



RAPPORT AU CONSEIL DE L'ORDRE

LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LA VIE PUBLIQUE ET DES AFFAIRES :

État des lieux et pistes de réflexion du barreau de paris

Présenté par Monsieur Thomas BAUDESSON

Séances des 4 octobre et 11 octobre 2011

La problématique des conflits d'intérêts est bien connue depuis toujours des avocats. Elle est consubstantielle à cette profession.

L'affaire Enron en 2001¹ et le contentieux engagé par LVMH contre Morgan Stanley en 2002² ont mis l'accent sur les conflits d'intérêts qui pouvaient également exister dans les cabinets d'audit ou les banques d'investissement.

Jusqu'à une époque relativement récente, nos hommes politiques ne s'intéressaient guère aux conflits d'intérêts que sous l'angle répressif, au travers du délit de prise illégale d'intérêts.

L'affaire Woerth, en 2010, et plus récemment celle du Mediator ont placé la question des conflits d'intérêts sur le devant de la scène politique et médiatique.

Le livre de Martin Hirsch : "*Pour en finir avec les conflits d'intérêts*", paru en octobre 2010, a, quant à lui, achevé de démontrer que les pouvoirs publics ne pouvaient pas rester sans rien faire.

C'est dans ce contexte que le Président de la République a confié à une Commission de réflexion présidée par Monsieur Jean-Marc Sauvé, le soin de remettre un rapport sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. La Commission de Réflexion a remis son rapport le 26 janvier 2011³. Certaines des propositions contenues dans ce rapport ont été reprises dans un projet de loi⁴ qui devrait être débattu avant la fin de l'année 2011.

Une réflexion autonome a été menée par les parlementaires. L'Assemblée Nationale a adopté un code de déontologie et désigné en juin dernier son premier déontologue⁵, tandis qu'un groupe de sénateurs animé par Monsieur Jean-Jacques Hysté⁶ proposait le 12 mai 2011 40 recommandations⁷, dont une intéressera tout particulièrement les avocats puisqu'elle vise à "*rendre l'exercice de nouvelles fonctions de conseil incompatibles avec le mandat parlementaire, même lorsque ces fonctions sont exercées dans le cadre d'une profession réglementée*" (proposition n° 25).

Il est vrai que le cumul des fonctions d'avocat et de parlementaire est une question qui fait débat, en France, depuis quelque temps. Elle est d'ailleurs stigmatisée dès la première page du livre de M.

¹ Arthur Andersen avait, en 2001, facturé à Enron 27 M\$ au titre de ses activités de consulting et 25 M\$ pour les fonctions d'audit. Pour conserver son activité de consulting, le cabinet a dû satisfaire les dirigeants dans le domaine de l'audit...

² Morgan Stanley avait conseillé Gucci dans des opérations d'acquisition au titre de son activité de banque d'investissement. Au titre de son activité d'analyse financière, elle publiait, par ailleurs, des analyses hebdomadaires à l'attention du marché. LVMH s'était plainte en justice que ces analyses mettaient systématiquement Gucci en avant.

³ cf. Annexe 4.

⁴ Projet de loi n°37-04 du 27 juillet 2011 (cf. Annexe 6).

⁵ Le Professeur Jean Gicquel a été rencontré le 22 septembre 2011.

⁶ Rencontré le 26 avril 2011.

⁷ cf. Annexe 7.

Martin Hirsch. En guise d'introduction de son ouvrage, l'auteur, propose en effet un quizz, dont la première question est la suivante:

"1) Un député ne peut pas, pendant son mandat.

a. Etre avocat d'affaires

b. Etre nommé enseignant contractuel en droit dans une université

c. Rester patron d'une holding dont les filiales travaillent pour l'Etat.

Réponse : b"

*

Dans la première partie de ce rapport, seront successivement exposées les récentes initiatives lancées par les pouvoirs publics, assemblées parlementaires et organisations professionnelles pour prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique et des affaires.

La seconde partie du rapport s'attachera à examiner en quoi les avocats sont concernés par cette évolution dans laquelle ils ont à l'évidence aussi un rôle à jouer.

TABLE DES MATIÈRES

1^{ère} Partie :

Les différentes initiatives lancées par les pouvoirs publics et organisations professionnelles pour prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique et des affaires4

1.1	Mesures concernant les membres du Gouvernement, responsables d'établissements ou entreprises publics et hauts fonctionnaires	4
1.1.1	La lettre de mission du Président de la République.....	4
1.1.2	Le rapport Sauvé.....	4
1.1.3	L'instruction du Premier ministre du 16 mars 2011 sur la déclaration d'intérêts des membres du gouvernement	6
1.1.4	Projet de loi n °37-04 du 27 juillet 2011	6
1.2	Mesures concernant les sénateurs	8
1.3	Mesures concernant les députés.....	10
1.3.1	Adoption d'un Code de déontologie	10
1.3.2	Institution d'un " <i>Déontologue de l'Assemblée nationale</i> "	11
1.3.3	Déclaration d'intérêts, de voyages, de dons et avantages	12
1.4	Mesures concernant les dirigeants et collaborateurs au sein des entreprises	12
1.4.1	Les recommandations de l'IFA	12
1.4.2	Les recommandations du comité d'éthique du MEDEF	13
1.5	Mesures concernant l'industrie du médicament et des produits de sante	14

2^{ème} Partie :

Les avocats et le Barreau de Paris sont-ils également concernés par cette évolution ?.....16

2.1	Les avocats et le Barreau de Paris disposent d'ores et déjà d'un dispositif très complet en matière de prévention et de gestion de conflits d'intérêts.....	16
2.2	Les compétences développées par les avocats peuvent-elles être mises au service de la collectivité ?	17
2.2.1	Un avocat déontologue de l'Assemblée Nationale ?.....	17
2.2.2	Un avocat à l'Autorité de déontologie de la vie publique ?	17
2.2.3	Un comité d'éthique consultatif ?.....	18
2.3	Les questions qui font débat : La problématique des avocats titulaires d'un mandat politique ou ayant exercé des responsabilités importantes au sein du gouvernement ou de l'administration	18
2.3.1	L'avocat parlementaire ou ancien parlementaire	18
2.3.1.1	Cas de l'avocat qui devient élu	18
2.3.1.2	Cas de l'élu qui devient avocat	18
2.3.1.3	Proposition du groupe de travail conduit par M. JJ Hyst	19
2.3.2	La question des admissions dérogatoires de personnalités au sein du barreau	20
2.3.3	L'avocat ayant exercé des responsabilités publiques ou privées importantes avant de rejoindre le barreau	21

1^{ère} PARTIE :

LES DIFFERENTES INITIATIVES LANCEES PAR LES POUVOIRS PUBLICS ET ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES POUR PREVENIR LES CONFLITS D'INTERETS DANS LA VIE PUBLIQUE ET DES AFFAIRES

Différentes initiatives ont été lancées au cours de l'année écoulée concernant :

- les membres du gouvernement responsables d'établissements ou entreprises publiques et hauts fonctionnaires (1.1)
- les sénateurs (1.2)
- les députés (1.3)
- les dirigeants et collaborateurs au sein des entreprises (1.4)
- l'industrie du médicament et des produits de santé (1.5)

1.1 MESURES CONCERNANT LES MEMBRES DU GOUVERNEMENT, RESPONSABLES D'ETABLISSEMENTS OU ENTREPRISES PUBLICS ET HAUTS FONCTIONNAIRES

1.1.1 La lettre de mission du Président de la République

Dans la lettre de mission qu'il a adressée à Monsieur Jean-Marc Sauvé, le Président de la République écrivait :

" L'actualité récente et moins récente a (...) montré qu'en l'absence même d'irrégularité par rapport aux lois en vigueur, et en l'absence, surtout, de toutes contreparties ou recherches de contreparties, certaines situations de cumul de responsabilités publiques ou privées étaient de nature à entretenir le soupçon quant à l'impartialité de l'action publique, au niveau national comme au niveau local."

" Il ne s'agit certes pas de céder à la facilité du procès d'intention permanent, il ne s'agit pas non plus de créer ou de multiplier les interdictions, notamment professionnels, qui risqueraient d'appauvrir le vivier des élus et leur diversité. Mais il existe une attente de davantage de transparence sur laquelle il convient de répondre, sauf à altérer la confiance de nos concitoyens dans les institutions de l'état et des collectivités locales. Il ne suffit pas que la République soit irréprochable. Il faut encore qu'elle ne puisse même être suspectée de ne pas l'être."

" Aussi, ai-je souhaité que les dispositions législatives et réglementaires actuelles soient réexaminées à la lumière de cette exigence."

1.1.2 Le rapport Sauvé

Dans une partie consacrée à l'état des lieux, le rapport Sauvé constate que la France dispose depuis 1988 d'une législation visant notamment à garantir, par un mécanisme de déclaration de patrimoine à l'entrée et à la sortie des fonctions, que les principaux responsables publics de l'état, comme des collectivités locales, n'utilisent pas leurs prérogatives à des fins d'enrichissement personnel ; ce dispositif ayant été complété, s'agissant des agents publics, par une loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique qui a institué un contrôle de déontologique élargi dans la fonction publique.

Le rapport de la Commission de Réflexion a constaté que cette législation, déjà ancienne, était essentiellement répressive et peu appliquée.

Estimant que le volet préventif de la déontologique dans la vie publique était très insuffisamment développé, la Commission a présenté 29 propositions⁸, dont la première vise à proposer une définition des conflits d'intérêts :

⁸ cf. Annexe 4.

*" Un conflit d'intérêts est une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, **peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer** l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions"*

"Au sens et pour l'application du précédent alinéa, l'intérêt privé d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public s'entend d'un avantage pour elle-même, sa famille, ses proches ou des personnes ou organisations avec lesquelles elle entretient ou a entretenu des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou des obligations financières ou civiles.

Ne peuvent être regardés comme de nature à susciter des conflits d'intérêts, les intérêts en cause dans les décisions de portée générale, les intérêts qui se rattachent à une vaste catégorie de personnes, ainsi que ceux qui touchent à la rémunération ou aux avantages sociaux d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public."

Cette définition très rigoureuse et sans doute trop difficile à objectiver ("... peut raisonnablement être regardée comme étant de nature à ... paraître influencer ...") n'a pas été reprise dans le projet de loi (cf. 1.1.3 ci-après).

On relèvera par ailleurs les propositions suivantes :

- Mise en place de chartes et de codes de déontologie au sein de chaque structure administrative (proposition n° 3)
- Généralisation de l'obligation d'abstention ou de déport dans le traitement d'un dossier pour lequel les intérêts privés de l'acteur public "*sont de nature à compromettre ou paraître compromettre son indépendance, son impartialité ou son objectivité*" (proposition n° 4)
- Instauration d'un dispositif de déclarations d'intérêts pour les ministres hauts fonctionnaires et responsables d'établissements ou d'entreprises publiques (proposition n° 5)
- Gestion, pour ces mêmes personnes, de leur patrimoine par un tiers, sans droit de regard de leur part, pendant la durée de leurs fonctions (proposition n° 6)
- Incompatibilité entre les fonctions dirigeantes d'entreprises publiques et d'entreprises privées (proposition n° 10)
- Interdiction des cadeaux, libéralités et invitations au-delà de 150 euros (proposition n° 14)
- Mise en place de bonnes pratiques à l'adresse de responsables publics dans leurs relations avec les représentants d'intérêts "*lobbyistes*" (proposition n° 15)
- Mise en place de mécanismes d'alertes ("*whistleblowing*") dans les services publics permettant à un agent de signaler un risque sérieux d'infraction pénale en relation avec les fonctions (propositions n° 20 et 19)
- Etablissement d'un réseau de déontologues expérimentés au sein du gouvernement, des institutions, des autorités publiques et des organismes chargés d'une mission de service public qui constituent des "*tiers référents de proximité*", "*tant pour les acteurs publics que pour leurs autorités hiérarchiques*" (proposition n° 21)
- Fusion de la Commission de déontologie et de la Commission pour la transparence financière de la vie publique au sein d'une Autorité d'une déontologie de la vie publique dotée d'un pouvoir d'avis, de recommandations et d'autorisations et, le cas échéant, de mises en demeure et d'injonctions (proposition n° 22)
- Instauration d'une sanction pénale en cas de méconnaissance des injonctions de l'autorité de déontologie de la vie publique constatant un conflit d'intérêts (proposition n° 23)
- Elaboration d'un code de conduite des membres du gouvernement, des codes et chartes de conduite dans chaque autorité administrative, complétés par des guides et outils pratiques (propositions n° 26 et 27)
- Mise en place d'une politique de formation initiale et continue dans les écoles de service public comme dans les administrations et les institutions publiques dans le domaine des conflits d'intérêts et, plus largement, de la déontologie des acteurs publics (proposition n° 28)

1.1.3 L'instruction du Premier ministre du 16 mars 2011 sur la déclaration d'intérêts des membres du gouvernement

La première décision marquante prise par le gouvernement dans les semaines qui suivirent la publication du rapport Sauvé fut une instruction en date du 16 mars 2011 par laquelle le premier ministre, François Fillon, demandait au membres du Gouvernement et aux conseillers des cabinets ministériels de remplir une déclaration d'intérêts destinée à être mise en ligne à compter du 21 avril 2011.

Dans l'instruction du 16 mars 2011, le Premier ministre précisait :

" Ces déclarations d'intérêts doivent permettre d'identifier les situations éventuelles de conflits d'intérêts, afin de les éviter ou de les résoudre. En effet, une situation de conflit d'intérêts n'est pas nécessairement une situation illégale mais elle peut conduire à mettre en doute l'objectivité ou l'impartialité des décisions prises. "

1.1.4 Projet de loi n  37-04 du 27 juillet 2011

Le projet de loi proposé par le Ministre de la fonction publique, Monsieur François Sauvadet, ne reprend pas la définition du conflit d'intérêts proposée dans le rapport Sauvé afin de " *ne pas cristalliser dans la loi une situation qui peut revêtir des formes multiples dans la pratique, avec le risque d'exclure du cadre préventif des hypothèses susceptibles d'être regardées comme constitutives du délit de prise illégale d'intérêt prévu par le Code pénal*".

Les rédacteurs du projet se sont avant tout attachés à définir au niveau législatif les principes fondamentaux qui doivent guider l'action des personnes dépositaires de l'autorité publique. Sont ainsi consacrées dans la loi deux obligations issues de la jurisprudence administrative : la probité et l'impartialité.

Le projet définit le conflit d'intérêts " *comme la situation dans laquelle l'impartialité de la personne intéressée pourrait être mise en doute et justifier la mise en œuvre des mécanismes d'abstention*"  voqu e dans le texte.

Au-delà de cette définition, que certains estiment trop floue, le projet de loi reprend trois grandes propositions du rapport :

- L'introduction d'une déclaration d'intérêt pour les personnes exerçant les responsabilités les plus importantes :

Les personnes soumises à cette obligation sont:

- les membres du gouvernement,
- les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République,
- les titulaires des emplois supérieurs, à la décision du gouvernement,
- les présidents et membres des collèges des autorités administratives indépendantes,
- les dirigeants des entreprises publiques chargées d'une mission de service public,
- les titulaires des emplois les plus importants de la fonction publique, territoriale et hospitalière,
- les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des Comptes ainsi que certains agents publics.

La déclaration d'intérêt, dont le contenu sera précisé dans un décret d'application, doit notamment permettre de recenser les autres fonctions, responsabilités et activités exercées par les intéressés en dehors de leur fonction justifiant la soumission à la procédure de déclaration d'intérêt, en incluant les quelques années (de 3 à 5) précédant la prise de cette fonction.

La déclaration d'intérêt des membres du gouvernement sera remise au Premier Ministre et rendue publique dans des conditions restant à fixer mais qui doivent permettre de garantir le respect de la vie privée de personnes tierces.

- La formalisation pour l'ensemble des personnes participant à l'action publique de mécanismes de déport

Il s'agit lorsque l'impartialité des personnes participant à l'action publique pourrait être mise en doute à l'occasion du traitement d'un dossier ou de la prise d'une décision, de prévenir non seulement la prise illégale d'intérêt au sens pénal mais aussi, en amont, la simple naissance de situations dans lesquelles la personne concernée pourrait raisonnablement être suspectée de partialité.

- La création d'une autorité administrative indépendante : l'Autorité de déontologie de la vie publique (ADVP)

L'ADVP traitera l'ensemble des questions liées à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts, en lien avec les administrations, établissements et autorités publiques.

Elle se substituera aux commissions de déontologie existant jusqu'alors pour la fonction publique civile et les militaires.

L'ADVP sera composée de 5 à 6 membres selon les cas, outre un représentant du Gouvernement pouvant assister aux séances de l'Autorité avec voix simplement consultative.

Les 5 membres permanents seront :

- un conseiller d'état,
- un conseiller maître à la Cour des Comptes,
- 3 personnalités qualifiées en matière de déontologie, désignées respectivement par le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée Nationale.

Le président de l'Autorité sera choisi parmi ces membres.

En fonction des questions traitées, un 6^{ème} membre participera aux travaux :

- un directeur ou ancien directeur d'administration sociale lorsque l'Autorité connaîtra de la situation des fonctionnaires et agents de l'Etat,
- un directeur ou ancien directeur des services d'une collectivité territoriale lorsque l'Autorité connaîtra de la situation des fonctionnaires et agents territoriaux,
- un directeur ou ancien directeur d'établissement de santé lorsque l'Autorité connaîtra de la situation des fonctionnaires et agents hospitaliers,
- un membre du Comité général des armées lorsque l'Autorité connaîtra de la situation des militaires,
- ou encore une personnalité qualifiée en matière de recherche ou de valorisation de la recherche lorsque l'Autorité connaîtra de la situation des personnels de recherche.

L'Autorité pourra émettre des avis à la demande des personnes devant déclarer leurs intérêts.

Elle pourra, à la demande du Premier Ministre ou de sa propre initiative, émettre des recommandations en matière de déontologie adressées aux autorités publiques ou aux personnes chargées des questions de déontologie dans les autorités administratives. Elle pourra rendre ces recommandations publiques.

Les personnes relevant de la nouvelle Autorité sont :

- les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République,
- les fonctionnaires et les agents non-titulaires des 3 fonctions publiques,
- les praticiens hospitaliers et les militaires,
- les collaborateurs de cabinets des autorités territoriales, et
- les agents de droit public ou de droit privé des autorités administratives indépendantes.

Outre les trois grandes propositions examinées ci-dessus, l'article 4 du projet prévoit, pour les intérêts financiers des personnes concernées, un dispositif de gestion sans droit de regard pendant la durée de leurs fonctions⁹.

*

Une question qui se pose est celle de savoir si ce texte se limitera aux seuls membres de l'exécutif ou s'il faudra aller plus loin. La discussion parlementaire qui aura lieu prochainement sera extrêmement riche d'enseignements à cet égard. Il est difficile d'imaginer en effet que les parlementaires parviendront à se mettre totalement à l'écart d'un mouvement général.

1.2 MESURES CONCERNANT LES SENATEURS

Le groupe de travail du Sénat sur les conflits d'intérêts a présenté, le 12 mai 2011, 40 recommandations concernant cette fois-ci les parlementaires pour lesquels une définition du conflit d'intérêts propre aux parlementaires est proposée¹⁰ :

"Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un parlementaire détient des intérêts privés qui peuvent indument influencer sur la façon dont il s'acquitte des missions liées à son mandat, et le conduire ainsi à privilégier son intérêt particulier face à l'intérêt général. Ne peuvent être regardés comme de nature à susciter des conflits d'intérêts, les intérêts en cause dans les décisions de portée générale ainsi que les intérêts qui se rattachent à une vaste catégorie de personnes."

Le groupe de travail animé par M. JJ Hyst propose par ailleurs de redéfinir le délit de prise illégale d'intérêt comme le fait de privilégier "*un intérêt personnel distinct de l'intérêt général*" (proposition n° 3).

De la même manière que pour les membres de l'exécutif, le groupe de travail propose de soumettre l'ensemble des parlementaires :

- à l'obligation de souscrire une déclaration d'intérêts (proposition n° 4) ;
- avec actualisation obligatoire de la déclaration d'intérêts à mi-mandat (proposition n° 15) ;
- en intégrant les intérêts des conjoints ascendants et descendants des parlementaires à la déclaration d'intérêts de ces derniers (proposition n° 14).

Il est prévu par ailleurs de mettre en place des règles de déontologie communes aux parlementaires des deux Assemblées et de mettre en place une autorité en charge de la déontologie pour le Sénat composée exclusivement de sénateurs, assistés d'un magistrat du siège de la Cour de cassation, élu par ses pairs avec pour mission notamment de saisir les Parquet en cas de manquement pénal.

Le groupe de travail propose de doter l'autorité en charge de la prévention des conflits d'intérêts au sénat de pouvoirs d'investigation et de contrôle (proposition n° 23), tout en préservant la compétence exclusive du Bureau en matière disciplinaire (proposition n° 24).

Pour garantir l'effectivité des sanctions, le groupe de travail propose de sanctionner :

- les parlementaires qui n'auraient pas déposé une déclaration d'intérêt ou auraient déposé une déclaration d'intérêt mensongère ;
- ceux qui n'auraient pas répondu aux demandes d'éclaircissement, observations ou recommandations formulées par l'autorité en charge des conflits d'intérêts ;
- ceux, enfin, qui se seraient placés en situation de conflits d'intérêts "*réels graves*" (proposition n° 39) ;
- le groupe de travail invite également le Bureau à prononcer tous les types de sanctions disciplinaires prévus par le Règlement du Sénat pour sanctionner les sénateurs ayant contrevenu à leurs obligations déontologiques.

⁹ Dans de nombreux cabinets d'affaires, de tels dispositifs existent depuis longtemps.

¹⁰ Cf. Annexe 1 : Différentes définitions du conflit d'intérêts.

La situation des avocats parlementaires

Conscient que la possibilité pour les parlementaires en exercice d'accéder à la profession d'avocat et de l'exercer parallèlement à leur mandat avait suscité des polémiques dans l'opinion publique, le groupe de travail s'est naturellement intéressé à cette question, qui donne lieu à un développement de quatre pages dans le rapport¹¹.

Si certains membres du groupe de travail ont plaidé en faveur du principe maximaliste de l'incompatibilité absolue du mandat parlementaire avec toute activité professionnelle ou fonction extérieure, ces derniers admettaient la difficulté de faire partager cette position à une majorité de leurs collègues.

Le mandat étant en effet par nature temporaire, le parlementaire doit être en mesure, à l'issue de son mandat, de pouvoir reprendre une activité professionnelle.

Le principe du cumul ne fait pas débat dans de nombreux cas : on n'imagine pas, en effet, qu'un chirurgien devenant parlementaire ne soit pas autorisé à exercer sa profession pendant toutes les années que dure son mandat.

Les membres du groupe de travail ont cependant estimé unanimentement qu'il était nécessaire aujourd'hui de moderniser et renforcer le droit des incompatibilités parlementaires pour les activités susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts.

La possibilité pour les parlementaires en exercice d'accéder à la profession d'avocat et de l'exercer parallèlement à leur mandat est au cœur du débat.

Si l'article L.O. 146-1 du Code électoral interdit à tout parlementaire de "*commencer à exercer une fonction de conseil qui n'était pas la sienne avant le début de son mandat*", le second alinéa de cet article prévoit une dérogation pour les parlementaires qui sont "*membres des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé*".

Ainsi, un parlementaire peut commencer à exercer au cours de son mandat une fonction de conseil, qui n'était pas la sienne au début de son mandat, si celle-ci est exercée dans le cadre d'une profession réglementée.

Pour le groupe de travail, la principale profession libérale concernée est celle d'avocat.

Le groupe de travail relève en effet que "*dans la période récente, le barreau de Paris a vu un certain nombre de parlementaires prêter le serment d'avocat, alors qu'ils n'exerçaient pas cette fonction avant leur mandat*".

Le rapport précise : "*autant il est improbable qu'un parlementaire puisse devenir médecin, notaire ou expert comptable, s'il ne l'était pas au début de son mandat, autant, du fait de cette réglementation propre à la profession d'avocat, il a la possibilité de devenir avocat relativement facilement. Cette facilité d'accès, qui n'est pas illégitime pour un ancien parlementaire, peut potentiellement conduire à des conflits d'intérêts.*"

Estimant qu'il n'y avait pas lieu de modifier les conditions d'accès à la profession d'avocat (qui revêtent au demeurant une nature réglementaire), les membres du groupe de travail, à l'unanimité, jugent nécessaire de supprimer la dérogation à l'incompatibilité avec l'exercice d'une fonction de conseil, dont bénéficient les professions réglementées (et donc la profession d'avocat).

Toutefois, la majorité des membres du groupe de travail a estimé que les parlementaires qui étaient membres d'une profession libérale réglementée avant le début du mandat devaient pouvoir, s'ils le souhaitent, continuer leur activité professionnelle.

S'agissant plus particulièrement de la profession d'avocat :

¹¹ Cf. Annexe 8 : pages 85 à 88 du Rapport

- une partie des membres du groupe de travail a considéré qu'il fallait rendre absolument incompatible le mandat parlementaire (ou seulement certaines fonctions exercées au sein du Sénat) avec l'exercice de cette profession ;
- la majorité a souhaité qu'un parlementaire désirant poursuivre son activité d'avocat pendant son mandat doive demander une autorisation à cet effet, soit au bureau du Sénat, soit à l'autorité de déontologie compétente pour le Sénat. Cette "autorisation de plaider"¹² pourrait être soit générale, soit concerner des types particuliers de contentieux. Elle pourrait être limitée dans le temps et renouvelable.

Sur la question du cumul du mandat avec une activité de conseil ou l'exercice d'une profession libérale réglementée, le rapport conclut donc dans les termes suivants :

- *maintien de l'interdiction de l'exercice de toute activité de conseil pendant la durée du mandat pour les parlementaires qui ne l'exerçaient pas avant le début du mandat ;*
- *possibilité de poursuivre, pendant la durée du mandat, l'exercice d'une fonction de conseil pour les seuls parlementaires qui l'exercent avant le début du mandat ;*
- *interdiction de l'exercice de toute profession libérale réglementée pour les parlementaires qui ne l'exerçaient pas avant le début du mandat ;*
- *possibilité de poursuivre, pendant la durée du mandat, l'exercice d'une profession libérale réglementée, hors la profession d'avocat, pour les seuls parlementaires qui l'exerçaient avant le début du mandat ;*
- *possibilité, sur autorisation expresse, de poursuivre pendant la durée du mandat l'exercice de la profession d'avocat pour les seuls parlementaires qui l'exerçaient avant le début du mandat ;*

Cette position conduit à proposer la suppression du second alinéa de l'article L.O. 146-1 du Code électoral.

La proposition n° 25 du groupe de travail sur la question du cumul est donc la suivante :

" Rendre l'exercice de nouvelles fonctions de conseil incompatibles avec le mandat parlementaire, même lorsque ces fonctions sont exercées dans le cadre d'une profession réglementée."

1.3 MESURES CONCERNANT LES DEPUTES

De son côté, le bureau de l'Assemblée nationale a, au mois d'octobre 2010, sur proposition de son président, mis en place un groupe de travail sur la prévention des conflits d'intérêts.

Les travaux de ce groupe de travail¹³ ont conduit le bureau de l'Assemblée, à l'unanimité de ses membres, à décider trois mesures concrètes de nature " *avant tout pédagogique*" selon les termes de Monsieur Accoyer :

1.3.1 Adoption d'un Code de déontologie

Le bureau de l'Assemblée nationale a adopté un Code de déontologie extrêmement succinct¹⁴. Ce code prévoit en effet six courts articles, rappelant les principes généraux qui doivent dicter l'action des députés, à savoir :

¹² Terminologie utilisée dans le rapport

¹³ Apparemment non publiés.

¹⁴ Cf. annexe 9

- L'intérêt général (Art 1)
- L'indépendance (Art 2)
- L'objectivité (Art 3)
- La responsabilité (Art 4)
- La probité (Art 5)
- L'exemplarité (Art 6)

1.3.2 Institution d'un "Déontologue de l'Assemblée nationale"

Aux termes d'une décision du bureau de l'Assemblée nationale en date du 6 avril 2010 "relative au respect du Code déontologie des députés", a été institué un "déontologue de l'Assemblée nationale".

L'ancien professeur de droit constitutionnel Jean Gicquel a été désigné le 15 juin 2011 en qualité de premier déontologue de l'Assemblée nationale¹⁵.

Le déontologue est désigné pour la durée de la législature, et son mandat n'est pas renouvelable.

Il peut être saisi par tout député, qui souhaite le consulter sur le respect des principes énoncés dans le Code de déontologie.

Les demandes de consultation et les avis rendus sont confidentiels.

Le déontologue remet un rapport au Président de l'Assemblée nationale et au bureau, dans lequel il peut faire toutes propositions, qu'il estime nécessaires pour améliorer les principes énoncés dans le Code de déontologie.

Le déontologue et ses collaborateurs sont tenus au secret professionnel.

Lorsqu'il constate un manquement aux principes énoncés dans le Code de déontologie, le déontologue en informe les députés concernés, ainsi que le Président de l'Assemblée nationale. Il fait, aux députés, toute préconisation nécessaire pour lui permettre de se conformer à ses devoirs. Si le député conteste avoir manqué à ses devoirs, ou estime ne pas devoir suivre les préconisations du déontologue, le déontologue saisit le Président de l'Assemblée, qui doit alors saisir le bureau, afin que celui-ci statue dans les deux mois sur ce manquement. Cette saisine n'est pas rendue publique, mais si le bureau conclut à l'existence d'un manquement, il rend publiques ses conclusions, et en informe le député, qui doit prendre toute disposition pour se conformer à ses devoirs.

Enfin, le déontologue recueille les déclarations d'intérêt, que les députés devront effectuer à compter de la prochaine législature.

*

Ces mesures concrètes mises en place au printemps dernier n'ont pas été toujours bien accueillies par tous les députés. Ces derniers détenant leur légitimité du suffrage universel direct et exerçant leur mandat collectivement, s'estiment dans une situation différente de celle des membres du Gouvernement ou de la haute administration.

Dans un entretien avec un journaliste, le Président de l'Assemblée nationale indiquait : "*Il ne faut pas entretenir les soupçons, car l'honnêteté des députés n'est pas en cause*", précisant qu'il y avait "*un besoin de prévention, de pédagogie et d'explication (...) l'exigence est aussi de garantir la diversité socioprofessionnelle des députés*".

¹⁵ Une majorité de 3/5^{ème} des membres du bureau suffit.

1.3.3 Déclaration d'intérêts, de voyages, de dons et avantages

Dans les trente jours qui suivront leur élection, les députés de la prochaine législature devront en effet déclarer au déontologue leurs intérêts personnels, ainsi que ceux de leurs ascendants / descendants directs, conjoints, concubins ou partenaires, de nature à les placer en situation de conflit d'intérêt, entendu comme "*une situation d'interférence entre les devoirs du député et un intérêt privé qui, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardée comme pouvant influencer ou paraître influencer l'exercice de ses fonctions parlementaires*".

Les députés apprécient la nécessité de déclarer tout intérêt d'une personne dont ils sont proches, et qui serait de nature à les placer dans une telle situation.

Les députés doivent également déclarer sans délai toute modification substantielle de leur situation ou de celle de leurs proches.

Ils doivent déclarer en outre :

- tout don ou avantage d'une valeur supérieure à 150 euros ;
- tout voyage accompli, à l'invitation, totale ou partielle, d'une personne morale ou physique.

Le refus de procéder à l'une quelconque de ces déclarations (ou de procéder à une déclaration fautive ou incomplète) est constitutif d'un manquement.

1.4 MESURES CONCERNANT LES DIRIGEANTS ET COLLABORATEURS AU SEIN DES ENTREPRISES

Dans le cadre de leur politique de promotion de meilleures pratiques en matière de gouvernance, l'Institut Français des Administrateurs (IFA) et le MEDEF ont l'un et l'autre élaboré des recommandations à l'attention de leurs adhérents.

1.4.1 Les recommandations de l'IFA

Ces recommandations ont été établies en 2010¹⁶. Dans ses recommandations, l'IFA distingue trois situations classiques de conflit d'intérêt :

- Conflit potentiel : lorsqu'un changement de situation – soit de l'administrateur ou de son environnement, soit de la société – pourrait à l'avenir créer une situation de conflit,
- Conflit perçu ou apparent : lorsque la situation apparaît, aux yeux de tiers bien informés, de nature à influencer sur l'exercice des fonctions de l'administrateur,
- Conflit concret ou réel : lorsque l'exercice des droits et pouvoirs de l'administrateur a été ou va être, à l'évidence, influencé par l'existence d'intérêts privés, au préjudice de l'intérêt social.

L'analyse de l'IFA s'appuie sur le devoir de loyauté¹⁷ qui trouve à s'appliquer dans diverses circonstances :

- au moment de la phase de sélection de l'administrateur,
- en cas de qualification éventuelle en tant qu'administrateur indépendant,
- dans le cadre de la procédure des conventions réglementées,
- pour les autres délibérations sur lesquelles l'administrateur a le devoir de s'abstenir.

¹⁶ Cf. annexe 12

¹⁷ "*L'administrateur est tenu, avant sa nomination et pendant la durée de son mandat, d'apprécier par lui-même si sa situation est susceptible de le mettre en conflit d'intérêt, ceci d'autant plus que cette notion est évolutive*"

Dans ce schéma, la déclaration d'intérêt¹⁸ est l'instrument fondamental au travers duquel s'exprime ce devoir de loyauté.

L'IFA recommande qu'une personne soit plus particulièrement en charge de la gestion des conflits d'intérêts dans la société (Président, Vice président, administrateur référent)¹⁹

1.4.2 Les recommandations du comité d'éthique du MEDEF

Plus récemment, le Medef a publié au mois de mars dernier 2011 un guide pratique intitulé "*Prévenir et gérer les conflits d'intérêt dans votre entreprise – Guide à destination des dirigeants d'entreprise*"²⁰. Les problématiques abordées n'intéressent pas les seuls administrateurs. Elles concernent tant les dirigeants que les collaborateurs de l'entreprise.

Ce rapport a une approche résolument pragmatique, à commencer par la définition qu'il donne du conflit d'intérêts :

"Il y a conflit d'intérêts lorsqu'un intérêt significatif (affectif, familial, financier, associatif, culturel, sportif, politique, caritatif, religieux, syndical, philosophique, ...) étranger à l'entreprise que vous dirigez est susceptible d'interférer dans la position ou la décision que vous allez prendre dans le cadre de vos fonctions de dirigeant.

Le conflit d'intérêt est caractérisé par le fait qu'une personne risque de perdre son indépendance intellectuelle et son objectivité et se trouve ainsi fragilisée dans l'exercice de ses responsabilités."

Ce guide a également le mérite de rechercher les diverses sources de conflit d'intérêt pour faciliter la prise de conscience de ces situations par la pratique. Ainsi plusieurs exemples sont donnés :

- *"votre conjoint, l'un de vos ascendants ou descendants, etc. est actionnaire, dirigeant ou salarié d'une entreprise concurrente ou d'une entité dont l'activité est conflictuelle avec celle de votre société ;*
- *vous détenez des intérêts pécuniaires / non pécuniaires chez l'un de vos concurrents, fournisseur, acheteur ou des intérêts dans des biens immobiliers que vous louez à l'entreprise ;*
- *vous dirigez un média, et celui-ci est contrôlé par une entreprise industrielle, commerciale ou de service ;*
- *vous utilisez la fondation d'entreprise à des fins différentes de son objet, notamment pour favoriser ou employer des proches ou allouer arbitrairement des ressources à des causes qui relèvent de votre engagement privé ;*
- *vous recevez un cadeau, ou vous vous voyez offrir un voyage d'une valeur significative de la part d'un fournisseur ou d'un acheteur actuel ou potentiel ;*
- *vous accordez une promotion à un collaborateur auquel vous êtes lié au titre d'un des intérêts précités ;*
- *l'un de vos collaborateurs responsable des achats d'entreprise ou du groupe a des liens au sens précité avec les responsables compétents de votre fournisseur ;*
- *vous êtes membre du collège d'une autorité administrative indépendante, qui serait amenée à statuer sur un dossier concernant votre entreprise ;*

¹⁸ "Le conseil devrait mettre en place une procédure de déclaration d'intérêt permettant à chaque administrateur de remplir son obligation de révélation de conflit d'intérêt potentiel"

¹⁹ "Dans les sociétés n'ayant pas opté pour la dissociation des fonctions de Président du Conseil d'administration et de Directeur général, il est recommandé que soit désigné un Vice président ou Administrateur référent (libre d'intérêts) ayant notamment en charge de veiller sur les situations de conflits d'intérêts. Celui-ci est membre de droit le cas échéant du comité des nominations et de gouvernance".

²⁰ Cf. annexes n° 13

- *vous êtes un membre actif d'une association ou organisation professionnelle, caritative, politique, si vous en tirez des avantages en retour ;*
- *vous devez prendre conscience qu'il peut également y avoir des conflits d'intérêts internes à votre société ou au groupe de sociétés, du fait de leurs différentes activités. C'est notamment le cas des banques, du fait de leurs différentes activités : banques de détail, banques d'investissement."*

S'agissant des moyens à mettre en œuvre pour prévenir les conflits d'intérêt, le comité d'éthique du Medef met l'accent, comme dans les recommandations de l'IFA, sur la nécessaire transparence, et cette transparence trouve encore ici son expression dans la pratique de la déclaration d'intérêt.

Par ailleurs et au-delà des règles applicables aux conventions réglementées, les entreprises sont invitées à imaginer toute une série de mesures à prendre telles que :

- abstention de votes ;
- interdiction de détention d'une participation ou d'un mandat au conseil d'une entreprise du même secteur ou d'un fournisseur / acheteur ;
- interdiction de l'attribution ou de la réception de cadeaux ;
- enfin, le Medef recommande la mise en place de "structures et moyens" nécessaires à la mise en œuvre au contrôle et à la sanction du non respect des mesures prises.

Il peut s'agir de mettre en place une charte ou un code de bonne conduite, de désigner un déontologue. Bref, de mettre en place ce que les anglo-saxons appellent des "*systems and controls*".

Il est intéressant de constater à cet égard que le SRA (*Solicitors Regulation Authority*) a mis en place de nouvelles dispositions en matière de conflits d'intérêts. Aux termes de ces dispositions, qui entreront en vigueur le 6 octobre 2011, les cabinets de *solicitors* doivent mettre en place des structures et moyens ("*systems and controls*") permettant d'identifier les conflits d'intérêts personnels.

1.5 MESURES CONCERNANT L'INDUSTRIE DU MEDICAMENT ET DES PRODUITS DE SANTE

Un projet de loi "*relatif au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé*" a été déposé par le Ministre de la Santé, Monsieur Xavier Bertrand, pour remédier aux lacunes et insuffisances mises en évidence à l'occasion du drame du Mediator.

Ce projet de loi propose une refonte du système de sécurité sanitaire des produits de santé pour concilier sécurité des patients et accès aux progrès thérapeutiques.

Pour restaurer la confiance dans les décisions prises, la transparence des liens entre l'industrie pharmaceutique et les experts sera assurée.

Cette exigence de transparence sera applicable aux conventions conclues entre les industriels et les professionnels de santé, associations professionnelles, étudiants en médecine etc., ainsi qu'aux avantages monétaires ou en nature procurés directement ou indirectement par ces industriels.

Le projet de loi prévoit, en effet, l'obligation de remplir une déclaration d'intérêts pour tous les membres des commissions siégeant auprès des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, ainsi que des agences et organismes publics. Cette déclaration d'intérêts sera rendue publique. Une déclaration d'intérêts devra également être remplie par les dirigeants et personnel de direction et d'encadrement de ces institutions.

L'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé (AFSSAPS) qui devient l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des Produits de Santé (ANSM) sera par ailleurs dotée du pouvoir de prononcer des sanctions financières.

Enfin, les visiteurs médicaux ne pourront rencontrer les professionnels hospitaliers que dans un cadre collectif.

Ce projet de loi, dont le hasard du calendrier fait qu'il a été déposé deux jours après le projet de loi déposé par le Ministre de la Fonction Publique, Monsieur François Sauvadet, s'inscrit dans la même veine que celui-ci : restaurer la confiance par la transparence.

2^{ème} PARTIE :

LES AVOCATS ET LE BARREAU DE PARIS SONT-ILS EGALEMENT CONCERNES PAR CETTE EVOLUTION ?

Devant toutes ces initiatives qui concourent à la promotion d'une véritable culture de la déontologie dans la vie publique et des affaires, la question qui se pose est celle de savoir si les avocats n'ont pas un rôle à jouer pour accompagner ce mouvement, ni d'ailleurs eux-mêmes une réflexion à mener sur certains sujets qui ont pu faire polémique ces derniers temps (admissions dérogatoires, avocats titulaires d'un mandat politique) ou d'autres sujets plus nouveaux, inspirés, justement, par la prise de conscience à tous les niveaux de la société de la nécessité d'une meilleure prise en compte des problématiques de conflits d'intérêts.

Une chose est sûre, c'est que les avocats n'ont pas attendu l'affaire Bettencourt pour se doter d'outils déontologiques efficaces.

2.1 LES AVOCATS ET LE BARREAU DE PARIS DISPOSENT D'ORES ET DEJA D'UN DISPOSITIF TRES COMPLET EN MATIERE DE PREVENTION ET DE GESTION DE CONFLITS D'INTERETS

On rappellera que la profession d'avocat est régie par des textes anciens de plus de 700 ans.

Depuis un décret du 20 juin 1920, tous les barreaux sont dotés d'un règlement intérieur.

En 2000, la profession s'est dotée d'un règlement intérieur harmonisé, devenu règlement intérieur unifié, puis national.

Des Conseils de discipline font respecter la déontologie des avocats en prononçant des sanctions qui peuvent aller jusqu'à l'exclusion du barreau.

La profession d'avocat :

- Edicte des règles qu'elle met à jour,
- Formule des avis déontologiques,
- Fait des recommandations,
- Mène des enquêtes déontologiques,
- Prononce des sanctions disciplinaires

Au plan national, le Conseil National des Barreaux est doté d'une "Commission des Règles et Usages" composés de 20 membres.

Le barreau de Paris, quant à lui, est doté d'une Commission de déontologie composée de 12 sous-commissions spécialisées - dont une exclusivement dédiée aux problématiques de conflits d'intérêts - et d'une Commission plénière de 29 membres.

Un Comité d'Ethique de 10 membres (dont un professeur de droit) conseille le bâtonnier sur les questions de déontologie les plus complexes.

Enfin, l'ordre des avocats de Paris publie tous les ans un code de déontologie recensant l'ensemble des textes applicables à la profession ainsi que les avis de doctrine et décisions de jurisprudence les plus pertinentes.

De fait, la profession d'avocat est probablement la mieux équipée en matière de prévention et de gestion des conflits d'intérêts.

2.2 LES COMPETENCES DEVELOPPEES PAR LES AVOCATS PEUVENT-ELLES ETRE MISES AU SERVICE DE LA COLLECTIVITE ?

Si des groupes de professionnels très différents (experts dans le domaine de la santé, parlementaires, dirigeants d'entreprise, membres du gouvernement) ont, chacun de leur côté, conduit une réflexion sur les conflits d'intérêts, la problématique des conflits d'intérêts demeure toujours fondamentalement la même, ainsi que le montrent les différentes définitions qui ont pu être données du conflit d'intérêts à ce jour.²¹

Si les conflits d'intérêts auxquels sont confrontés les avocats reflètent, certes, une certaine spécificité professionnelle, il n'en demeure pas moins que la problématique des conflits d'intérêts est intimement liée à l'exercice de la profession d'avocat et que peu de professionnels sont aussi légitimes que des avocats pour parler de ce sujet, comme de déontologie d'une manière générale.

Dès lors se pose la question de savoir comment les avocats peuvent mettre leur compétence au service de la collectivité.

Trois pistes, au moins, semblent pouvoir être envisagées :

- un avocat déontologue de l'assemblée nationale (2.2.1),
- un avocat personnalité qualifiée de l'autorité de déontologie de la vie publique (2.2.2),
- un comité d'éthique consultatif au service de tous (2.2.3).

2.2.1 Un avocat déontologue de l'Assemblée Nationale ?

Le premier déontologue de l'Assemblée Nationale désignée à cette fonction est un ancien professeur de droit constitutionnel.

Le déontologue de l'assemblée nationale exerce ses fonctions pour la durée de la législature et son mandat n'est pas renouvelable, de sorte qu'un nouveau déontologue de l'Assemblée Nationale sera désigné pour 5 ans avec la nouvelle législature, en 2012.

L'on peut très bien imaginer qu'une autorité en matière de déontologie choisie au sein du barreau – un ancien bâtonnier du barreau de Paris par exemple – occupe la fonction de déontologue de l'Assemblée Nationale.

Une telle position contribuerait incontestablement au rayonnement du barreau de Paris et de la profession d'avocat dans son ensemble.

2.2.2 Un avocat à l'Autorité de déontologie de la vie publique ?

La future autorité de déontologie de la vie publique, qui aura compétence pour traiter de toutes les questions déontologiques en lien avec les administrations, établissements et autorités publiques, sera composée de cinq membres permanents.

Parmi ces cinq membres, trois seront des "personnalités qualifiées" en matière de déontologie, désignés respectivement par le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée Nationale.

Ici encore, l'on peut aisément concevoir qu'une de ces trois personnalités qualifiées soit choisie au sein du barreau.

²¹ cf. Annexe 1 : Définitions du conflit d'intérêts

2.2.3 Un comité d'éthique consultatif ?

Une troisième piste pourrait consister à constituer un *think tank* de déontologues qui aurait vocation à être consulté par toute personne intéressée sur des questions déontologiques les plus diverses.

Les avis rendus par ce comité d'éthique consultatif composé d'avocats désignés par le Bâtonnier pourraient être confidentiels ou non, selon le souhait des personnes, ou groupes de personnes, qui le consulteraient.

Une difficulté à laquelle pourrait être confronté un tel comité "généraliste" serait qu'il soit "utilisé" pour atténuer (ou contredire...) un avis confidentiel déjà donné par une autre autorité déontologique spécialisée (déontologue de l'Assemblée Nationale, l'Autorité de déontologie de la vie publique ou comités d'éthiques les plus divers).

2.3 LES QUESTIONS QUI FONT DEBAT : LA PROBLEMATIQUE DES AVOCATS TITULAIRES D'UN MANDAT POLITIQUE OU AYANT EXERCÉ DES RESPONSABILITÉS IMPORTANTES AU SEIN DU GOUVERNEMENT OU DE L'ADMINISTRATION

On a vu, dans la première partie du présent rapport (cf. 1.2), que la situation des parlementaires qui s'inscrivent au barreau avait été abondamment discutée au sein du groupe de travail sur les conflits d'intérêts mis en place au sein du sénat, et qu'une recommandation a été faite à cet égard (proposition n°25).

Le barreau a également été critiqué pour n'avoir pas été suffisamment rigoureux sur les conditions d'admission dérogatoire de certaines personnalités, parlementaires ou non.

Enfin, certains confrères estiment qu'un problème éthique se pose lorsqu'un avocat a exercé des responsabilités publiques ou privées importantes avant de rejoindre le barreau, la notoriété de cet avocat et l'importance de ses relations étant parfois perçues comme conférant un avantage "inéquitable" au profit de l'avocat concerné.

Ces trois questions seront examinées successivement.

2.3.1 L'avocat parlementaire ou ancien parlementaire

2.3.1.1 Cas de l'avocat qui devient élu

C'était autrefois le cas le plus fréquent.

La question de savoir si l'avocat devenu parlementaire pouvait continuer à exercer sa profession est réglée par les articles L.O. 146 et L.O. 149 du Code électoral.

Aux termes de ces articles, l'avocat qui devient parlementaire peut parfaitement continuer à exercer sa profession d'avocat pour autant qu'il respecte les incompatibilités prévues à l'article L.O. 149 du Code électoral.

2.3.1.2 Cas de l'élu qui devient avocat

Il s'agit, en pratique, du parlementaire qui sollicite son inscription au barreau sur le fondement de l'article 98 du décret du 27 novembre 1991. Plusieurs députés en fonction ont fait le choix de devenir avocat et d'exercer, parallèlement à leur mandat, cette nouvelle profession.

Cette tendance récente a suscité des controverses, les parlementaires en question s'étant vus reprocher de "monnayer leur carnet d'adresse" au profit des clients privés des cabinets qui les accueillent.

Si l'article L.O. 146-1 du Code électoral fait interdiction à un parlementaire de "*commencer à exercer une fonction de conseil qui n'était pas la sienne avant le début de son mandat*", le second alinéa de cet

article apporte une dérogation à cette interdiction pour les parlementaires qui sont "*membres des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.*"

Il résulte de ce qui précède qu'en l'état actuel des textes, un parlementaire qui devient avocat est dans la même situation qu'un avocat qui devient parlementaire : le cumul est possible dans les deux cas sous réserve des incompatibilités de l'article L.O. 149.

2.3.1.3 Proposition du groupe de travail conduit par M. JJ Hyst

Le groupe de travail conduit par Monsieur JJ Hyst a formulé une proposition n°25 tendant à "*rendre l'exercice de nouvelles fonctions de conseil incompatible avec le mandat parlementaire, même lorsque ces fonctions sont exercées dans le cadre d'une profession réglementée*".

Bien que les membres du groupe de travail ait eu des positions divergentes sur un certain nombre de sujets, le rapport nous apprend que :

"Sur la question du cumul du mandat avec une activité de conseil ou l'exercice d'une profession libérale réglementée, la position majoritaire ou unanime, selon les cas, du groupe de travail se résume ainsi :

- *maintien de l'interdiction de l'exercice de toute activité de conseil pendant la durée du mandat pour les parlementaires qui ne l'exerçaient pas avant le début du mandat ;*
- *possibilité de poursuivre, pendant la durée du mandat, l'exercice d'une fonction de conseil pour les seuls parlementaires qui l'exercent avant le début du mandat ;*
- *interdiction de l'exercice de toute profession libérale réglementée pour les parlementaires qui ne l'exerçaient pas avant le début du mandat ;*
- *possibilité de poursuivre, pendant la durée du mandat, l'exercice d'une profession libérale réglementée, hors la profession d'avocat, pour les seuls parlementaires qui l'exerçaient avant le début du mandat ;*
- *possibilité, sur autorisation expresse, de poursuivre pendant la durée du mandat l'exercice de la profession d'avocat pour les seuls parlementaires qui l'exerçaient avant le début du mandat ;*

Cette position conduit à proposer la suppression du second alinéa de l'article L.O. 146-1 du Code électoral.

La position exprimée par le groupe de travail a pour conséquence d'interdire à un parlementaire qui ne serait pas déjà avocat de s'inscrire au barreau pendant son mandat.²²

Si, au bout du compte, le législateur français devait maintenir le *statu quo* ou limiter la possibilité du cumul pour les seuls avocats exerçant cette profession avant d'être élus, il conviendrait néanmoins de s'interroger sur la mise en place de dispositifs permettant d'éviter "l'apparence de conflits d'intérêts" pour ces avocats parlementaires.

Le Comité d'éthique du barreau de Paris a mené une réflexion sur ce sujet et est parvenu à la conclusion qu'en l'état des textes applicables, qui lui paraissaient suffisants, il pouvait être envisagé, au-delà d'une certaine forme de publicité et la mise en avant des principes essentiels de la profession, de faire reposer

²² A titre d'élément de comparaison on notera que:

- aux Etats Unis, les sénateurs et membres de la chambre des représentants qui rempliraient les conditions pour exercer en cabinet ne peuvent, pendant leur mandature, exercer dans un cabinet et recevoir au titre de cette activité une quelconque rémunération. Il peuvent cependant exercer une activité *pro bono* non rémunérée;
- en Grande-Bretagne, il n'y a pas d'incompatibilité de principe, mais en pratique seuls quelques rares *barristers* siègent au parlement;
- il n'y a pas d'incompatibilité en Allemagne, mais le sujet ne semble pas faire polémique comme en France.

sur l'ensemble des associés des avocats qui cumulent des fonctions d'avocat et d'homme politique la responsabilité du respect de la règle de ne pas porter atteinte à l'indépendance et à la dignité de l'avocat, et tout particulièrement de veiller à ce qu'aucune confusion ne puisse s'établir entre l'exercice de la profession d'avocat et l'accomplissement du mandat politique, au sens où le prévoient l'article P.41.2²³ et l'article P.41.3, auquel il renvoie, du règlement intérieur du barreau de Paris.

En mettant en avant le devoir de loyauté qui doit guider l'exercice de la profession par l'avocat qui cumule ces fonctions avec celles d'hommes politiques, mais aussi de ses associés, trois mesures pourraient être envisagées :

- le recours à une "déclaration de soupçon de conflit de devoirs" auprès du bâtonnier,
- la création d'une sous-commission de déontologie des conflits de devoir,
- en entourant le tout par une certaine forme de publicité (par exemple : éditorial dans le bulletin du barreau ou lettre ouverte aux confrères).

2.3.2 La question des admissions dérogatoires de personnalités au sein du barreau

Les admissions dérogatoires sont strictement encadrées par le décret du 27 novembre 1991.

Dès lors que les conditions fixées par ce décret seront remplies par la personne qui sollicite son inscription au barreau, aucun débat ne devrait avoir lieu, et ce, quel que soit la notoriété du candidat, sauf à modifier les critères d'admission pour les rendre plus stricts.

Les avis sont partagés sur la question de savoir si les critères actuels sont trop stricts ou, au contraire, trop souples. Chacun est libre, sur ce point, d'avoir une opinion.

On relèvera qu'en Allemagne, le cursus pour devenir *Reichtenwalt* peut atteindre une dizaine d'années lorsqu'en Grande Bretagne, quatre à cinq années peuvent suffire pour devenir *solicitor*, étant précisé qu'une passerelle largement utilisée, permet à une personne titulaire d'un diplôme non juridique de devenir *solicitor* après une formation accélérée d'un an.

Le magistrat du Parquet²⁴ qui avait interjeté appel de la décision d'admission de Monsieur Dominique Bussereau nous avait indiqué qu'il ne considérait pas que les conditions d'accès de l'article 98 du Décret de 1991 étaient trop souples et que celles-ci pouvaient même être encore assouplies, pour autant:

- qu'elles soient appliquées dans les mêmes conditions pour tous,
- mais aussi et surtout, que la formation déontologique à l'entrée du barreau soit "durcie", tant les problèmes déontologiques rencontrés devant la cour étaient souvent le fait d'anciens juristes d'entreprise, inspecteurs des impôts ou conseils juridiques.

Sur cette question des admissions dérogatoires, on signalera enfin qu'un projet de modification du décret a été approuvé par l'Assemblée Générale du Conseil National des Barreaux les 23 et 24 septembre 2011 permettant aux assistants parlementaires justifiant de 6 années de pratique professionnelle de s'inscrire au barreau, sous réserve d'avoir passé avec succès un examen de contrôle des connaissances en déontologie et réglementation professionnelle.

²³ Article P.41.2 : "L'avocat investi d'un mandat publique, électif ou non, doit veiller à ce qu'aucune confusion ne puisse s'établir entre l'exercice de sa profession et l'accomplissement de son mandat".

²⁴ Rencontré le 1^{er} avril 2011.

2.3.3 L'avocat ayant exercé des responsabilités publiques ou privées importantes avant de rejoindre le barreau

La problématique évoquée plus haut ne concerne pas que les hommes politiques, mais également certains hauts fonctionnaires qui, en fin de carrière, choisissent de devenir avocat et de valoriser leur compétence technique et les réseaux qu'ils ont pu établir tout au long de leur carrière.

Un certain nombre de confrères sont gênés par cette évolution de la profession et par l'attrait que suscite le barreau depuis quelques années auprès de nouveaux confrères soupçonnés de n'avoir comme seule compétence qu'un carnet d'adresse bien rempli.

Mais beaucoup d'avocats, qui n'ont jamais été qu'avocat, sont également courtisés à raison, non seulement de leur technicité juridique, mais également des relations qu'ils ont pu tisser au fil du temps avec un nombre important de clients.

Et les hauts fonctionnaires qui font le choix de rejoindre le barreau ne sont généralement pas les moins bon juristes.

Ne faut-il pas admettre que certains avocats, au fil du temps et forts de leur réputation fassent un peu moins de droit et plus de mise en relation ?

Synthèse

- Les conséquences désastreuses sur l'opinion publiques de plusieurs affaires médiatiques récentes ont contraint les pouvoirs publics à engager une réflexion en profondeur pour mieux prévenir les situations de conflits d'intérêts dans la vie publique et créer une véritable culture déontologique.
- Cette prise de conscience s'inscrit dans le cadre d'un mouvement qui s'était déjà amorcé depuis quelques années dans différents secteurs de la vie économique et qui a conduit à la mise en place dans les entreprises de règles de bonne gouvernance, de comités d'audits, administrateurs indépendants, *compliance officers*, de "meilleures pratiques" et autres codes et chartes de bonne conduite.
- Différentes réflexions ont été menées de manière autonome, tant par le gouvernement que les assemblées parlementaires ou des organisations professionnelles.
- Toutes ont mis en évidence la nécessité d'une plus grande transparence pour éviter l'apparence de conflits d'intérêts et restaurer la confiance.
- L'instrument plébiscité de cette nouvelle transparence est la "déclaration d'intérêts", qu'elle soit publique (membres du gouvernement) ou confidentielle (députés).
- Différentes mesures concrètes sont par ailleurs proposées pour mieux prévenir les conflits d'intérêts, comme par exemple: la mise en place de déontologues, de codes de déontologie, d'une nouvelle Autorité administrative indépendante, ou bien encore le renforcement des incompatibilités, le déport, la restriction de vote, des mécanismes de remontée d'information, etc.
- La question de l'avocat parlementaire a été longuement débattue par le groupe de travail animé par M. JJ Hyst. La proposition faite par ce groupe est de n'autoriser le cumul que pour les avocats qui exerçaient déjà cette profession au moment de leur élection. La dérogation du second alinéa de l'art L.O. 146-1 serait donc supprimée.
- Les avocats disposent d'un dispositif très complet en matière de prévention et de gestion des conflits d'intérêts et d'une longue expérience en matière de déontologie. Ils auraient une légitimité à occuper une des fonctions institutionnelles prévues dans les textes récents ou en projet.
- Les avocats pourraient envisager la création d'un comité d'éthique consultatif qui rendrait des avis déontologiques sur des questions délicates que pourraient se poser des personnes physiques ou morales n'appartenant pas au barreau.

LISTE DES ANNEXES

- Annexe n° 1 :** Quelques définitions du conflit d'intérêt
- Annexe n° 2 :** Typologie des conflits d'intérêts selon Monsieur Martin Hirsch ("*Pour en finir avec les conflits d'intérêts*", Editions Stock, 2010, p. 46 et s.)
- Annexe n° 3 :** Lettre de mission du Président de la République à Monsieur Jean-Marc Sauvé du 8 septembre 2010
- Annexe n° 4 :** Récapitulatif des 29 propositions contenues dans le rapport remis par Monsieur Jean-Marc Sauvé au Président de la République le 26 janvier 2011 (annexe 4 dudit rapport)
- Annexe n° 5 :** Instruction du Premier ministre du 16 mars 2011 sur la déclaration d'intérêts des membres du gouvernement
- Annexe n° 6 :** Projet de loi n° 3704 du 27 juillet 2011 relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique
- Annexe n° 7 :** Liste des 40 recommandations proposées le 12 mai 2011 par le groupe de travail animé par M. JJ Hyst (groupe de travail sur les conflits d'intérêts mis en place le 9 novembre 2010 à la demande du bureau du Sénat)
- Annexe n° 8 :** Exposé des motifs de la proposition n° 25 (pages 85 à 88 du rapport établi le 12 mai 2011 par le groupe de travail animé par M. JJ Hyst)
- Annexe n° 9 :** Code de déontologie de l'Assemblée Nationale
- Annexe n° 10 :** Décision du bureau de l'Assemblée Nationale du 6 avril 2011 relative au respect du Code de déontologie des députés
- Annexe n° 11 :** Article de M. Jean Gicquel – Déontologie de l'Assemblée Nationale
- Annexe n° 12 :** Recommandations proposées par la Commission déontologique de l'Institut Français des Administrateurs (IFA) en matière de conflits d'intérêts (2010)
- Annexe n° 13 :** Guide pratique du Comité d'éthique du Medef à destination des dirigeants d'entreprises (avril 2011)
- Annexe n° 14 :** Rapport d'étape de Monsieur Loïc Dusseau du 6 juillet 2011 sur les propositions de réforme de l'article 98 du décret du 27 novembre 1991 (création d'une nouvelle passerelle pour les assistants parlementaires)