

Gilles Muller*

Accord de libre-échange AELE (Suisse) – Corée du Sud

Rôle et conséquences pour les prestataires de services juridiques suisses

Mots Clés: Commerce services juridiques; accords libre-échange; mondialisation; Libéralisation; GATS.

Introduction

Ces dernières décennies ont été marquées par une internationalisation accrue des échanges de biens et de services, impliquant un nombre toujours plus important d'acteurs. Dans ce contexte, les services juridiques jouent un rôle fondamental. Ainsi ce secteur d'activité a été associé à l'augmentation des échanges internationaux et, de ce fait, a bénéficié d'une croissance importante. En 2003 le marché mondial des services juridiques était estimé à 363.6 milliards de dollars.¹ En 2008, ce chiffre grimpeait à 581 milliards de dollars.² Ce marché mondial se concentre dans les pays développés. En 2007, le continent américain comptait pour 62 % de la valeur du marché mondial des services juridiques (les USA comptant pour 54 %), le marché européen représentait 27 %, tandis que la part de la région Asie-Pacifique s'élevait à 11 %. Certaines régions, notamment la région asiatique, ont un fort potentiel de croissance et il ne serait pas surprenant de voir cette répartition changer rapidement.

L'essentiel des services juridiques liés à cette croissance a trait au droit des affaires et au droit commercial. Des secteurs tels que la restructuration d'entreprises, la privatisation, la fusion acquisition internationale, la propriété intellectuelle, le droit financier ou encore le droit de la concurrence sont allés de pair avec la croissance économique.³

Par exemple, en Russie ces dernières années, un nombre important d'entreprises russes sont entrées en bourse, nécessitant un nombre toujours croissant de services d'experts juridiques étrangers.⁴ Par ailleurs, l'internationalisation des échanges elle-même conduit à un accroissement de la demande de services juridiques. Ainsi, les entreprises s'établissant dans de nouveaux marchés à l'étranger vont chercher des conseils sur l'autorisa-

tion de faire des affaires, sur le respect des lois du pays hôte, sur la constitution de sociétés ou encore sur les charges fiscales.⁵

Cependant, les restrictions au commerce de services juridiques par les réglementations nationales restent importantes et limitent le développement de ce secteur. La levée de ces restrictions peut se faire par le biais d'une libéralisation autonome et/ou dans le cadre de négociations au niveau international. Dans le premier cas, les négociations d'accords de libre-échange visent à sécuriser les libéralisations autonomes en engageant la responsabilité de l'Etat au niveau international, tandis que dans le deuxième, elles visent à ouvrir un marché.

Dans ce contexte, le cas de la Corée du Sud est intéressant à bien des égards. En effet, c'est un des derniers Etats asiatiques à ouvrir son marché des services juridiques. Cette ouverture s'est faite par une libéralisation autonome, avec l'adoption le 26 septembre 2009 du *Foreign Legal Consultant Act (FLCA)*⁶, ainsi que par le biais d'accords de libre-échange. La Suisse a signé et ratifié un accord de libre-échange le 1^{er} septembre 2006. Les USA (en juin 2007) et l'UE (en octobre 2009) ont signé des accords de même type, qui doivent encore être ratifiés.

A la lecture de ces trois accords on peut noter des différences de traitement notoires au détriment des prestataires suisses, ce qui à terme peut affecter la position des cabinets et avocats suisses sur ce marché. Le présent article vise à montrer quels sont les enjeux et expliquer ces différences de traitement, pour proposer des modifications à l'accord existant.

I. La situation du marché juridique coréen

La Corée du Sud est l'un des derniers pays d'Asie à libéraliser son secteur des services juridiques. En effet, jusqu'à peu seuls les avocats coréens, enregistrés au barreau coréen pouvaient fournir des services juridiques. Les avocats étrangers ne pouvaient donc pas officiellement pratiquer le droit étranger, (c'est-à-dire le droit où ils ont obtenu une qualification et/ou le droit international). Malgré cela, on a récemment dénombré quelque 400 avocats étrangers, employés en tant que consultants étrangers par divers cabinets juridiques ou comptables, ou en tant que juristes d'entreprise. Cependant, ils ne pouvaient pas tra-

* LL.M., Doctorant à l'Université de Neuchâtel. E-mail: gilles.muller@unine.ch.

1 Datamonitor, Industry Profile: Global Legal Services, June 2009.

2 Il convient toutefois de préciser que cette évaluation ne reflète que les plus grands marchés, à savoir, pour le continent américain: le Brésil, le Canada, le Mexique et les Etats-Unis. Pour la région Asie-Pacifique: l'Australie, la Chine, le Japon, l'Inde, Singapour, la Corée et Taiwan. Pour l'Europe: la Belgique, le République Tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, les Pays-Bas, la Norvège, la Russie, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni.

3 WTO-Council for Trade in Services, Legal Services, Background note by the Secretariat, S/C/W/43, 6 July 1998, p. 5.

4 LLOYD RICHARD, Firms Hungry for More Lawyers in Russia, The American Lawyer, 7 January 2008.

5 United States International Trade Commission (USITC), Recent Trends in US Services Trade, Investigation n° 332-345, Publication 4084, p. 6-4, July 2009.

6 Ministry of Justice of the Republic of Korea, Liberalization of Legal Services Market-The outline of Foreign Legal Consultant Act, <http://www.moj.go.kr/HPIENG/index.do> (dernière visite le 13.04.2010).

vailer de manière indépendante.⁷ De la même façon, les cabinets juridiques étrangers ne pouvaient pas opérer en Corée, puisqu'il leur était impossible de s'établir que ce soit sous la forme de présence commerciale ou par le biais d'association avec les cabinets locaux. Toutefois quelques cabinets américains, anglais ou australiens ont fourni des conseils juridiques à caractère commercial par le biais du séjour temporaire, depuis leurs bureaux de Hong-Kong, Tokyo ou Singapour.⁸

Cependant, le marché intérieur des services juridiques n'est pas adapté aux exigences de la onzième plus grande économie mondiale, en transition vers une économie industrielle moderne. Ainsi en 2006, pour une population de quelque 50 millions d'habitants, on ne dénombrait que 8 500 avocats.⁹ Ce faible nombre d'avocats découle du concours national du barreau qui impose un quota très restrictif. En effet, depuis 2002, sur environ 10 000 candidats, seuls 1 000 sont retenus. Toutefois, ce nombre a évolué puisqu'en 1997, seuls 500 candidats étaient retenus.¹⁰ Cette situation devrait changer avec l'adoption en 2009 du système américain des «Law Schools» qui permettra d'augmenter le nombre de nouveaux avocats à 2 000 par an. Cette réforme vise aussi à améliorer la diversité des domaines d'activité juridique.¹¹

Pour le moment l'offre actuelle de services juridiques en Corée est insuffisante. En effet, seuls quelques avocats possèdent une expertise en matière de droit commercial transnational (droit des sociétés ou droit financier), ainsi qu'une compétence linguistique suffisante pour conseiller de manière appropriée des clients étrangers.¹²

Ainsi d'après un sondage fait en 2003 auprès des 150 plus grandes compagnies opérant en Corée, 97,3 % se déclaraient insatisfaites, soulignant que l'offre des cabinets juridiques coréens se situait bien en deçà des standards internationaux dans le domaine du droit des sociétés.¹³ La conséquence de l'insuffisance d'offre en matière de service juridique est une augmentation des coûts de transaction des entreprises qui doivent faire appel à des services juridiques locaux rares ou à des services à l'étranger plus onéreux. De plus, l'absence de service juridique adéquat

nuit à l'environnement général des affaires, affectant l'attractivité du pays pour les investissements étrangers.¹⁴

La Corée du Sud a pour objectif stratégique de devenir un *business hub* du nord-est asiatique. Cet objectif, ajouté au degré d'insatisfaction des principaux acteurs économiques par rapport à l'offre des services juridiques,¹⁵ a poussé le gouvernement coréen à entreprendre des réformes afin d'adapter ce secteur aux standards internationaux. Un projet de libéralisation fut envisagé dès 1986, mais n'a pas abouti en raison du lobbyisme protectionniste des avocats locaux. La première étape visible de la libéralisation du marché des services juridiques coréens a commencé dans le cadre des négociations à l'OMC, par le dépôt d'une offre initiale en mars 2003, puis d'une offre révisée en mai 2005, qui comprenaient une libéralisation des services juridiques. Cependant, ces offres ne sont pas définitives, le cycle de Doha n'ayant pas encore abouti. En 2007, un projet de loi sur *Foreign Legal Consultants Act* (FLCA) a été déposé devant le Parlement par le ministère coréen de la Justice; il est entré en vigueur le 26 septembre 2009. Par ailleurs, des accords de libre-échange ont été signés avec la Suisse (dans le cadre de l'Association Européenne de Libre Echange, ci-après: AELE) en 2006, avec les USA en 2007 et avec l'UE en 2009. Tous contiennent une libéralisation des services juridiques.

Afin d'évaluer le degré de libéralisation prévu par les autorités coréennes, il convient d'apporter quelques clarifications sur ce qu'on entend par la libéralisation dans le domaine des services juridiques. A cet égard, les requêtes des principaux exportateurs des services juridiques dans le cadre des négociations à l'OMC fournissent une précieuse source d'informations.

II. Les principales requêtes des exportateurs de services juridiques

A titre préliminaire, rappelons que dans le cadre des négociations sur la libéralisation des services juridiques à l'OMC, les Etats Membres de l'OMC distinguent entre les types de services (services consultatifs, services représentatifs, services juridiques d'arbitrages, consultations/médiation) et les types de droits (droit du pays d'accueil, droit étranger et droit international).¹⁶ Ainsi, dans la majorité des cas, les Etats Membres se sont engagés à ouvrir leur marché des services juridiques pour des services consultatifs dans le domaine du droit étranger et du droit international, excluant la pratique du droit interne, que ce soit sous la forme de services consultatifs ou représentation. Par ailleurs, dans quelques cas, certains Etats Membres se sont engagés pour

7 European Union Chamber of Commerce in Korea, Gradual Change, Infomag, n° 85, June 2008.

8 International Legal Services Advisory Council, ILSAC Submission on Legal Services to the Department of Foreign Affairs and Trade in Respect of a possible Australia-Republic of Korea Free Trade Agreement, January 2009, p. 3.

9 A titre de comparaison, en Suisse à la même époque, on en comptait 8 056 avocats (cf. CCBE, Number of Lawyers in the CCBE Member Bars: Last update: 2006, www.ccbe.eu/index.php?id=29&L=0, dernière visite le 13. 4. 2010).

10 Judicial Research & Training Institute, Training of Prospective Judges, Prosecutor and Lawyers, http://jrti.scourt.go.kr/english/curriculum_01.asp?flag=1 (dernière visite le 13. 4. 2010).

11 European Union Chamber of Commerce in Korea, cité note 9, p. 4.

12 Legal 500, South Korea Legal Market Overview, <http://www.legal500.com/c/south-korea/south-korea-overview/legal-market-overview>, (dernière visite le 13. 4. 2010).

13 European Union Chamber of Commerce in Korea, Trade Issues and Recommendations 2004: Legal Services, http://www.eucck.org/trade2004_new/trade2004_e/legal.htm (dernière visite le 13. 4. 2010).

14 Idem.

15 Un sondage effectué en 2003, auprès des principaux acteurs économiques, a montré que près de 92 % étaient favorable à une libéralisation totale du secteur des services juridiques.

16 Pour plus de détails, voir WTO-Council for Trade in Services, Joint Statement on Legal Services, Communication from Australia, Canada, Chile, The European Communities, Japan, Korea, New Zealand, Singapore, Switzerland, The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu and The United States, Council for Trade in Services Special Session, TN/S/W/37, Committee on Specific Commitments S/CSC/W/46, 24 February 2005.

des services consultatifs et de représentation dans le domaine de l'arbitrage.

L'enjeu pour les avocats/cabinets juridiques étrangers désirent s'établir dans un marché est d'avoir l'assurance de pouvoir donner des conseils juridiques dans un droit autre que celui du pays d'accueil, tout en ayant la possibilité d'engager ou de s'associer avec des praticiens locaux, afin d'offrir un service intégré, comprenant les services de conseils et de représentation en droit interne (par des avocats locaux associés ou employés), en droit étranger et en droit international. A cet égard, on fait référence au *one stop shop* (guichet unique).

Dans ce contexte, les requêtes des exportateurs de services juridiques sont les suivantes:¹⁷

- Reconnaître un droit aux avocats étrangers de fournir des conseils juridiques dans le droit où ils sont qualifiés et en droit international;
- Reconnaître un droit aux avocats/cabinets étrangers de s'établir dans le pays d'accueil dans la perspective de leur permettre de fournir des services juridiques en droit national, droit étranger et droit international;
- Reconnaître un droit aux avocats/cabinets étrangers de s'associer avec les avocats/cabinets locaux sous la forme d'un partenariat ou autres formes d'association commerciale, avec la liberté de négocier les honoraires et le partage des profits;
- Reconnaître un droit aux avocats/cabinets étrangers d'employer des avocats locaux et autres employés locaux;
- Reconnaître un droit aux avocats étrangers de préparer et apparaître dans les procédures d'arbitrage et conciliation/médiation internationales;
- Reconnaître un droit aux cabinets étrangers d'utiliser le nom de leur choix dans le respect des us et coutumes du pays d'accueil;
- Quand les Etats accordent le droit aux avocats étrangers de donner des conseils juridiques dans leur droit ou en droit étranger sur une base temporaire (mode 4), sans exigences d'accréditation, ils doivent s'y engager formellement.

Les répercussions de l'ouverture du marché des services juridiques sur les prestataires de services locaux diffèrent selon les limitations imposées. Elles sont faibles si la libéralisation ne concerne que les prestations de conseils juridiques dans le droit d'origine et le droit international. Elles sont beaucoup plus importantes si, outre les conseils juridiques en droit étranger, les avocats étrangers peuvent s'associer avec ou engager des avocats locaux et donc être en mesure de pratiquer à la fois le droit international et le droit local par le biais des avocats du pays hôte.

III. Processus de libéralisation coréen

Avant d'entreprendre la libéralisation du marché des services juridiques, les autorités coréennes se sont basées sur de nombreux

études menées sur les répercussions qu'aurait l'ouverture du marché juridique sur les cabinets coréens. Ces analyses se sont essentiellement basées sur les expériences des libéralisations réalisées en Allemagne et au Japon. Ces dernières ont grandement influencé les autorités coréennes sur la manière de libéraliser le marché des services juridiques coréens. En effet, d'un côté, l'Allemagne a procédé à une ouverture complète et immédiate en 1998. Cette ouverture « brutale » a eu pour conséquence la disparition des plus grands cabinets locaux qui ont été dissous ou absorbés par les cabinets anglo-saxons.¹⁸ De l'autre côté, le Japon a ouvert son marché de manière plus progressive sur 17 ans (de 1986 à 2003). Cette libéralisation a limité les conséquences négatives de l'ouverture complète du marché, en permettant aux acteurs japonais de se préparer à faire face à la concurrence étrangère en améliorant leur compétitivité en se regroupant, afin de former des cabinets de taille suffisante pour diversifier leur pratique, ou en se spécialisant dans certains domaines particuliers.¹⁹

Les autorités coréennes ont choisi un compromis entre ces deux types de libéralisation en optant pour une libéralisation progressive, plus rapide que pour les Japonais. Cette libéralisation va se faire en trois phases en s'étalant sur cinq ans et en limitant le bénéfice de cette libéralisation aux ressortissants d'Etats ayant signé un accord de libre-échange avec la Corée, par le biais de deux instruments, le *Foreign Legal Consultant Act* et les accords de libre-échange.

La première phase correspond au contenu du *Foreign Consultant Act*, qui est repris par les accords de libre-échange de l'AELE (Suisse), l'UE et les USA. En résumé, les avocats ou les cabinets juridiques étrangers provenant d'un Etat ayant signé un accord de libre-échange avec la Corée (art. 6 al. 1/16 al. 1 FLCA) peuvent fournir des services de conseils juridiques dans leur droit d'origine et en droit international, ainsi que la représentation en arbitrage international impliquant le droit d'origine et/ou le droit international (art. 24 FLCA). Des restrictions subsistent comme la condition de résidence en Corée (art. 19 FLCA) ou les restrictions sur le titre ou le nom (art. 27 FLCA). Mais la restriction la plus importante est la prohibition de collaboration entre les avocats/cabinets juridiques étrangers et les avocats/cabinets juridiques coréens. En effet, l'art. 34 al. 1 mentionne que ni les avocats ni les cabinets juridiques étrangers ne peuvent engager des avocats coréens ou autres juristes coréens. De même, l'art. 34 al. 2 et 3 interdit toute forme de collaboration entre avocats/cabinets étrangers et avocats ou juristes coréens, que ce soit pour un cas spécifique ou pour une collaboration s'établissant sur la durée.

La deuxième phase n'est prévue ni par le *Foreign Consultant Act*, ni par l'accord de libre-échange négociés par l'AELE (Suisse), mais se trouve dans les accords de libre-échange négociés avec l'UE et les USA. Ils prévoient que deux ans après

17 Mission of Australia, Collective Request: Legal Services, collective request on behalf of Australia, Canada, the EC, Japan, New Zealand, Norway and the USA, 2006.

18 CHOI HYUN CHUL/CHOI JIWON, The Liberalisation of the Legal Market in South Korea, *The International Business Law Journal* n° 2, 2010, p. 139.

19 RUPP BRIAN C./KIM JAE EN, Korean Legal Services set to open up, *The National Law Journal*, 26 February 2008.

l'entrée en vigueur des accords de libre-échange, les cabinets juridiques européens et américains présents en Corée pourront entrer dans des accords de coopération spécifiques, afin de traiter ensemble de cas impliquant à la fois du droit étranger et coréen.

La troisième phase, elle aussi, n'est prévue ni dans le *Foreign Consultant Act*, ni dans l'accord entre la Corée et la Suisse, mais dans les accords de libre-échange avec l'UE et les USA. Ces deux accords prévoient que cinq ans après l'entrée en vigueur de l'accord, les cabinets juridiques européens et américains pourront établir des *joint-ventures* avec des cabinets juridiques coréens. Toutefois, la Corée se réserve le droit d'intervenir sur le contrôle de ces *joint-ventures* en imposant des restrictions sur le droit ou sur la part du capital détenu. Certaines conditions pourront aussi être imposées sur la direction des *joint-ventures*, l'engagement d'avocats coréens ne pouvant se faire qu'en tant qu'associés (et non de collaborateurs).

Conclusion

Pour le moment, l'accord de libre-échange Corée du Sud-AELE (Suisse) permet aux avocats ou cabinets juridiques suisses, contrairement aux avocats européens et américains, de donner des conseils juridiques en droit suisse, européen et/ou en droit international par le biais de cabinets implantés en Corée. Mais la conclusion des accords de libre-échange par la Corée avec l'UE et les USA avec une amélioration significative des conditions d'exercice en Corée change la donne. Une fois ces accords en vigueur, les avocats ou cabinets juridiques européens et améri-

cains seront dans la même position que leurs homologues suisses. Deux ans après, ils seront avantagés avec, dans un premier temps, la possibilité d'association avec des avocats coréens de manière temporaire et, dans un deuxième temps, sur le long terme.

Pour le moment les avocats suisses sont dans une position avantageuse sur le marché coréen. Mais cela ne va pas durer. Afin de garder cet avantage, il conviendrait d'amender le plus rapidement possible l'accord de libre-échange Corée-AELE en y ajoutant les libéralisations accordées aux américains et aux européens. La modification rapide des engagements concédés par la Corée dans l'accord avec l'AELE, avant les deux ans qui suivront l'entrée en vigueur des accords de l'UE et des USA, permettrait aux avocats et cabinets juridiques suisses de garder cet avantage. En revanche, une réaction plus tardive ferait perdre ce bénéfice, mais permettrait au moins d'éviter que les avocats suisses soient discriminés sur le marché juridique coréen. Toute la question étant de savoir à partir de quand faire partir le délai pour permettre aux prestataires suisses de passer dans les phases 2 et 3, puisque l'accord est déjà en vigueur.

Pour amender l'accord de libre-échange Corée-AELE, il faut que les autorités et les négociateurs suisses soient poussés à rouvrir des négociations dans ce domaine. Cela ne sera possible que si les cabinets ou avocats suisses se montrent motivés et font du lobbying dans ce sens. Il reste donc à espérer que les démarches nécessaires seront entreprises pour se faire une place dans une région du monde avec un potentiel de croissance considérable, qui va prendre de plus en plus d'importance. ■