle du caractère monopolistique d'une activité », en application de l'article L. 410-2 du Code de commerce (*pt 164*). L'Autorité développe ainsi une nouvelle forme d'advocacy à l'occasion de sa mission de régulation de l'accès à la profession (sur l'advocacy de l'Autorité de la concurrence, V. B. Lasserre, V° « Advocacy », in *Dictionnaire des régulations 2016*, M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, C. Le Berre, B. du Marais, A. Sée (dir.) : LexisNexis, p. 15).

Services publics et régulation. - Installation des avocats aux Conseils. - Autorité de la concurrence. - Recommandations

Encyclopédies : Administratif, fasc. 75, 1088