



Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence

Monsieur Jean-Louis Nadal
Président
HAUTE AUTORITÉ
POUR LA TRANSPARENCE
DE LA VIE PUBLIQUE
98-102 rue de Richelieu
CS 80202
75082 Paris Cedex 02

Paris, le 21 juin 2017

Par courriel : secretariat.sg@hatvp.fr
(Monsieur Guillaume Valette-Valla, Secrétaire général
de la HTTVP)

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous saisir en ma qualité de président de l'Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (APDC) de la position de notre association qui réunit 167 confrères, à propos des dispositions introduites par la loi n° 2016-1691 du 10 décembre 2016 dans la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, sur les personnes assurant la représentation d'intérêts auprès (notamment) des responsables des autorités administratives indépendantes dotées de pouvoirs de sanctions.

Le Conseil National des Barreaux vous a déjà fait part de sa conviction que l'activité d'assistance et de représentation de l'avocat, qui constitue le cœur même de la profession d'avocat, ne saurait être visée par ce nouveau dispositif et devrait donc être exclue des obligations déclaratives (qui doivent se limiter aux seules activités de représentation d'intérêts, autrement dit de lobbying au sens strict).

Après avoir étudié la question au sein d'un groupe de travail créé à cet effet, notre association partage ce point de vue en ce qui concerne l'activité de ses membres. Vous trouverez en annexe un résumé des principaux arguments au soutien de la position de notre association à ce sujet.

Dans la mesure où vous entendez élaborer des lignes directrices, nous souhaiterions pouvoir échanger avec vous sur la rédaction des règles applicables aux activités des avocats entrant dans le champ d'application de la loi ° 2013-907 du 11 octobre 2013.

Dans cette perspective, je me tiens, avec mes confrères membres de l'Association qui ont particulièrement étudié la question, à votre disposition pour en parler plus en détail au cours d'une prochaine réunion.

Je vous prie de croire, monsieur le Président, à l'expression de ma considération respectueuse.



Robert Saint-Esteben
Président
Avocat à la Cour

P.J.

ANNEXE

LA LOI DU 10 DECEMBRE 2016 ET LES AVOCATS PRATIQUANT LE DROIT DE LA CONCURRENCE

POSITION DE L'ASSOCIATION DES AVOCATS PRATIQUANT LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Rappel : l'activité des avocats pratiquant le droit de la concurrence

En France, plusieurs centaines d'avocats pratiquent, le plus souvent à temps plein, le droit de la concurrence. Le cœur de leur activité consiste à défendre leurs clients devant l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne, les deux instances en charge d'assurer le respect du droit de la concurrence sur le territoire français. Les affaires dont nous sommes chargés sont de deux natures :

- soit il s'agit d'affaires pouvant donner lieu à des sanctions ou à des injonctions d'une portée souvent considérable (la plus haute amende individuelle infligée par l'Autorité de la concurrence s'élève à ce jour à 350 millions d'euros) ; dans ces affaires, nous conseillons tant les mis en cause que les plaignants ;
- soit il s'agit d'assister nos clients qui demandent l'autorisation de réaliser des concentrations ou qui, au contraire, interviennent pour suggérer aux autorités de ne pas les autoriser, ou encore qui saisissent pour avis l'Autorité de la concurrence sur toute question de concurrence.

Il nous arrive d'assister nos clients devant d'autres autorités également pourvues de pouvoirs de sanctions ou d'injonctions (par exemple l'ARCEP ou la CRE).

Les avocats pratiquant le droit de la concurrence sont-ils des représentants d'intérêts au sens de la loi du 10 décembre 2016 ?

Il n'est pas douteux que nos confrères pratiquant le droit de la concurrence à plein temps consacrent une grande part de leur activité à des dossiers qui les amènent à rencontrer les dirigeants et les membres du collège de l'autorité de la concurrence ou d'autorités comparables, et cela dans le but de leur exposer, par écrit et oralement, des arguments dans l'intérêt de nos clients.

Il nous a semblé, dans ces conditions, que nous devions nous demander si les obligations, notamment déclaratives, introduites dans le droit positif par la loi du 10 décembre 2016 s'appliquaient à eux.

L'autorité de la concurrence fonctionne comme une juridiction, et les avocats qui la fréquentent comme des avocats pénalistes

Nous avons été frappés, à la lecture de la loi, de son décret d'application et de la consultation publique organisée par la Haute Autorité, de constater que personne n'a pris en compte une réalité pourtant évidente : les autorités administratives indépendantes en question fonctionnent en fait comme des juridictions, alors que le législateur semble plutôt les avoir assimilées à des administrations.

Les avocats pratiquant le droit de la concurrence ont des activités variées qui donnent lieu à des contacts également variés avec les autorités avec lesquels ils travaillent. Une grande partie de leur activité consiste à étudier des dossiers souvent énormes et à formuler des conseils ; ils ont aussi avec l'Autorité de la concurrence des contacts formalisés tels que assistance aux auditions, dépôts de mémoires, demandes d'autorisation de concentrations plaidoiries devant le collège de l'Autorité, quasi-juridiction qui rend des décisions. Mais des contacts plus informels sont également nécessaires : dialogue sur les calendriers, sur les intentions des services d'instruction (équivalents du parquet ou de juges d'instruction), approches informelles avant d'entrer dans des procédures souvent délicates, telles que les procédures de clémence au cours desquelles nos clients viennent s'auto-incriminer en vue d'échapper à une sanction ou encore contacts dans le cadre d'éventuelles procédures d'engagement, de transaction.

Ces activités ne sont pas différentes de celles que déploient des avocats pénalistes dans leurs contacts avec les parquets, les cabinets d'instruction et les formations de jugement. Il est donc difficile de comprendre pourquoi les avocats pratiquant le droit de la concurrence devraient être traités différemment, d'autant que nous assimiler à des représentants d'intérêts au sens de la loi présenterait de graves inconvénients.

Les graves inconvénients qu'aurait l'assimilation des avocats pratiquant le droit de la concurrence aux représentants d'intérêts au sens de la loi n° 2016-1691

Ces inconvénients peuvent être regroupés en trois catégories.

La première concerne le respect du secret professionnel.

Il résulte de la loi n° 2016-1691 du 10 décembre 2016 que les informations communiquées à la Haute Autorité seront rendues publiques. Ces informations comportent le nom des personnes dont les intérêts auront été représentés, ce qui est contraire aux obligations pesant sur les avocats au titre du secret professionnel, obligations qui ont également un statut législatif. Pour certaines de nos instructions, comme les demandes de clémence, les textes propres au droit de la concurrence imposent en outre leurs propres obligations, absolues, de confidentialité.

Par ailleurs, la Haute autorité peut se faire communiquer tout document relatif à l'activité des représentants d'intérêts, sans que le secret professionnel puisse lui être opposé ; la Haute autorité peut également conduire des visites sur place.

Certes, la Haute autorité est tenue de veiller à la confidentialité des informations qu'elle recueille, mais le secret professionnel des avocats, déjà gravement et souvent mis à mal, ne peut qu'être affaibli par la multiplication des institutions en mesure de recueillir des documents confidentiels, à l'heure où l'on sait que les systèmes informatiques des institutions les mieux protégées au monde sont régulièrement « hackés ».

La deuxième catégorie concerne les questions déontologiques et disciplinaires.

Les représentants d'intérêts sont désormais soumis à des règles déontologiques, la Haute autorité étant chargée de leur respect. En tant qu'avocats, nous sommes soumis à des règles déontologiques qui comportent bien entendu des dispositions comparables mais qui sont infiniment plus nombreuses et complexes ; nos barreaux sont chargés de veiller à leur respect. Nous soumettre à un double corps de règles et à une double autorité de régulation ne semble ni heureux ni véritablement praticable puisque notre activité est ici au sens le plus étroit du terme une activité d'avocat.

Pour illustrer ces difficultés, il suffira de relever que les dossiers que nous défendons devant l'Autorité de la concurrence sont très souvent ensuite examinés, sur recours, par la cour d'appel de Paris. Notre intervention est rigoureusement de même nature aux deux étapes de la procédure : comment pourrait-elle être qualifiée de « représentation d'intérêts » au stade de la première instance alors qu'il s'agirait de l'exercice classique du mandat *ad litem* de l'avocat au stade de l'appel ?

La troisième catégorie concerne les questions financières.

Les textes prévoient que les dépenses exposées sont communiquées à la Haute autorité et doivent se situer dans une fourchette fixée par arrêté interministériel. Or les honoraires facturés à nos clients sont, comme toutes nos activités, soumises au secret professionnel. Par ailleurs, on voit mal comment une fourchette, dont on imagine qu'elle couvrira en général les quelques heures qu'un « lobbyiste » consacre à prendre connaissance d'un dossier et à aller en parler à une autorité publique, pourrait être compatible avec les frais exposés dans nos dossiers. Il est fréquent que les procédures que nous suivons durent entre cinq et dix ans ; des centaines de milliers de documents doivent être étudiés ; les avocats impliqués sont souvent très nombreux ; nos mémoires comportent souvent des centaines de pages. Les honoraires afférents sont évidemment, de ce fait, sans commune mesure (du moins peut-on l'espérer) avec ceux exposés par des lobbyistes consacrant quelques heures à un dossier.

Il est vrai qu'une solution, elle-même malheureusement source de nouvelles difficultés, pourrait être trouvée dans l'article 6.2.3 du RIN (Règlement intérieur de la profession d'avocat, approuvé par décret) qui régit notre profession. Cet article, adopté antérieurement à la loi n° 2016-1691 du 10 décembre 2016, admet que les avocats peuvent se livrer à des activités de représentation d'intérêts. Il prévoit alors qu'elles doivent faire l'objet d'une convention et d'une facturation distincte. L'on peut penser que si la Haute autorité venait à considérer les avocats pratiquant le

droit de la concurrence comme des représentants d'intérêts, nous devrions nous appliquer cet article, ce qui n'a pas été le cas jusqu'à présent.

L'on pourrait évidemment imaginer de facturer séparément les travaux purement orientés vers le client (analyses de documents, conseils) et le temps consacré à interagir avec l'autorité de la concurrence. Mais en pratique, on voit mal où devrait se situer la ligne de séparation : quel serait, par exemple, le statut des travaux de rédaction de mémoires, ou des travaux juridiques préparatoires à de tels travaux ? Ces difficultés proviennent de ce que le RIN a considéré que l'activité de représentation d'intérêts (que ce règlement identifie expressément avec une activité de lobbyiste) était étrangère à l'activité principale des avocats.

La position de notre association et sa justification

Notre association considère qu'un avocat qui pratique le droit de la concurrence et qui à ce titre représente ses clients auprès des services et du collège de l'Autorité de la concurrence ne doit pas être regardé comme assurant une « représentation d'intérêts » au sens de la loi et n'est donc pas soumis aux obligations que celle-ci prévoit.

Cette position se fonde sur les arguments juridiques suivants.

Au préalable, il est utile de remarquer que ni les textes ni les travaux préparatoires ne traduisent le moindre commencement de volonté de définir ce qu'est la représentation d'intérêts, ce qui laisse penser que ce concept, pourtant inconnu du droit positif, est « évident ». Cette évidence traduit selon nous le fait que sont visées par le nouveau texte les pratiques relativement récentes de lobbying, et non l'activité professionnelle multiséculaire des avocats. Notre position est donc que la représentation d'intérêts doit être distinguée de la défense.

- Les avocats pratiquant le droit de la concurrence agissent sur la base d'un mandat *ad litem* dont bénéficie tout avocat de la part de son client. D'ailleurs, le règlement intérieur de l'Autorité prévoit que le simple fait pour un avocat de signer une plainte ou un mémoire emporte domiciliation du client chez l'avocat, sans qu'un mandat exprès soit nécessaire.
- Le mandat *ad litem* est au cœur de la pratique de l'avocat. Il emporte l'obligation de respecter les instructions du client mais aussi l'ensemble des règles déontologiques de la profession.
- Il résulte tant des termes de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 que de la pratique que les avocats, sur la base du mandat *ad litem*, représentent leurs clients, c'est-à-dire agissent sur instruction de ces derniers et en leur nom ; nous ne pensons pas que cette activité puisse se confondre avec une représentation d'intérêts : cette dernière suppose non d'agir au nom et pour le compte d'une autre personne mais de se borner à mettre en avant ses intérêts, c'est-à-dire des éléments rattachables à cette personne mais qui ne se confondent pas avec elle. L'avocat qui représente une personne est d'ailleurs soumis à des obligations qui peuvent entrer en opposition avec les intérêts de ladite personne ; ainsi, il doit se soumettre aux exigences du procès équitable et agir avec loyauté. Plus

généralement il est soumis à des obligations déontologiques contraignantes dans l'exercice de son activité d'avocat.

- L'avocat délivre de façon pratiquement indiscernable deux types de prestations : le conseil et la représentation auprès des juridictions mais aussi auprès des administrations publiques. Ce lien étroit entre conseil et représentation ne peut être comparé avec la « représentation d'intérêts » qui ne comporte que l'obligation d'inciter les administrations à agir dans une certaine direction.
- L'existence d'un corpus de règles déontologiques extrêmement dense et le fait que l'intervention de l'avocat soit prévu par les textes (en l'espèce, tant le code de commerce que le règlement intérieur de l'Autorité définissent le rôle de l'avocat et le type de mandat dont il doit bénéficier de la part de son client) s'opposent au vide juridique relatif à la représentation d'intérêts, ce qui explique pourquoi le législateur a cru bon de fixer un cadre et de charger une autorité de veiller à son application.
- Les conflits de normes qui résulteraient de l'application des textes relatifs aux conflits d'intérêts aux avocats assurant la défense de leurs clients devant l'autorité de la concurrence serait difficile à surmonter. Ces points ont déjà été évoqués plus haut à propos des contraintes disciplinaires et des règles financières.
- Enfin, sur un plan plus doctrinal, il peut être rappelé que le caractère dérogoire de la loi spéciale par rapport à la loi générale l'emporte sur la règle selon laquelle la loi nouvelle se substitue à la loi ancienne, sauf à ce que la loi générale nouvelle emporte explicitement abrogation d'une loi spéciale antérieure (voir par exemple Cass. com., 28 janvier 1992, N° 90-13706 ou Cass. com., 28 janvier 1992, N° 90-13706). Si l'on devait considérer que la notion nouvelle de représentation d'intérêts englobe l'ensemble des missions traditionnelles de l'avocat, il faudrait alors admettre que ces dernières sont encadrées par la loi spéciale du 31 décembre 1971, laquelle déroge aux dispositions générales prévues par la loi du 2016, étant noté que cette dernière ne comporte aucune mention selon laquelle elle se substituerait aux dispositions spéciales antérieures.

De façon plus technique, nous relevons qu'en vertu du décret d'application de la loi, « *ne constitue pas une action de représentation d'intérêts le fait de solliciter, en application de dispositions législatives ou réglementaires, la délivrance d'une autorisation ou le bénéfice d'un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir, ainsi que le fait de présenter un recours administratif ou d'effectuer une démarche dont la réalisation est, en vertu du droit applicable, nécessaire à la délivrance d'une autorisation, à l'exercice d'un droit ou à l'octroi d'un avantage* ». Nous en déduisons, position qui est celle du Conseil National des Barreaux, que ne sont donc pas des activités de représentation d'intérêts les activités d'assistance, y compris devant le collège de l'Autorité de la concurrence.

Notre association n'ignore pas que certains avocats agissent comme des lobbyistes plutôt que dans le cadre de la défense contradictoire, ce qui explique que le RIN ait prévu des dispositions spécifiques à leur égard. La position ci-dessus exprimée par notre association ne vise aucunement cette situation mais uniquement celle des avocats dont l'activité principale consiste, dans le cadre de procédures contradictoires, à assister leurs clientes, plaignantes, défenderesses ou demanderesses d'autorisation ou d'avis devant l'Autorité de la concurrence ou des autorités régulatrices comparables.

En conclusion, nous souhaiterions que les observations de notre association soient prises en compte dans le cadre de la rédaction de vos lignes directrices.
