

COMMISSION OUVERTE **DROIT PUBLIC**

RESPONSABLE : ALAIN FRÊCHE, AVOCAT A LA COUR

Jeudi 5 février 2015

La question délicate et importante des conflits d'intérêts propres à la commande juridique pour les personnes publiques

En effet, cette question prend une nouvelle dimension notamment au regard de l'évolution de la réglementation.

Ainsi, les nouvelles directives en date du 26 février 2014 traitent de la question particulière des conflits d'intérêts avec pour objectif de lutter contre le favoritisme et la corruption.

Or, sont concernés certes les membres du personnel du pouvoir adjudicateur mais également, par voie de conséquence, les prestataires de service de passation de marchés et les membres du personnel d'autres prestataires de service participant à la conduite de la procédure de passation des contrats publics.

Une telle évolution de la réglementation pose à l'évidence la question du positionnement de l'avocat publiciste en qualité de prestataire de la personne publique au regard de sa clientèle :

- Jusqu'où et comment cette définition du conflit d'intérêts telle que prévue dans les nouvelles directives est similaire, complémentaire ou contradictoire avec les règles spécifiques à notre profession ?
- En d'autres termes, jusqu'où et comment l'indépendance de l'avocat publiciste peut-elle être garantie lors de l'application de ces réglementations et/ou quel mécanisme prudentiel doit-on mettre en place pour éviter toute difficulté dans le déroulement des missions qui sont confiées à l'avocat publiciste ?
- Y a-t-il ou non des conséquences quant au positionnement actuel et futur des cabinets

Ce débat sera animé par moi-même mais également par Jean-Marc PEYRICAL responsable de l'Observatoire des marchés publics et Catherine WEBER-SEBAN en charge d'une mission ordinaire de suivi des dossiers précontentieux et contentieux de l'Observatoire des marchés publics.

Enfin, il sera à nouveau effectué lors de cette réunion un rapide point d'actualité sur les actions actuelles et futures mises en œuvre pour obtenir auprès des autorités compétentes, dans un délai raisonnable, la transposition de la nouvelle directive relative aux marchés de prestations juridiques à laquelle les autorités françaises semblent, en l'état, faire pour le moins peu de cas.



**COMPTE RENDU DE LA COMMISSION OUVERTE
DE DROIT PUBLIC DU 5 février 2015
(Maison du Barreau – Salle Gaston Monnerville)**

Ordre du Jour :

Conflits d'intérêt propres à la commande juridique pour les personnes publiques

En ouverture de la réunion, notre confrère Jacques BUES mandaté par le CNB, l'Ordre des avocats de Paris et la Conférence des Bâtonniers sur le dossier prioritaire qu'est la transposition « littérale » de la directive Marchés publics a fait le point des actions engagées à ce titre.

Une contribution des Barreaux de France a été déposée le 30 janvier dernier dans le cadre de la consultation publique, demandant, s'agissant des services juridiques assurés par un avocat, que la transposition des directives Marchés soit opérée par l'ordonnance de façon fidèle et intégrale (exclusion des services de représentation légale et de conseil juridique associé et des autres services juridiques dont la valeur est inférieure au seuil de 750 000 euros hors taxes).

Le Conseil des barreaux européens s'est saisi de cette question également.

Une alerte sur la violation de la directive sera adressée à la Commission européenne avant que l'ordonnance ne soit adoptée.

A noter que les tous les services ne sont pas traités à ce jour de la même façon dans le projet d'ordonnance. En effet, les services financiers sont exclus pour la première fois des règles de la concurrence sans aucune restriction ou réserve alors qu'il n'y a pas de services plus transfrontaliers que ces derniers.

La prochaine réunion de la Commission sera l'occasion de faire à nouveau le point sur ce dossier prioritaire.

* * *

La question des conflits d'intérêt dans le cadre de la commande publique est un sujet d'actualité dans la mesure où leurs conséquences ne sont pas uniquement « techniques » mais peuvent également engendrer un risque pénal.

I. Quelle définition du conflit d'intérêt pour notre profession au regard de la commande publique ?

La définition du conflit d'intérêt donnée par les nouvelles directives Marchés du 26 février 2014¹ sur les prestataires de services de passation de marchés, correspond à une approche plus stricte (appréciation selon la nature des clients et théorie de l'apparence) que celle existant dans notre déontologie, qui relève pour sa part essentiellement d'une appréciation, dossier par dossier, partagée notamment entre l'avocat et son client.

Dès lors, plusieurs éléments se dégagent du débat :

- Une des raisons essentielles qui a motivé, au niveau européen, l'exclusion des services juridiques du champ des directives Marchés, est justement les spécificités de la profession, reconnue comme non « marchande » et régie par un code de déontologie.

En conséquence, la profession d'avocat n'est pas visée par la définition du conflit d'intérêt telle que prévue par la directive, et reste soumise à ses règles déontologiques qui permettent, par une approche pragmatique et une autorégulation au sein d'un ordre professionnel, de prévenir les conflits d'intérêt. A cet égard, la situation des avocats est donc très différente par exemple de celle des bureaux d'études techniques et de tout autre prestataire des personnes publiques.

Ces analyses juridiques, pour autant qu'elles soient fondées sur le plan théorique, n'empêcheront toutefois pas les collectivités sous l'influence de ces directives (et de toute autre réglementation mettant en exergue la problématique des conflits d'intérêt) d'appliquer une conception très restrictive des conflits d'intérêt par prudence et par peur d'éventuelles poursuites pénales ce qui à l'avenir peut affaiblir l'économie des cabinets spécialisés.

Il y a donc nécessité, comme l'ont relevé nombre de confrères présents à la réunion, qu'une communication du Barreau soit mise en œuvre pour éventuellement rassurer les personnes publiques quant à l'application de la notion de conflits d'intérêt et ses limites telle qu'elle est définie par notre déontologie.

Rappelons d'ailleurs que le questionnement sur un éventuel conflit d'intérêt n'est pas propre au clivage clientèle publique/clientèle privée mais peut se poser également entre deux clients publics.

¹ Article 24 « La notion de conflit d'intérêt vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché ».

- II. Jusqu'où et comment l'indépendance de l'avocat publiciste peut-elle être garantie lors de l'application de ces réglementations et/ou quel mécanisme prudentiel doit-on mettre en place pour éviter toute difficulté dans le déroulement des missions qui sont confiées à l'avocat publiciste ?
Y a-t-il ou non des conséquences quant au positionnement actuel et futur des cabinets ?

Telles sont les autres questions qui ont été débattues lors de la réunion.

Concrètement l'application stricte de la définition donnée par la directive peut conduire les avocats à exclure toute diversification de la nature de leur clientèle même au cas par cas (personnes publiques, entreprises privées, associations etc.), ce qui, outre la survenance de problèmes économiques dans le contexte actuel de réduction du marché de prestations juridiques par les personnes publiques, peut tout simplement conduire les avocats à perdre leur indépendance vis-à-vis d'une clientèle trop restreinte.

Dans certains cabinets spécialisés en marchés publics ayant une clientèle privée et publique, il peut exister des procédures internes de gestion des conflits d'intérêt du type « muraille de Chine » avec une séparation des équipes travaillant pour les clients privés de ceux travaillant pour les clients publics.

Certains confrères s'interrogent sur la réalité d'une telle « muraille de Chine » qui ne peut être en tout état de cause applicable qu'aux cabinets de taille importante.

Un confrère a fait remarquer que la question est réglée en droit privé (par exemple le droit du travail) par le fait que naturellement certains confrères sont conseils d'employeurs et d'autres employés et/ou syndicats.

Pour autant, il y a de nombreuses différences pour le droit public.

En effet, celui-ci comporte des sous-spécialités avec des logiques différentes (contrats : entreprises/collectivités ; urbanisme qui n'entraîne pas forcément la même logique de conflits d'intérêt que celle propre aux contrats publics : collectivités – promoteurs/associations riverains, les contentieux de la fonction publique qui ressemblent à ceux du droit du travail etc..)

En outre, le marché étant beaucoup plus réduit et les clients privés récurrents plus concentrés (grandes entreprises du BTP et de services par exemple), la problématique de l'indépendance et de l'autonomie des avocats spécialisés en droit public et plus simplement de la gestion financière de leur activité se pose très rapidement et de façon plus sensible que les avocats d'affaires.

La solution aux conflits d'intérêt n'est-elle pas pour partie, dans des marchés multi-attributaires lancées par les collectivités publiques qui permettraient de gérer les conflits dossier par dossier et non au niveau d'un marché global ?

En tout état cause, aucune réponse définitive n'a pu être apportée aux questions qui ont fait l'objet de l'ordre du jour à savoir :

- Jusqu'où et comment cette définition du conflit d'intérêt telle que prévue dans les nouvelles directives est similaire, complémentaire ou contradictoire avec les règles spécifiques à notre profession ?
- En d'autres termes, jusqu'où et comment l'indépendance de l'avocat publiciste peut-elle être garantie lors de l'application de ces réglementations et/ou quel mécanisme prudentiel doit-on mettre en place pour éviter toute difficulté dans le déroulement des missions qui sont confiées à l'avocat publiciste ?
- Y a-t-il ou non des conséquences quant au positionnement actuel et futur des cabinets ?

Cela étant, il est à craindre que l'évolution des réglementations sur ce thème contraignent les avocats publicistes pour l'activité de conseil et de contentieux dans les contrats publics à choisir un type de clientèle (personnes publiques/personnes privées, associations, contribuables etc.), cette orientation a d'ores et déjà été prise par certains cabinets ou équipes spécialisées et devrait s'accroître à l'avenir.

Enfin, rappelons et c'était l'une des motivations pour débattre de la question que d'ores et déjà et indépendamment de toute évolution récente de la réglementation, le positionnement des avocats publicistes peut connaître « un écho médiatique » qui est susceptible de nuire aux conditions d'exercice de la spécialité sans compter les risques pénaux qui peuvent être afférents à un positionnement contesté et/ou contestable (Article du Canard Enchaîné du 2 juillet 2014 « Ces avocats d'affaires qui mangent à tous les râteliers »).

Compte tenu de l'intérêt qu'à solliciter un tel débat sans que pour autant des réponses complètes ont pu y être apportées dans le laps de temps qui lui était consacré, ce sujet fera certainement l'objet d'ici la fin de l'année d'une nouvelle réunion.

* * *

PROCHAINE REUNION

Une réunion sera organisée début mai sur le comportement prudentiel de l'avocat publiciste qui pourra dès lors rejoindre tout à la fois le thème qui vient d'être traité (conflits d'intérêt) et le risque pénal lié à la commande publique.