

tially reduced by this service that the continued running of the service operated by the competing undertaking will no longer be economically viable?

2. Findings of the ECJ

(1) Competition law

The ECJ does not consider it necessary to examine the present reference for a preliminary ruling from the point of view of European Union competition law since the Austrian State does neither require or encourage the adoption of agreements, decisions or concerted practices contrary to Article 101 TFEU or reinforce their effects, nor does it divest its own rules of the character of legislation by delegating to private economic operators responsibility for taking decisions affecting the economic sphere.

(2) Free movement of services

Free movement of services in the transport sector is not governed by Article 56 TFEU, which concerns freedom to provide services in general, but by a specific provision, namely Article 58(1) TFEU, according to which '[f]reedom to provide services in the field of transport shall be governed by the provisions of the Title relating to transport'. The transport at issue does, however, not fall within the scope of the provisions adopted by the Council, on the basis of Article 71(1) EC, in order to liberalise transport services, and in particular Regulation 684/92³ and Regulation 12/98.⁴

(3) Freedom of establishment

The national legislation at issue falls to be assessed in the light of the provisions of the TFEU on freedom of establishment, which are applicable directly to transport, and not on the basis of the Title of that Treaty on transport. The requirement of a seat or another establishment in the territory of

the host Member State cannot logically constitute, as such, a barrier to, or restriction on, the freedom of establishment. However, the detailed rules surrounding the requirement of a seat or another establishment in the territory of the host Member State, as a prerequisite for obtaining authorisation to operate a regular bus service, constitute a barrier to the exercise of the right of establishment. Requiring an economic operator, established in another Member State and wishing to obtain authorisation to operate a regular bus service in Austria, to hold a seat or another establishment in Austria even before authorisation has been granted to operate that service has a dissuasive effect. By contrast, a requirement to be established in Austrian territory is not contrary to European Union law where it is applied after authorisation to operate has been granted and before the business operator commences operation of the service.

While the general interest, such as promotion of tourism, road safety by channelling tourist traffic to set routes, or protection of the environment by offering a collective mode of transport as an alternative to individual means of transport may justify a restriction of the freedom of establishment, the objective of ensuring the profitability of a competing bus service, as a reason of a purely economic nature, cannot constitute an overriding reason in the public interest justifying such restriction.

³ Regulation (EEC) No 684/92 of 16 March 1992 on common rules for the international carriage of passengers by coach and bus (OJ 1992 L 74, p. 1), which was amended by Council Regulation (EC) No 11/98 of 11 December 1997 (OJ 1998 L 4, p. 1) ('Regulation No 684/92').

⁴ Regulation (EC) No 12/98 of 11 December 1997 laying down the conditions under which non-resident carriers may operate national road passenger transport services within a Member State (OJ 1998 L 4, p. 10).

Editorial (S.CS)

THE EUROPEAN LEGAL PROFESSION

Le lobbying de l'avocat et le secret professionnel**

*Jean-Pierre Buyle**

Définition

Le lobbying est l'action consistant, pour une personne ou un groupe de personnes partageant une communauté d'intérêt, à influencer une personne (1) dans son processus de décision pour que la mesure qui sera édictée (2) tienne compte des intérêts de son auteur :

1) « influencer une personne » :

Cela peut être une autorité relevant de l'exécutif (un ministre, un bourgmestre, une commission ou une administration) ou une assemblée (la Chambre, le Sénat ou un conseil régional). Mais on exclut traditionnellement le pouvoir judiciaire, qui est encadré par des règles de procédure particulières.

2) « édicter une ... » :

Cela peut être un acte formel ou une abstention. Cette décision peut avoir une portée générale (une loi) ou un caractère individuel.

* *Bâtonnier de l'ordre Français du barreau de Bruxelles.*

** Présentation révisée tenue lors du congrès annuel de l'Association Européenne des Avocats sur le thème de « l'insolvabilité en droit européen » organisé les 6 et 7 mai 2011 à Bruxelles, à l'occasion du 25^{ème} anniversaire de l'association.

Origine

Le lobbying est une institution née aux États-Unis. Au départ, il s'agissait pour des groupes de pression de rencontrer les membres du congrès dans le hall – le lobby – pour les convaincre d'adopter leurs points de vue et défendre leurs intérêts.

Washington est la première place au monde. Elle compte entre 35 000 et 40 000 lobbyistes recensés.

Bruxelles est la deuxième ville au monde pour le nombre de lobbyistes.

On comprend dès lors pourquoi la Commission et le Parlement européen ont voulu réglementer le mode de fonctionnement de cette activité.

Commission européenne – le registre des représentants d'intérêts

C'est à l'issue d'un long débat sur la transparence du processus législatif européen que la Commission européenne a décidé de créer un registre public des représentants d'intérêts, le 27 mai 2008.

Elle a défini les règles qui seraient applicables à ce registre : le code de conduite.

À l'exception des pouvoirs publics, toute entité, quel que soit son statut juridique, doit s'enregistrer si elle se livre à des activités répondant à la définition de représentation d'intérêts.

Le registre a été lancé le 23 juin 2008 sur une base volontaire.

Le code de conduite

Les entités enregistrées doivent accepter de se conformer au code de conduite de la Commission.

Le code de conduite contient sept règles qui doivent être respectées par les signataires du code. Il s'agit des engagements suivants :

1. indiquer les noms et l'entité pour laquelle l'avocat travaille ou qu'il représente,
2. se présenter de manière exacte et ne pas induire en erreur,
3. déclarer leurs intérêts et, le cas échéant, les clients ou les membres qu'ils représentent et le chiffre d'affaire global consacré aux activités de lobbying avec pourcentage relatif pour chaque client,
4. fournir des informations objectives complètes et non trompeuses,
5. veiller à ne pas obtenir et ne pas chercher à obtenir malhonnêtement des informations ou des décisions,
6. veiller à ne pas inciter le personnel de l'Union à enfreindre les règles et normes de comportement qui leur sont applicables,
7. respecter, s'ils emploient d'anciens membres du personnel de l'Union, l'obligation qui incombe à ces derniers de souscrire aux règles et aux exigences en matière de confidentialité

qui leur sont applicables.

Toutes ces règles sont comparables aux règles déontologiques des avocats, à l'exception de la troisième règle qui a posé de nombreuses difficultés aux avocats européens.

L'enregistrement au registre des représentants d'intérêts implique l'adhésion à toutes les règles du code de conduite de la Commission. Un enregistrement incomplet entraîne l'exclusion du registre.

Ainsi, l'avocat allemand Karsten Diercks fut le premier avocat à s'enregistrer, dès le 23 juin 2008. Il avait indiqué le chiffre d'affaires global réalisé avec ses activités de lobbying mais il n'avait pas indiqué le nom de ses clients ni le chiffre d'affaires correspondant à ses clients. À cet endroit du formulaire, l'avocat avait fait référence à l'obligation de confidentialité de sa profession. La Commission lui a donné un délai d'une semaine pour fournir les informations complémentaires. N'ayant pas communiqué les informations demandées, l'avocat fut exclu du registre.

La notion de lobbying en droit européen

Dans sa communication du 27 mai 2008 l'informant de sa décision d'adopter un code de conduite pour les représentants d'intérêts, la Commission a donné une définition du lobbying.

Il s'agit des « activités qui visent à influencer sur l'élaboration des politiques et des processus décisionnels des institutions européennes ».

La Commission a exclu du lobbying « les activités concernant les avis juridiques et autres conseils professionnels, pour autant que ces activités soient liées à l'exercice du droit fondamental d'un client à un procès équitable, y compris le droit de la défense dans le cadre de procédures administratives, et telles qu'elles sont menées par des avocats ou d'autres membres de professions libérales concertées ».

Dans un courrier du 6 avril 2009, le commissaire européen Siim Kallas a précisé ceci :

« J'estime que l'avocat, lorsqu'il participe à des actions, ou qu'il agit directement auprès des instances publiques ou de leurs représentants, sur les instructions d'un client, en vue de promouvoir, ou d'influencer sur l'adoption ou sur un changement de législation ou de réglementation européenne, il exerce une activité de représentation d'intérêt au même titre qu'un autre représentant d'intérêt non avocat et, dès lors, cette activité est éligible au registre.

En revanche, n'entrent pas dans le champ du registre des représentants d'intérêts (quels qu'en soient les acteurs) les activités de conseil ou les contacts avec les instances publiques, destinés à éclairer un client sur une situation de droit, sur sa situation juridique spécifique, sur l'opportunité ou la recevabilité d'une initiative de nature judiciaire ou administrative dans le cadre du droit en vigueur, y compris les conseils prodigués à un client en vue d'aider le client à organiser ses activités dans le respect de la loi. Il en va de même des représentations faites dans le cadre d'une conciliation ou d'une médiation en vue d'éviter qu'un litige soit porté devant une instance juridictionnelle ou administrative. Cette approche est valable pour tous

les secteurs d'activités de la Commission et n'est pas limitée à certaines procédures particulières (concurrence) ».

Cette interprétation a été reprise dans une communication de la Commission au Parlement européen et au conseil du 28 octobre 2009, au point : 2.1.2, intitulé « Clarification du champ de l'exemption concernant le conseil et l'assistance juridiques ».

Caractère public du registre

Le but du registre est de renforcer la confiance du citoyen européen envers les institutions de l'Union, en créant un accès transparent et équitable à ces institutions.

On ne se situe pas ici dans une relation entre la Commission et l'avocat lobbyiste. Plusieurs organisations professionnelles d'avocats veulent œuvrer pour se limiter à la création d'un registre interne à la Commission. Ces propositions ont été rejetées, car elles ne sont pas de nature à répondre à l'objectif poursuivi d'informer le public.

Pour la Commission, le caractère public du registre et des informations qu'il contient est ce qui en assure la crédibilité et qui en est l'objet même.

Il existe d'ailleurs d'autres registres publics accessibles par Internet à tout un chacun qui publient le nom d'avocats aux côtés du nom des clients qui le mandatent.

Ainsi notamment, si un avocat dépose une marque au nom d'un client, les noms de l'avocat et du client correspondant apparaissent dans le registre des marques qui est public.

De même, le site Internet de la cour constitutionnelle belge publie la liste de toutes les affaires pendantes et de la jurisprudence avec l'intégralité du texte des arrêts et le nom de tous les avocats intervenus pour chacune des parties. N'importe quel citoyen peut en prendre connaissance à tout moment par Internet.

Le législateur européen contraint aussi parfois des justiciables à faire connaître le nom de leurs conseils. Que l'on songe par exemple à la Directive n° 2003/71/CE du Parlement et du Conseil du 4 novembre 2003 (« Directive Prospectus »).

Évaluation du registre

Si les débuts furent laborieux, seul un petit millier de noms a été enregistré la première année.

Trois ans plus tard, le résultat est nettement plus convaincant.

Cette liste comptait, au printemps 2011, 3 823 noms, dont 486 entreprises, 88 syndicats et 119 think tanks. Le nombre d'acteurs inscrits a fortement augmenté même si ce registre ne compte aujourd'hui que 19 cabinets d'avocats inscrits.

Par exemple, Câble Europe (télé-distributeur) annonce dépenser près de 600 000,00 EUR par an. La FEB¹, entre 400 000,00 et 450 000,00 EUR ; Coca-Cola entre 300 000,00 et 350 000,00 EUR. Le Parlement européen a par la suite examiné un

projet de registre unique pour la Commission et le Parlement. Il y avait en effet deux listes. Celle du Parlement qui ne comporte que le nom des personnes et l'organisation qu'elle représente. Celle de la Commission qui demande plus d'informations puisque son registre contient aussi les montants dépensés par les représentants d'intérêts.

Un accord est alors intervenu entre le Parlement européen et la Commission européenne sur l'établissement d'un registre de transparence (au lieu et place du registre des représentants d'intérêts) pour les organisations et les personnes agissant en qualité d'indépendants qui participent à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne. Le champ d'application du registre (point IV-10-a) précise que :

« n'entrent pas dans le champ d'application de registre (quelles que soient les parties effectivement concernées) : les activités de conseil et les contacts avec les instances publiques, destinées à éclairer un client sur une situation générale de droit ou sur sa situation juridique spécifique ou à le conseiller sur l'opportunité ou la recevabilité d'une initiative spécifique de nature juridique ou administrative dans le cadre du droit en vigueur ; les conseils prodigués à un client en vue de l'aider à organiser ses activités dans le respect du droit ; la représentation dans le cadre d'une procédure de conciliation ou de médiation en vue d'éviter qu'un litige soit porté devant une instance juridictionnelle ou administrative. Ceci vaut pour tous les secteurs d'activité de l'Union et n'est pas limité à certaines procédures particulières (concurrence) ».

Position des barreaux

En Belgique, les barreaux ont longtemps tergiversé. Au début de l'année 2011, un accord est intervenu entre l'OBF² et l'OV³ aux termes duquel :

« Les barreaux belges sont d'avis que l'avocat peut exercer l'activité de représentant d'intérêts (lobby) et s'inscrire sur le registre des représentants d'intérêts de la Commission européenne.

Avec l'accord exprès de son client, l'avocat peut communiquer le nom de son client et les données financières exigées par la Commission, à savoir le chiffre d'affaires global consacré aux activités de lobbying et le pourcentage relatif pour ce client ».

Ce point de vue a été communiqué au CCBE⁴.

Le 8 février 2011, le CCBE a rencontré Mme Diana Wellis, vice présidente du Parlement européen. Il a signalé qu'il n'y avait pas d'objection au projet d'accord interinstitutionnel concernant le registre européen, en matière de transparence.

La position des barreaux belges traduit cependant un certain embarras. Même si la position est commune, le chemin pour y parvenir n'est pas nécessairement le même d'un côté comme de l'autre de la frontière linguistique :

- pour les francophones, l'activité de lobbying fait partie des

² Ordre des barreaux francophone et germanophone.

³ Orde van Vlaamse Balies.

⁴ Commission de Conseil des Barreaux européens.

¹ Fédération des entreprises de Belgique.