

Les conflits d'intérêts, nouvelle frontière de la démocratie



Par Joël Moret-Bailly, Hélène Ruiz Fabri et Laurence Scialom*

Le 3 février 2017

Ce rapport est issu d'un travail entamé en 2014 et part d'un constat simple. La défiance populistes. Cette défiance, qui a des effets délétères sur notre démocratie, est alimenté par des dysfonctionnements réels qu'il convient de ne pas nier. Un traitement inadéquat d'où le titre du présent rapport.

Les conflits d'intérêts peuvent être sommairement définis comme des situations dans lesquelles une personne chargée de défendre un intérêt (intérêt particulier ou intérêt général) est en situation, ou peut-être soupçonnée d'être en situation, d'abuser de sa position afin de défendre un autre intérêt.

Les conflits d'intérêts sont inhérents à la vie en société : ils existent dans tous les champs économiques et sociaux et à tous les niveaux hiérarchiques. Dans ce rapport, nous nous intéressons singulièrement à ceux qui affaiblissent notre démocratie et la confiance dans nos institutions. Notre fil d'Ariane est que les réponses à apporter doivent être d'autant plus exigeantes que les individus sont en position de responsabilité à l'égard de la collectivité et que les « coûts » sociaux des conflits d'intérêts non traités sont lourds, notamment en termes notamment de délégitimation des institutions démocratiques. Nos propositions visent à apporter notre pierre à la refondation de la vie démocratique.

Nous développons nos analyses dans trois champs qui ont été choisis du fait de leur importance symbolique, économique et/ou de leur incidence sur la vie des citoyens. Il s'agit de la vie publique au sens large, de la banque et de la santé. Ces secteurs sont structurellement générateurs de conflits d'intérêts, situation renforcée par le fait que les acteurs décisionnaires y ont souvent des trajectoires professionnelles qui s'inscrivent synchroniquement ou diachroniquement à la fois dans les sphères publique et privée. Cette approche structurelle des conflits d'intérêts ne nie pas la complexité des situations, ni l'imbrication nécessaire des champs public et privé, et les solutions que nous

* Joël Moret-Bailly est professeur des universités en droit privé et sciences criminelles, Hélène Ruiz Fabri est professeure des universités en droit public et Laurence Scialom est professeure des universités.

Avec le concours de Gary Smadja, élève-avocat, sans le travail minutieux, fidèle et constant duquel la réalisation de ce rapport n'aurait pas été possible.

préconisons ne sont donc pas duales, ou manichéennes. Nous envisageons au contraire une gradation qui va de l'incompatibilité – ou interdiction pure et simple – d'une double position potentiellement conflictuelle, conduisant alors à l'élimination du conflit d'intérêts, à des dispositifs de régulation beaucoup plus fins. La modulation de nos propositions prend comme critère la gravité du risque à conjurer. C'est ce qu'illustre la synthèse de nos propositions dans les pages suivantes.

TROIS AXES DE PROPOSITIONS

1) L'ÉLIMINATION A PRIORI : LES INCOMPATIBILITÉS

A. Interdiction du cumul des mandats et de certaines fonctions

Proposition 1

Renforcer les incompatibilités entre la fonction de membre du Gouvernement et :

- l'exercice concomitant de fonctions associatives ou partisans ; des responsabilités au sein d'une assemblée délibérante d'une collectivité territoriale, ou au sein d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) ; des fonctions exécutives locales (Conseil régional, conseil départemental, etc.)

Proposition 2

2.1. Le mandat parlementaire doit être incompatible avec tout autre mandat électif, voire avec toute autre fonction, y compris privée. Cette interdiction du cumul devrait au surplus être étendue aux fonctions locales, y compris les multiples fonctions inter-collectivités ou de direction de structures diverses (établissements publics d'aménagement ou autre, sociétés d'HLM, etc.), que certains élus empilent.

Simultanément, le nombre de parlementaires pourrait sans inconvénient être réduit significativement, à condition d'augmenter en contrepartie les moyens de travail de chaque élu.

2.2. L'installation dans des mandats répétés ne peut qu'impliquer divers clientélismes, qui sont une des formes les plus pures des conflits d'intérêts. Deux mandats successifs constituent une durée maximale raisonnable pour mener à bien les projets que l'on peut avoir pour la collectivité que l'on représente. Au-delà, un renouvellement est salutaire et devrait être idéalement accompagné de l'aménagement de parcours vers l'élection pour ceux qui n'ont ni fortune ni situation de fonctionnaires. Il faudrait également, en complément, mettre en place des dispositifs assurant ceux qui s'engagent dans un mandat électif qu'ils retrouveront ensuite leur emploi, ou un emploi.

Proposition 3

Interdire l'embauche discrétionnaire par un parlementaire d'un parent ou d'un conjoint comme collaborateur ou assistant rémunéré sur les fonds publics alloués à sa mission.

B. Séparation bancaire

Proposition 4

La séparation des activités de dépôt et de marché dans le secteur bancaire est une réponse pertinente aux conflits d'intérêts qui portent atteinte à la loyauté vis-à-vis de l'intérêt général (prise de risque excessive, fraudes, délinquance en col blanc...).

La stratégie du cloisonnement, préconisée par le rapport Vickers (*Independent Commission on Banking*) et en octobre 2012 par le rapport dit « Liikanen », commandé par la Commission européenne, est l'option que nous préconisons.

2) LA VIGILANCE : LA REGULATION FINE

A. L'information sur les liens : la transparence

Proposition 5

En ce qui concerne les allers-retours entre les secteurs publics et privés, s'inspirer de l'initiative de la médiatrice européenne qui a récemment recommandé une transparence totale sur les nouvelles activités des anciens commissaires via la publication proactive de ces informations sur un site internet qui serait dédié.

B. Le développement d'une culture des conflits d'intérêts

Proposition 6

Développer un enseignement relatif aux conflits d'intérêts dans les secteurs qui sont particulièrement exposés à ces derniers. Nous pensons notamment à la haute fonction publique dans le cadre des écoles qui en forment les futurs membres, les enseignements existants de déontologie ou d'éthique semblant insuffisants.

Proposition 7

Instaurer des *référénts déontologiques* de façon plus systématique au sein de toutes les institutions où la question peut se poser, sur le modèle du bâtonnier de l'ordre des avocats qui peut être consulté par les membres du barreau confrontés à une difficulté déontologique.

Proposition 8

Contribuer au développement d'une culture des conflits d'intérêts par la promotion d'une identité professionnelle forte notamment des superviseurs et membres des autorités de régulation.

C. L'organisation institutionnelle et les déontologues

Proposition 9

Rendre plus transparent et pluraliste le contrôle de certaines nominations, afin d'éviter la réalité ou l'impression d'un certain « entre soi ». Certes, depuis la Loi organique du 23 juillet 2010 et la loi du 23 juillet 2010 relatives à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution qui prévoit, depuis la réforme constitutionnelle de 2008, que le pouvoir de nomination du président de la République sur certains emplois ou fonctions fera préalablement l'objet d'un avis public des commissions compétentes des deux assemblées, les nominations aux fonctions les plus importantes de l'Etat sont davantage transparentes et la situation s'est améliorée. Pour autant, on n'a pas encore l'impression que cela ait produit de sensibles changements de comportement, le fait majoritaire semblant prendre le pas sur le contrôle.

D. La limitation des cumuls d'emplois

Proposition 10

L'interdiction de principe du cumul de l'emploi de fonctionnaire avec une activité privée lucrative posée par l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est immédiatement mitigée par des exceptions autorisant une activité accessoire, lucrative ou non, à condition qu'elle soit compatible avec les fonctions principales et n'affecte pas leur exercice.

Il est cependant nécessaire de s'assurer :

- que ce qui est censé être "accessoire" le demeure. A cet égard, il serait sans doute souhaitable d'établir des pourcentages de temps d'activité et des plafonds.
- que le principe de compatibilité est bien respecté en en assurant un contrôle effectif.

E. Le soutien au contre-lobbying

Proposition 11

Le lobbying est souvent dénoncé comme générateur de conflit d'intérêts. Il serait pourtant illusoire de vouloir empêcher le lobbying. En revanche, il serait pertinent d'organiser un contre-lobbying afin que différents points de vue puissent être défendus autour de chaque question, et pas seulement celui de ceux qui disposent des moyens financiers de cette activité. Dans cette perspective, le contre-lobbying qu'il paraît pertinent de financer est un contre-lobbying technique, à même de contrer des arguments du même ordre.

F. La « démocratisation » ou l'ouverture des espaces décisionnels

Proposition 12

L'un des reproches adressés à nombre d'instances décisionnelles réside dans leur caractère fermé, réservé aux experts, ceux-ci étant soupçonnés de véhiculer une vision du monde univoque comme liée à leurs origines socio-professionnelles. Ainsi, un comité d'experts-médecins relatif à la prise en charge

d'une pathologie portera largement en son sein la vision commune que les médecins peuvent avoir de la relation médicale ; l'intégration dans un tel comité de patients ou de représentants de patients ne peut qu'amener un discours alternatif, plus contradictoire, plus ouvert dans cet espace décisionnel. Il s'agit ici de mieux représenter les intérêts de la société civile dans les comités d'experts, quels que soient les secteurs, comme cela a par exemple été le cas de la Haute autorité de santé fin 2015.

G. La limitation des allers-retours (revolving doors) et les délais de viduité

Proposition 13

Conformément aux recommandations de la Cour des comptes :

- interdire les indemnités de départ pour les fonctionnaires devenus cadres dirigeants d'entreprises publiques ou privées soutenues par des fonds publics et de remettre en cause la possibilité pour ces fonctionnaires de réintégrer la fonction publique.
- limiter le temps qu'un fonctionnaire peut passer en dehors de la fonction publique. Une durée de cinq ans, au terme de laquelle un choix devrait être opéré entre réintégration et démission, nous semble raisonnable.
- interdire au fonctionnaire de revenir dans son corps d'origine, s'il a un quelconque lien avec le secteur dans lequel il a exercé l'activité pour laquelle il l'avait quitté.

Proposition 14

Imposer des délais de viduité suffisamment longs entre les fonctions privées et publiques quand elles s'inscrivent dans le même « secteur » (finance, santé, industrie, etc.) de manière à « désactiver » les carnets d'adresses et d'affaiblir suffisamment les mécanismes bien connus d'identification culturelle et sociale.

A contrario, un banquier ou un industriel pourrait intégrer le secteur public y compris dans des fonctions de régulation sans délai de viduité particulier dès lors que les nouvelles fonctions ne concernent pas le secteur d'où il vient.

H. Le contrôle ex post

Proposition 15

Une difficulté récurrente de gestion des conflits d'intérêts réside, comme l'a montré l'affaire Barroso, dans le contrôle de la situation ex post des personnes, cette dernière pouvant révéler des conflits d'intérêts antérieurs non détectés, notamment de nature à jeter le discrédit sur l'institution concernée.

Dans ce contexte, il est nécessaire d'instaurer une vigilance relative à la situation de personnes ayant quitté certaines fonctions, après un certain délai, par exemple deux ans. Il s'agirait, en quelque sorte, d'introduire en France une logique de la responsabilité au sens de l'accountability anglo-saxonne, c'est-

à-dire le fait d'inscrire dans les devoirs inhérents à une fonction ou à une mission le fait de rendre compte rétrospectivement des actes accomplis dans cette dernière. Du point de vue des intérêts contrôlés, ceux-ci seraient les mêmes que ceux contrôlés lors de la prise de fonction.

3) DES MODALITES DE SANCTION RENFORCEES EN CAS DE CONFLITS D'INTERETS INTENTIONNELS : LA PLACE DU DROIT PENAL

Proposition 16

Le droit français contient aujourd'hui nombre de dispositions qui permettent de sanctionner pénalement les conflits d'intérêts, dès lors que les comportements en la matière sont intentionnels, c'est-à-dire que la situation est délibérément exploitée¹.

Cependant, au-delà des possibilités textuelles, très peu de sanctions sont effectivement prononcées.

Il faut favoriser la sanction pénale effective des comportements intentionnels vis-à-vis des situations de conflits d'intérêts, c'est-à-dire les situations dans lesquelles une personne a clairement choisi de contourner les règles précédentes, règles d'incompatibilité ou de régulation fine.

Pour cela, il peut être utile de donner à certaines structures collectives (associations, syndicats, ordres professionnels), un pouvoir élargi de saisine des juridictions pénales, sur le modèle classique de la saisine par des associations dans les différents domaines concernés. Tel est d'ores et déjà le cas, depuis la loi numéro 2013-1117 du 6 décembre 2013, en ce qui concerne la lutte contre la corruption.

Rappelons que la répression des conflits d'intérêts ne vise que les comportements intentionnels ; il n'est donc pas possible, et nous ne le préconisons pas, de sanctionner une personne du fait de sa situation objective de conflit d'intérêts, la répression étant limitée à la personne qui choisit de participer à un processus décisionnel prohibé en se trouvant en situation de conflit d'intérêts.

¹ La Cour de cassation interprète même l'infraction de prise illégale d'intérêts, qui permet de sanctionner nombre de conflits d'intérêts dans un cadre public, de manière particulièrement extensive, interprétation contre laquelle le Rapport Sauvé a d'ailleurs pris position, proposant une réduction de celle-ci. Rapport Sauvé, préc, 30-40, et pour une réaction pénaliste, J.-M. Brigant, « Affaires, conflits d'intérêts, probité... Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir », préc., n°6 et 13-14.

SOMMAIRE

1 - CONTEXTE ET ENJEUX

- 1.1 - Des évolutions sociales qui augmentent tendanciellement les hypothèses de conflits d'intérêts
 - A - L'interpénétration des sphères publiques et privées
 - B - L'évolution des missions des acteurs publics
- 1.2 - Une absence de culture de conflits d'intérêts
- 1.3 - Une attention croissante aux conflits d'intérêts
- 1.4 - Une crise de confiance dans les institutions et dans la compétence

2 - CARACTERISTIQUES

- 2.1 - Eléments de complexité
 - A - « Relations d'agence
 - B - Ubiquité
 - C - Objectivité
 - D - Ambiguïté
- 2.2 - Une nécessaire subtilité de la gestion
- 2.3 - Trois exemples
 - A - Les experts en santé
 - B - Les banques
 - C - La haute fonction publique
 - D - Caractères transversaux

3 - REGULATION

- 3.1 - L'élimination a priori : les incompatibilités
 - A - Interdiction du cumul des mandats et de certaines fonctions
 - B - Séparation bancaire
- 3.2 - La vigilance : la régulation fine
 - A - L'information sur les liens : la transparence
 - B - Le développement d'une culture des conflits d'intérêts
 - C - L'organisation institutionnelle et les déontologues
 - D - Les contrôles des liens et la qualification des conflits
 - E - La limitation des cumuls d'emplois
 - F - Le soutien au contre-lobbying
 - G - La « démocratisation » ou l'ouverture des espaces décisionnels
 - H - La limitation des allers-retours (*revolving doors*) et les délais de viduité
 - I - Le contrôle ex post
- 3.3 - Des modalités de sanction renforcées en cas de conflits d'intérêts intentionnels : la place du droit pénal
 - A - Fonctions du droit pénal
 - B - Comparaisons européennes
 - C - Propositions

La récente affaire Barroso² a, une nouvelle fois, mis au premier plan une de ces situations qui alimentent les soupçons de connivence, de collusion, voire de corruption dans les hautes sphères publiques et privées. Sentiment encore exacerbé par la concomitance avec les révélations sur le fait que l'ancienne commissaire à la Concurrence Neelie Kroes³ dirigeait une société offshore domiciliée aux Bahamas durant son mandat sous la seconde commission Barroso. Le fait que le Comité d'éthique européen n'ait, à part des admonestations moralisatrices, rien trouvé à redire au pantouflage en platine de l'ancien président de la Commission européenne ne peut contribuer à désarmer une défiance populaire qui a atteint un niveau critique, d'autant que les discours populistes viennent la conforter en faisant leurs délices de la dénonciation de « l'establishment ».

Cette défiance doit être prise au sérieux. Qu'on la trouve justifiée ou non, son ressenti est réel, voire s'étend, et ses effets sont dévastateurs sur la cohésion sociale, nourrissant un rejet des élites et une mise en doute de la démocratie.

Il faut y apporter des réponses. Or, nous considérons que :

- il y a une corrélation entre cette défiance (qui met en cause la démocratie) et le fait que la question des conflits d'intérêts dans la société contemporaine n'est pas correctement réglée. Les conflits d'intérêts contribuent à l'impression d'une corruption globale (car tout est, dans le langage commun, assimilé à de la corruption). La transparence accrue produit des effets paradoxaux, montrant bien qu'elle ne peut être une réponse à elle seule ;
- les réponses à apporter doivent être plus exigeantes pour les dirigeants – ceux réputés appartenir aux « élites » - même s'il est évident que des conflits d'intérêts peuvent exister à tous les niveaux hiérarchiques ;
- il faut en parler, faire des propositions, et que les citoyens se saisissent de la question, pas seulement pour la dénoncer. Contrairement aux discours selon lesquels parler des conflits d'intérêts alimenterait la défiance, et donc verserait de l'eau au moulin des discours les plus populistes, nous pensons que c'est parce que le traitement – ou non-traitement – des conflits d'intérêts nous entraîne aux frontières de la démocratie qu'il faut y réfléchir. C'est comme tels que nous les analysons, avec la conviction que le

² Le recrutement de M. Barroso par Goldman Sachs - annoncé le 8 juillet 2016 - au poste de conseiller et président non exécutif de Goldman Sachs International, le groupe qui gère les opérations britanniques et européennes de la banque, a suscité une vague d'indignation. Son embauche, qui intervient au moment où la banque doit se préparer au Brexit et où des négociations vont se nouer avec l'Union européenne, notamment sur le sujet du « passeport européen » si crucial pour les établissements financiers, ne laisse guère de doute sur ses motivations. Il est clair que ce que Goldman Sachs « achète », c'est un « insider », son « carnet d'adresses », sa connaissance fine des rouages européens si complexes et de tous les leviers à activer dans la négociation.

³ Mme Kroes, commissaire chargée de l'agenda numérique de 2010 à 2014 et en charge de la Concurrence de 2004 à 2010, est devenue conseillère spéciale auprès de la *Bank of America Merrill Lynch* et membre du Conseil d'administration de l'*Open Data Institute*. Il est savoureux de noter que, lorsque Mme Kroes a rejoint la Commission en 2004, d'éventuels conflits d'intérêt avaient été évoqués du fait des 25 positions qu'elle occupait dans des entreprises à l'époque. Lors de son audition devant le Parlement Européen, elle s'était engagée « à ne pas retourner dans le secteur privé après la cessation de son mandat de Commissaire à la concurrence ».

rétablissement de la confiance indispensable à une démocratie en bon état nécessite une politique vigoureuse et claire en la matière.

Considérant les caractéristiques communes des différents conflits d'intérêts (transversalité, objectivité, originalité, normalité, inévitabilité), nous en avons adopté une définition transversale construite à partir des définitions habituellement utilisées dans l'ensemble des secteurs sociaux qui connaissent une régulation des conflits d'intérêts⁴, dans l'espace public comme dans l'espace privé : il s'agit de « situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas ou peut être soupçonnée de ne pas agir de manière loyale ou impartiale vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers ». Une autre définition, relativement proche, permet de définir le conflit d'intérêts, en faisant référence à la seule valeur de loyauté, « comme une situation d'interférence entre les intérêts confiés à une personne, en vertu d'un pouvoir qui lui a été délégué, d'une mission d'arbitre qui lui a été attribuée ou d'une fonction d'évaluation qui lui a été confiée, et un autre intérêt public ou privé, direct ou indirect, interférence de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice loyal de sa mission »⁵.

La tentation peut être grande de considérer chaque champ comme particulier, les conflits d'intérêts étant eux-mêmes empreints d'un particularisme qui empêcherait toute synthèse à leur propos. Il nous semble pourtant qu'il existe suffisamment de caractéristiques communes (et surtout une importante valeur de référence commune, la loyauté), qui permettent de comprendre et régler les situations de conflit. En outre, la gestion et la régulation des conflits peuvent varier autour de modalités-type, adaptées en fonction des particularités de chaque champ. Par exemple, l'analyse fait assez clairement apparaître que le secteur public est nécessairement beaucoup moins souple vis-à-vis des conflits d'intérêts que le secteur privé, qui admet les conflits d'intérêts à condition que l'information à leur propos soit réelle et potentiellement disciplinante, et que les conflits ne nuisent pas aux intérêts des acteurs concernés. Le secteur public, très attaché, quant à lui, non seulement au principe d'impartialité de son action, mais également au caractère insoupçonné de cette dernière, est par conséquent beaucoup plus réticent à passer outre des situations de conflit d'intérêts, quand bien même celles-ci ne seraient pas préjudiciables au fond, mais « seulement » en termes d'image⁶.

⁴ Notamment, en ce qui concerne les fonctionnaires, Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Rapport remis au Président de la République, janvier 2011 (dit Rapport Sauvé) ; en ce qui concerne la vie publique en général, Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*, Rapport remis au Président de la République, novembre 2012 (dit Rapport Jospin) ; en ce qui concerne la santé, M.-S. Ben Ammar (dir.), *Les conflits d'intérêts en santé*, Centre des publications universitaires, Tunis, 2012 ; D. Thouvenin et J. Moret-Bailly (dir.), *Les conflits d'intérêts à l'hôpital public*, Presses de l'EHESP, 2015 ; et dans une perspective transversale, J. Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts*, LGDJ-Lextenso, coll. Forum, 2014.

⁵ Pour la première définition, voir J. Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts, définir, gérer, sanctionner*, préc.) ; Pour la seconde, M. Mekki, « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », in Association Henri Capitant, *Les conflits d'intérêt*, Journées nationales, Lyon, Tome 17, Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, 2013, 3-30, n°2.

⁶ Les conflits d'intérêts sont définis, dans le champ public, depuis 2013, et après différentes réflexions doctrinales et institutionnelles, dans la loi relative à la transparence de la vie publique comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice

Les propositions que nous formulons tiennent compte :

1/ du contexte et des enjeux dans et à propos desquels la question se manifeste,

2/ des caractéristiques et de la complexité de la question,

3/ de la nécessité de nuancer les réponses en fonction de la nature, l'ampleur et l'acceptabilité des risques que la réalisation des conflits fait courir et des caractéristiques propres des secteurs concernés.

Les risques que l'on vise ici sont de nature économique (coûts), sociale (infractions), réputationnelle (institutions, autorité), éthique.

Ainsi, nous proposons :

- de renforcer les situations d'incompatibilité, c'est-à-dire de prévention radicale des conflits d'intérêts (par des interdictions) lorsque la potentialité même de tels conflits est inacceptable ;
- de compléter l'arsenal règlementaire et éthique permettant de gérer les conflits d'intérêts et de prévenir leurs effets néfastes ;
- de rendre effective la répression pénale, non de ceux qui se trouvent objectivement en situation de conflit d'intérêts, mais de ceux choisissent subjectivement de se mettre ou de se maintenir dans de telles situations.

indépendant, impartial et objectif d'une fonction » (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, article 2). La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, article 2, créant un article 25 bis I alinéa 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui dispose : « au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ».

1 - CONTEXTE ET ENJEUX

Le vocable de conflit d'intérêts apparaît aux États-Unis à la fin du XIXe siècle à propos des relations « fiduciaires », dans lesquelles une personne remet des intérêts patrimoniaux entre les mains d'un tiers. Étendue depuis à nombre d'autres situations, de plus en plus présente dans le droit des affaires et la gouvernance d'entreprise depuis un demi-siècle, la notion fait également l'objet d'une reconnaissance internationale et européenne en ce qui concerne les institutions publiques depuis une vingtaine d'années, et d'une prise en compte de plus en plus systématique en France depuis une quinzaine d'années.

Notes comparatives⁷

C'est aux États-Unis que la réglementation des conflits d'intérêts est à la fois la plus ancienne et la plus développée⁸. La législation canadienne est également considérée comme un modèle⁹. En Europe, la Commission européenne a, dans les années 2000, missionné une vaste étude comparative concernant la sphère publique¹⁰, d'où il ressort que les plus récentes démocraties (Lituanie, Bulgarie, Roumanie, Pologne) ont des réglementations plus développées, inspirées par le système américain. Elles sont suivies par le Royaume-Uni, l'Espagne, tandis que des pays comme l'Autriche, le Danemark et la Suède ont les législations les moins développées. D'un point de vue institutionnel, les banques centrales et les gouvernements s'avèrent mieux encadrés que les parlements, qui restent, dans l'ensemble, sous-réglés. Enfin, concernant la séquence des réglementations, les règles les plus courantes et les mieux établies concernent l'exigence d'impartialité ou de loyauté, les incompatibilités et la transparence des situations financières. En revanche, les règles en matière d'emplois successifs d'une même personne restent, semble-t-il, sous-développées.

Dans ce contexte général, la France apparaît comme un pays dont la législation était à la fois sous-développée et démodée. Un certain nombre de changements récents sont venus tempérer cet exceptionnalisme¹¹. L'arsenal législatif, longtemps centré sur la seule répression, s'est enrichi de dispositifs de prévention. Mais cette lente évolution témoigne d'une sociologie tardivement réceptive à la question. Manifestement, et c'est une des raisons du présent rapport, il manque encore en France une culture des conflits d'intérêts et, a fortiori, une stratégie globale de lutte.

⁷ A. Peters, L. Handschin (eds.), *Conflict of interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2012.

⁸ *Honest Leadership and Open Government Act* of 14 September 2007.

⁹ *Conflict of Interest Act, Statutes of Canada 2006*, Chapter 9, section 2 (modifié en 2011).

¹⁰ C. Demmke, M. Bovens, T. Henökland, K. van Lierop, T. Moilanen, G. Pikker, A. Salminen, *Regulating Conflicts of Interest for Holders of Public Office in the European Union. A Comparative Study of the Rules and Standards of Professional Ethics for the Holders of Public Office in the EU-27 and EU Institutions*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2007.

¹¹ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 2011.

Ainsi, la question n'a rien de nouveau. Il suffit d'ailleurs de rappeler que l'ENA fut créée en 1945 notamment pour lutter contre le népotisme (qui est par nature une situation de conflit d'intérêts). On peut encore mentionner l'exemple, cité lors de l'une de nos auditions, de Henry Chéron (1867 - 1936), ministre de la Guerre et maire de Lisieux, qui se déporta lors du débat d'une loi concernant les marchés de chevaux, car il était élu d'un département de bocage. Le phénomène est également connu de longue date dans la sphère bancaire. De fait, après la crise de 1929, les choix du régulateur – en particulier aux Etats Unis - avaient été largement guidés par la volonté de mettre fin de manière structurelle aux conflits d'intérêts dans la banque universelle, interprétés comme l'une des causes majeures des dérives de la finance dans les années 1920.

Des parallèles frappants peuvent être établis entre des situations anciennes et contemporaines.

Un parallèle apparaît entre les dérives observées avant la crise de 1929, leurs racines, leurs conséquences en termes de stabilité financière, et les phénomènes similaires observés depuis les années 1990-2000. Le *Geneva Report on the World Economy* de 2004, dédié aux conflits d'intérêts dans l'industrie des services financiers¹², dont la thématique avait été choisie à l'aune des scandales à répétition (Enron, Arthur Andersen, Worldcom, Tyco industry, Vivendi...) liés à la financiarisation de la gouvernance des entreprises, rappelle ainsi que : « quand le marché s'est effondré, les actionnaires se sont sentis trahis par les banquiers ou, comme certains observateurs les qualifièrent, par les « *banksters* » qui leur avaient vendu des actions et des titres qui maintenant avaient perdu toute valeur ou presque. Les promoteurs les plus agressifs de ces titres avaient été les banques universelles nouvellement créées. Leur capacité à transférer l'intermédiation d'une partie de la banque à une autre offrait de considérables synergies mais aussi un potentiel d'exploitation des conflits d'intérêts »¹³. Il suffit de remplacer les termes « actions et titres » par « CDO ou autres produits de la finance structurée » pour que ce constat puisse sans changer une virgule s'appliquer à la crise de 2007–08... Pourtant la réponse des décideurs politiques à ces deux périodes a été très différente tant aux Etats-Unis que dans le reste du monde. Comme le soulignent les auteurs du *Geneva Report* : « L'exploitation des conflits d'intérêts par les banquiers fait partie intégrante de la légende populaire sur les excès de cette période. La réponse du Congrès fut le *Glass Steagall Act*, qui sépara complètement la banque d'investissement de la banque commerciale ».

Aujourd'hui, les réponses réglementaires ne sont pas structurées à l'aune de la résolution des conflits d'intérêts qui sont même un point aveugle des débats contemporains sur les options à retenir pour maîtriser les dangers pour la collectivité des banques systémiques. Mise à part

¹² Geneva Report on the world Economy 5, 2004, *Conflicts of Interest in the Financial Services Industry: what Should We Do about Them?*, accessible à : http://cepr.org/sites/default/files/geneva_reports/GenevaP163.pdf

¹³ Id., p. 1.

l'interdiction du *trading* pour compte propre, ce sont les surcharges en capital et les mécanismes de résolution incluant les principes de *bail in*¹⁴ (TLAC / MREL)¹⁵ qui sont les mesures essentielles mises en avant pour traiter la question des banques systémiques.

Mais, les mêmes causes produisant les mêmes effets, le rejet populaire qui touche la sphère financière présente une étrange parenté avec celui qui s'est développé aux Etats Unis dans les années 1930. Et ce rejet ne concerne pas que la sphère financière. Il est bien plus ample. Faillites, scandales politiques, crise financière globale, biais des avis d'experts dont on dépend pourtant de plus en plus, sont aisément imputés à des conflits d'intérêts des décideurs en cause. Aucune étude empirique probante ne démontre une augmentation du phénomène et de ses conséquences délétères, mais un certain nombre de facteurs les rendent plausibles et peuvent dès lors expliquer la sensibilité du sujet des conflits d'intérêts. Il est chargé émotionnellement, et, comme on le verra, il l'est aussi normativement.

1.1 - DES EVOLUTIONS SOCIALES QUI AUGMENTENT TENDANCIELLEMENT LES HYPOTHESES DE CONFLITS D'INTERETS

Il ne s'agit pas ici de faire un diagnostic exhaustif mais d'indiquer différents facteurs mobilisés dans l'analyse pour formuler nos propositions.

A - L'interpénétration des sphères publiques et privées

Nos sociétés se caractérisent par un accroissement de la complexité. Le développement des interconnexions et interdépendances, de la taille des organisations et de la concentration du pouvoir s'accompagne d'une division croissante du travail, d'une plus grande spécialisation et du besoin d'un haut niveau d'expertise. Deux faces d'un même phénomène : porosité croissante entre des cloisonnements eux-mêmes croissants. On parle aussi de *multipositionnalité* des acteurs.

Il existe diverses sphères d'action qui s'entremêlent parfois et ont à faire les unes avec les autres même si elles génèrent des intérêts divergents. Le phénomène est par exemple connu dans le monde de la santé dans lequel un médecin peut être Professeur des Universités / praticien hospitalier, tout en développant une activité libérale à l'hôpital et en étant désigné comme expert par une agence publique, par exemple la Haute autorité de santé (HAS) ou l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM). D'un point de vue historique, ce phénomène s'est fortement accru avec la privatisation de nombreuses fonctions qui étaient auparavant publiques. Indépendamment du changement de mentalité et de perception, l'acuité

¹⁴ Les instruments de *bail in* sont des instruments financiers de renflouement interne. Il s'agit d'un type de titre de dette qui peut être converti en action ou décoté en cas de sous-capitalisation patente de la banque. Ces dispositifs sont censés réduire l'engagement potentiel des fonds publics dans le renflouement des banques (*bail out*).

¹⁵ Le cas des banques italiennes montre même que le principe du *bail in* peut exacerber les conflits d'intérêt entre la banque et ses clients quand ceux-ci sont incités à investir dans des titres potentiellement soumis au *bail in*.

contemporaine du problème plonge donc aussi ses racines dans le triomphe des thèses néolibérales à partir des années 1980.

Cela conduit à la création de positions à l'intersection de ces différentes sphères (tant au niveau national qu'international – y compris européen), que ce soit d'un point de vue diachronique ou synchronique. Les exemples sont ici connus, notamment dans l'hypothèse des *revolving doors*, une personne bénéficiant de compétences particulières pouvant opérer des allers-retours entre les secteurs publics et privés. Ceci semble particulièrement développé dans les domaines de la banque et de la finance avec, pour le côté public de la médaille, les ministères du budget ou des finances, et principalement la direction du Trésor. Mais de multiples exemples peuvent être trouvés, quels que soient les secteurs sociaux et sphères administratives. Les détenteurs de ces intérêts multiples non seulement ont des intérêts dans chacune des sphères concernées mais également des opportunités d'action venant notamment de la possibilité d'utiliser dans une des sphères les ressources acquises dans une autre (ne serait-ce que grâce à une asymétrie d'informations). Au passage, on aperçoit également l'intérêt de ces positions et ce qui fait leur valeur. Leurs détenteurs ont plus de ressources (carnet d'adresses, réseau de personnes d'influence, appartenance à des clubs divers, réseau d'experts, connaissances des rouages de la haute administration, etc.) que la moyenne, une perception plus différenciée des problèmes et un répertoire d'actions plus riche. Il n'est donc pas étonnant que les intersections entre sphères soient perçues comme des lieux de pouvoir et attirent ceux qui aspirent à l'exercer. La contrepartie est évidemment la tentation d'utiliser ces ressources et capacités pour leur propre intérêt ou dans un but autre que celui qu'ils sont censés servir dans chacune des positions considérées.

Même sans aller jusque-là, il est clair que la tendance de nos sociétés à clarifier les frontières entre diverses fonctions ou disciplines, que ce soit pour renforcer l'excellence via la spécialisation, pour clarifier les responsabilités, ou pour accroître l'indépendance des jugements ou des opinions expertes, produit des effets ambivalents. La fragmentation de sphères d'action qui doivent néanmoins continuer de communiquer expose au doute ceux qui agissent à leurs intersections. Les exemples sont légion, allant du préfet qui utilise sa position et son accès à l'administration centrale pour accroître son influence dans le département en se faisant le porte-parole plus ou moins explicite de ses intérêts, au policier qui utilise des informateurs, dont il tolère des écarts à la loi, en passant par l'agence de régulation qui a besoin d'employés, ou d'experts, qui connaissent bien le secteur régulé et qui, bien souvent, en viennent, et partagent avec ceux qu'ils régulent désormais le même cadre cognitif, ce qui favorise le phénomène de capture. Ce dernier est défini par la théorie économique comme une situation dans laquelle une institution, en particulier le régulateur, est influencé par un tiers (la culture ou la mentalité de la sphère qu'il doit contrôler ou réguler, notamment) et perd ainsi son indépendance de jugement et de décision. Le cas extrême de la capture est la corruption qui relève alors du droit pénal. Cependant, quand la capture est cognitive et sociologique, paradoxalement elle est finalement plus problématique, plus insidieuse et plus compliquée à déceler. Dans de tels cas, le soupçon de connivence alimente la défiance vis à vis des autorités régulatrices.

Notre société permet, voire encourage, des trajectoires professionnelles diversifiées aux individus, qui peuvent parfaitement, et plus souvent que par le passé, changer d'emploi, de secteur d'activité ou de statut. La réalité est telle qu'elle est assortie de vocables spécifiques, par exemple celui de « pantouflage » lorsqu'un fonctionnaire décide, pour un temps déterminé ou définitivement, de rejoindre le secteur privé. Il en est de même, à l'inverse, d'acteurs du secteur privé qui peuvent rejoindre un cabinet ministériel ou une autorité administrative indépendante chargée du contrôle d'un secteur social dans lequel ils sont compétents. Ajoutons à cela l'exemple des experts, ponctuellement sollicités en raison de leurs compétences, mais qui sont, bien évidemment, pris dans les liens de leur activité principale ; ainsi une autorité sanitaire ou économique pourra, par exemple, solliciter un expert pour une mission d'évaluation ou d'analyse, alors même que celui-ci est salarié d'un des acteurs du secteur en cause. La demande d'expertise de plus en plus pointue conduit à la création de réseaux d'initiés et favorise le phénomène des portes tournantes (*revolving doors*), avec une mobilité accrue entre le secteur public et le secteur privé, et le passage rapide d'un « client » à l'autre¹⁶. Cette configuration débouche assez logiquement sur une multiplication des hypothèses de conflits d'intérêts¹⁷.

Mais les choses ne s'arrêtent pas là. Le développement des communications facilite l'implication des personnes dans des cercles d'intérêts divers, la multiplication des réseaux et des loyautés, bien loin d'une perception hiérarchique et pyramidale de la société. Les conflits d'intérêts ne concernent donc pas seulement les trajectoires professionnelles. On comprend ainsi la banalité, presque la normalité, au moins potentielle, des conflits d'intérêts.

¹⁶ A titre illustratif, l'embauche en septembre 2014 par le *London Stock Exchange* en tant que Directrice non exécutive de l'ancienne eurodéputée Sharon Bowles, qui présidait jusqu'en mai de la même année la commission parlementaire des affaires économiques et financières, incite à s'interroger sur son impartialité au cours de son mandat, dans la mesure où elle a été amenée à s'occuper de lois cruciales pour les marchés financiers comme le règlement EMIR sur les produits dérivés ou la directive MIFID sur la réglementation des marchés financiers. Ce changement très rapide « d'intérêt » principal à défendre entache de suspicion ses nombreux rendez-vous avec des représentants du *London Stock Exchange* au cours de son mandat d'eurodéputée. Ce type d'exemple peut être multiplié à l'envi y compris en France. Ainsi, le cas de Benoît de la Chapelle Bizot, actuel Directeur général délégué de la Fédération bancaire française, est également emblématique. Il a commencé sa carrière dans les années 90 dans la sphère publique (Commission bancaire puis Direction générale du Trésor toujours sur des questions bancaires, conseiller du Président de l'AMF). A partir de 2010, il est Ministre-conseiller pour les affaires financières et monétaires de la Représentation permanente de la France auprès de l'Union Européenne et, à ce titre, a représenté la France sur des dossiers de réglementation financière et bancaire. Depuis 2014, il est membre du Comité de Direction et Directeur général délégué de la Fédération bancaire française. Ce passage rapide d'un poste d'influence sur les questions de réglementations bancaires et financières à un poste de Direction dans l'institution qui représente le lobby bancaire suscite nécessairement des interrogations quant à ce revirement rapide d'intérêt principal à défendre. Dans la santé, la nomination de J.-L. Harousseau à la tête de la Haute autorité de santé avait provoqué quelques remous en 2011 dans la mesure où, s'il ne détenait plus d'intérêt dans le secteur au jour de sa nomination, il ne s'était séparé de ses intérêts financiers que quelques jours avant cette dernière, alors que les experts devaient, à cette époque, déclarer leurs liens d'intérêt pour les trois années précédant leur entrée en fonction.

¹⁷ Bien évidemment rien ne prouve que les personnes concernées aient trahi l'intérêt qu'elles étaient censées servir, mais ces situations atteignent et altèrent la légitimité de leur position. La banalité et multiplication des cas de ce type font système et conduisent à un soupçon généralisé vis à vis des autorités publiques concernées.

B - L'évolution des missions des acteurs publics

Le nouveau management public qui conduit au développement de la décentralisation et à de nouvelles formes de relations avec le monde des affaires ou les organisations de la société civile ne rend que plus centrale et fondamentale l'impartialité de l'action administrative.

Au même propos, il est sans doute important d'ajouter que l'administration française vit avec une sorte de mantra de « l'intérêt général », comme s'il était possible d'identifier un bien public objectivement définissable et totalement indépendant des intérêts particuliers. Peut-être faudrait-il parler plus clairement de mise en balance d'intérêts divers qui ont nécessairement une influence et assumer cette dernière comme telle. Les tergiversations gouvernementales et les changements de position dans l'affaire de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes montrent bien que « l'intérêt général » n'est pas une donnée évidente.

1.2 - UNE ABSENCE DE CULTURE DES CONFLITS D'INTERETS

L'absence de culture des conflits d'intérêts est assez généralisée et a deux facettes. Elle concerne le public en général mais aussi ceux qui se trouvent en situation de conflits d'intérêts. Cette deuxième facette de l'absence de culture des conflits d'intérêts est révélée par la psychologie sociale. Nul ne peut avoir un intérêt sans le savoir mais toute personne peut mésestimer la mesure dans laquelle cet intérêt affecte son jugement. Les études de psychologie sociale montrent que toute personne a un biais, parfois qualifié d'optimiste, généralement inconscient, qui la conduit à surestimer sa capacité à décider de façon impartiale et corrélativement à ignorer le dommage qu'une décision prise en situation de conflit d'intérêts peut causer¹⁸. Qui n'a pas entendu énoncer par tel ou tel la prétention à décider en toute impartialité en dépit d'un conflit d'intérêts latent. Comme on y reviendra, cela signifie que la transparence ne saurait suffire à régler la question, notamment parce qu'elle n'élimine pas le biais optimiste. Celui-ci se prolonge d'ailleurs dans le fait, apparemment paradoxal, que les personnes potentiellement victimes d'un conflit d'intérêts, se méfient moins plutôt que plus si le conflit est révélé avant la décision, comme si l'information prévenait un éventuel dommage.

La première facette du manque de culture des conflits d'intérêts concerne le public dans son ensemble et transparait dans le fait que tout est amalgamé, conflits d'intérêts, corruption, etc. Or, ces différentes qualifications doivent être distinguées. Notamment, si la corruption, tout comme le trafic d'influence ou la prise illégale d'intérêts, constitue une infraction pénale volontaire, c'est-à-dire renvoyant à la volonté des individus de la commettre, les conflits d'intérêts résident, au contraire, dans les situations objectives, n'ayant que peu à voir avec l'honnêteté des acteurs concernés. Précisons : on peut se trouver en situation de conflit d'intérêts en étant parfaitement honnête ; ainsi, un juge peut être saisi par un membre de sa famille ; il se trouve alors en situation

¹⁸ Ce point fait l'objet d'une littérature abondante, depuis plus d'un quart de siècle, aux États-Unis, par exemple dans M. A. Rodwin, *Medicine, Money and morals. Physicians conflicts of interest*, Oxford University Press, 1993, chapitre 10 ; D.M. Cain, G. Loewenstein, et D.A. Moore, « The dirt on coming clean: Perverse effects of disclosing conflicts of interest », *The Journal of Legal Studies* 34, no. 1 (2005), 1-25.

de conflit d'intérêts et peut facilement résoudre cette difficulté en se déportant (sous la menace d'une récusation par la partie adverse s'il ne le fait). Le fait que le conflit d'intérêts désigne une situation objective ne signifie en outre nullement que la personne prise dans cette situation ne l'a pas fait volontairement et de manière malhonnête. Autrement dit, il existe des conflits d'intérêts dans lesquels l'honnêteté de la personne n'est pas en cause, d'autres dans lesquels elle l'est. Il est vrai qu'on peut déceler un certain continuum entre ces différentes situations, mais cela peut faire oublier qu'une personne en situation de conflit d'intérêts n'est pas nécessairement malhonnête et que, d'ailleurs, si elle l'est, son comportement se décline alors en une autre infraction comme le trafic d'influence ou la corruption. Le fait que tout puisse être lié ne signifie pas que tout peut être confondu. Or l'amalgame est courant et ne peut qu'accroître la défiance. En même temps, il est évident que le public a des réactions paradoxales puisque, s'il situe la classe politique très bas sur son échelle de confiance, on ne manque pour autant pas d'exemples d'hommes politiques réélus (parfois largement) alors même qu'ils avaient été condamnés pénalement pour prise illégale d'intérêts et/ou détournement de fonds publics et/ou corruption passive¹⁹.

Même si les choses évoluent, on est encore loin de la situation existant dans d'autres démocraties, notamment nordiques, où le simple usage à des fins privées d'une carte bancaire professionnelle par un responsable politique conduit ipso facto à sa démission. Certes, l'ex-patronne du Centre Pompidou et de l'Institut national de l'audiovisuel a été condamnée et sanctionnée pour avoir (largement) abusé de frais de taxi²⁰. Mais, comme l'a récemment rappelé la polémique autour de la femme de François Fillon²¹, il reste possible à un parlementaire français d'embaucher de façon discrétionnaire comme assistant un parent ou un conjoint dans le cadre de sa mission, en le rémunérant sur les fonds publics qui lui sont alloués, sans aucun contrôle sur la réalité du travail accompli, la seule limite étant un plafonnement de la rémunération. Comme nous l'indiquons plus loin, non seulement cela ne devrait plus pouvoir se produire, tant les conséquences en sont symboliquement désastreuses, mais cela devrait aussi être évident pour tout le monde, élus comme citoyens.

1.3 - UNE ATTENTION CROISSANTE AUX CONFLITS D'INTERETS

Il existe à l'évidence une demande de davantage de transparence et de responsabilité, dans laquelle on peut voir un développement de l'esprit démocratique²² mais qui contribue également à une culture du soupçon. Cette demande conduit à, tout autant qu'elle est alimentée par, la création d'organisations dont l'activité consiste, au moins en partie, à dévoiler ou dénoncer

¹⁹ Jacques Mellick, Gaston Floss, Pierre Bédier, Jean Tiberi, etc.

²⁰ *Le Monde* 11 avril 2016.

²¹ Dont on peut rapprocher le recrutement par un parlementaire d'un membre de sa famille, notamment son épouse, comme attaché parlementaire. V. *Le Monde* 24 janvier 2017, « La femme de François Fillon a perçu 500 000 euros comme attachée parlementaire ».

²² E. Friedberg, « Conflict of interest from the perspective of the sociology of organised action », in A. Peters, L. Handschin (eds.), *Conflict of interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2012, p. 47.

publiquement les situations de conflits d'intérêts. Tel est notamment le cas, dans le domaine de la santé, d'une association comme *Formindep*, militant pour une formation professionnelle médicale indépendante des producteurs de produits de santé, qui est à l'origine d'un important arrêt ayant fait évoluer la jurisprudence en matière de conflit d'intérêts. On pourrait également ajouter dans d'autres champs, l'action d'ONG comme *Transparency International*, *Judicial Watch* aux Etats-Unis, ou *Corporate Europe Observatory* à Bruxelles. Les dénonciations et mises en garde multiples relatives aux conflits d'intérêt émises par ces ONG sont, de manière récurrente, relayées par la presse attestant sans doute d'un intérêt du public et le suscitant. Ces organisations font profession de la dénonciation, voire de l'accusation, et constituent en ce sens une des figures de la défiance. Elles évoluent donc sur une ligne de crête étroite. Leur action est indispensable comme l'a montré le rôle de *Finance Watch*²³ (d'ailleurs soutenu par la Commission européenne) qui a contribué sur des sujets très techniques à mettre en exergue les pathologies de la finance débridée, les failles dans les réglementations financières et dans les législations en gestation susceptibles de créer un terrain propice à une nouvelle crise financière. Ce contre-lobbying technique est essentiel à une démocratie vivante dans laquelle les intérêts de la société doivent être représentés face à la puissance des lobbys économiquement et socialement – voire politiquement – les plus importants mais le risque est évidemment d'entretenir un sentiment de généralisation, voire par un « effet loupe », d'omniprésence des conflits d'intérêt. Et ce n'est pas parce que ces organisations sensibilisent au conflit d'intérêts que ce dernier se trouve véritablement pris en compte par des décideurs ou des instances.

1.4 - UNE CRISE DE CONFIANCE DANS LES INSTITUTIONS ET DANS LA COMPETENCE

La confiance dans les institutions diminue, avec non seulement une tendance croissante à douter que la répartition des pouvoirs et leur contrôle mutuel empêchent leur exploitation opportuniste, mais aussi à percevoir toute possibilité d'action discrétionnaire comme exposée aux conflits d'intérêts. Cette tendance à la suspicion, développée notamment à partir des années 60, conduit à voir dans l'esprit de corps ou toute éthique professionnelle revendiquée le masque d'une action en réalité intéressée, pouvant d'ailleurs ainsi contribuer à transformer cet esprit de corps en démarche utilitaire. L'utilité est suffisamment avérée pour que certaines positions deviennent des enjeux, parce qu'elles sont des marchepieds, et que leur détention soit comprise comme le moyen d'accéder à l'élite ou d'y rester (ce qui contribue à sa reproduction systémique). Parmi les interrogations actuelles, figure celle de savoir si l'on n'a pas remplacé l'aristocratie formelle par une aristocratie de réseaux.

Qui ne connaît pas la promotion Voltaire d'où sont issus, outre le président de la République lui-même, la ministre de l'environnement Ségolène Royal, celui des finances Michel Sapin ou les deux secrétaires généraux de l'Elysée qui se sont succédé depuis 2012, Pierre-René Lemas et

²³ En toute transparence, nous signalons au lecteur qu'une des co-auteurs de cette note est membre qualifiée de *Finance Watch*, ce qui n'implique aucun lien financier, les membres qualifiés n'étant pas rémunérés (ils paient au contraire leur cotisation). Les membres qualifiés participent à l'élaboration des positions de *Finance Watch* mais n'ont pas le droit de s'exprimer au nom de l'organisation.

Jean-Pierre Jouyet ? Elle devrait être bientôt rattrapée en notoriété par la promotion « Senghor », à laquelle appartiennent le secrétaire général adjoint de l'Elysée (Boris Vallaud), le conseiller communication du président (Gaspard Gantzer), un banquier d'affaires proche de Nicolas Sarkozy (Sébastien Proto), un député (le Républicain Julien Aubert), ainsi que l'ancien ministre de l'économie Emmanuel Macron.

Moins connue du grand public, mais peut-être encore plus problématique, est la situation du Conseil d'Etat au sein de l'architecture institutionnelle et fonctionnelle de l'Etat. Le simple cumul, par le même organe, de la fonction de conseiller le gouvernement et de juger l'administration inscrit le conflit d'intérêts dans la structure même d'une des plus hautes institutions de l'Etat. Bien sûr avance-t-on l'argument de la « muraille de Chine », séparation étanche entre les deux fonctions et ceux qui les accomplissent, qui permettrait d'éviter une quelconque influence de la première sur la seconde. Mais c'est bien sûr oublier que les membres passent au cours de leur carrière d'une fonction à l'autre (et fréquentent les mêmes couloirs). Et, surtout, s'y ajoute le fait que le Conseil d'Etat est un vivier très privilégié pour le choix de membres ou directeurs de cabinets ministériels ou encore de directeurs d'administration centrale, avec une fréquence d'allers-retours particulièrement élevée et quasiment inscrite dans une carrière qui se respecte. Et l'on ne parle même pas des pantouflages²⁴ par exemple dans des cabinets d'avocats²⁵. Cette dernière situation se retrouve dans d'autres « grands corps de l'Etat », issus de l'ENA ou de Polytechnique, de l'Ecole des Mines, etc.

Si la question n'est pas spécifiquement française, il existe un aspect particulier lié à la structure et aux modes de reproduction des élites françaises (concentration géographique massive, rôle de l'Etat et de ses « grands corps », inégalités scolaires marquées...)²⁶. Ajoutons que la tolérance à l'égard des conflits d'intérêts dans la sphère publique conduit à affaiblir l'adhésion des agents publics, et du grand public en général, à l'idéal d'impartialité de l'action publique.

Plus largement, cela va de pair avec une forme de désacralisation de l'autorité et, de façon plus générale, de la compétence. L'exemple-type est la relation au médecin. Chacun a accès à davantage d'information via Internet (où on peut même noter les médecins, sur le même modèle qu'un voyage !), peut rechercher une pluralité d'avis, discuter un avis qui ne l'était pas il y a une ou deux décennies. L'évaluation s'est développée tous azimuts, avec son apport positif de responsabilisation et d'amélioration des situations et processus avec l'aide d'un regard extérieur, mais aussi son apport négatif de la critique à tout prix (posant au passage la question de savoir qui évalue les évaluateurs).

²⁴ Le pantouflage désigne habituellement le fait, pour un fonctionnaire, de quitter l'administration pour le secteur privé, l'idée implicite résidant dans le fait de « valoriser » sa connaissance des pratiques administratives.

²⁵ Voir A. Vauchez, *Espaces politico-administratifs et barreau de Paris. Sociologie d'un espace-frontière*, rapport pour la Mission de recherche Droit et justice, 2016, 120 p. Note de synthèse à : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/espaces-politico-administratifs-et-barreau-de-paris-sociologie-dun-espace-frontiere/>

²⁶ V. « Elites françaises : enquête sur un monde clos », *Le Monde*, 5 janvier 2017.

Pourtant, il faut souligner avec force que les discours populistes, qui font leur miel de la dénonciation de « l'establishment » et de ses connivences, ne portent aucune réelle volonté de changement, bien au contraire. Il suffit de mentionner le soupçon que Donald Trump ait profité de ses premières rencontres avec des gouvernants étrangers pour faire avancer ses projets immobiliers internationaux²⁷ ou le fait que la Maire de Rome, issue du mouvement Cinq Etoiles, ait été dès le début de son mandat embourbé dans une affaire de nomination comme responsable de l'environnement d'une personne prise dans un conflit d'intérêts évident mais qu'elle défend au nom de ... la présomption d'innocence²⁸.

Au regard du contexte dans lequel s'inscrit notre rapport, la problématique des conflits d'intérêts constitue une clé d'entrée parmi d'autres dans la compréhension et la refondation de la vie démocratique. Il s'agit ainsi de dire que le conflit d'intérêts est une hypothèse limite, une frontière qui doit être tracée, entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas, ainsi que de se doter des outils nécessaires pour que cette frontière soit véritablement gardée. Notre démarche est dès lors foucauldienne, au sens où nous partons de la marge pour tenir un discours sur le centre. A travers ce discours sur les conflits d'intérêts, ou à partir de lui, on en vient à repenser les fondements de toutes les relations sociales, et à vérifier si la hiérarchisation des intérêts se fait bien dans le sens requis par les valeurs fondamentales identifiées. Le conflit d'intérêts n'est alors plus conçu comme un élément nocif par essence, mais comme une situation qui doit être gérée, avec des outils permettant de repenser nos relations sociales.

Ce contexte montre que le phénomène des conflits d'intérêt se diffuse largement, et est à la fois général et potentiel. Général parce qu'il est structurellement omniprésent. En ce sens, il fait partie d'une nouvelle forme de normalité. Potentiel parce qu'il ne se réalise pas automatiquement. Il faut un passage à l'acte. En d'autres termes, lutter contre les conflits d'intérêts ne peut signifier éliminer systématiquement toutes les situations qui les engendrent mais éviter que les personnes placées en situation de conflit d'intérêts ne les exploitent. Les conflits d'intérêts doivent alors, et bien évidemment, être réglés, régulés, gérés, neutralisés, afin d'éviter que l'action de l'institution qui a recours à la personne en situation de conflit ne soit dévoyée, mais aussi pour protéger cette personne elle-même, et protéger l'argent public d'éventuels détournements. Ceci est d'autant plus nécessaire, à nos yeux, que, si certains acteurs sociaux sont bien armés pour faire face aux conflits d'intérêts et peuvent donc les accepter en connaissance de cause, bien des personnes n'ont pas ces compétences et doivent donc être protégées.

²⁷ *Le Monde*, 22 novembre 2016 et *Une de Libération*, 12 décembre 2016.

²⁸ *Le Monde* 29 novembre 2016.

2 - CARACTERISTIQUES

Tout serait simple si comme le prétend l'adage : « Nul ne peut servir deux maîtres »²⁹. Mais il semble loin d'une réalité sociale dans laquelle bien des individus sont le siège de plusieurs intérêts ou sont dans une situation sur laquelle convergent plusieurs intérêts qui peuvent, selon les moments et les circonstances, entrer en conflit (multipositionnalité). La question sous-jacente est de savoir auquel de ces intérêts priorité va et doit être donnée.

2.1 - ELEMENTS DE COMPLEXITE

Le concept de conflit d'intérêts ne recouvre pas toute situation où un décideur est amené à arbitrer entre des intérêts qui s'opposent (ce qui est l'ordinaire de bien des décisions et de toute réglementation) mais concerne les cas où le conflit entre intérêts est intra-personnel ou intra-institutionnel, c'est-à-dire interne à l'auteur de la décision.

De manière générique, il y a conflit d'intérêts lorsqu'un intérêt d'une personne interfère avec l'exercice approprié de la mission/tâche qu'elle doit accomplir au nom d'une autre personne. C'est une situation et non une action, mais qui crée un risque anormal de décision erronée. Il faut donc qu'existe une obligation de défendre activement l'intérêt d'un autre que soi. Il peut s'agir de la décision d'un juge, d'une administration, de dirigeants d'une société, d'un médecin, etc. Il faut bien sûr distinguer entre liens d'intérêts et conflits d'intérêts. Ce n'est pas parce qu'une personne a des liens qu'elle est en situation de conflit, tant qu'elle n'est pas en position d'exploiter ces liens ou de se laisser influencer par eux dans ses fonctions.

Enfin, les intérêts qui entrent en conflit ne sont pas nécessairement l'un public, l'autre privé, comme le considèrent certaines définitions légales, trop restrictives à notre avis. Ils peuvent être tous publics - comme dans la définition donnée par les lois de 2013 relative à la transparence de la vie publique³⁰ et de 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires³¹, ou comme l'illustre le cumul des mandats politiques - ou tous privés, comme l'illustre la situation de la banque universelle. En toute hypothèse, même lorsque les intérêts directement en conflit semblent exclusivement privés, il peut exister une forte dimension d'intérêt public. Ainsi, en est-il du pouvoir de création monétaire dont bénéficient les banques de détail et qui est nécessairement affecté par les activités des banques universelles.

²⁹ L'énoncé biblique (Matthieu, VI, 24) « Nul ne peut servir deux maîtres : ou bien il haïra l'un et aimera l'autre, ou bien il s'attachera à l'un et ne tiendra aucun compte de l'autre » est depuis bien longtemps un adage détaché de toute connotation religieuse.

³⁰ « Toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction », Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, article 2.

³¹ « Au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions », Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, article 2.

Intérêt public/intérêts privés dans la banque

Les banques sont des intermédiaires financiers tout à fait spécifiques puisqu'au cœur du système de paiement dont le caractère vital pour le bon fonctionnement des échanges en fait une sorte de bien public. La dualité des banques se situe bien là : entreprises privées visant légitimement la profitabilité, elles sont également les acteurs essentiels de l'infrastructure majeure de toute économie marchande décentralisée – le système de paiement - et, à ce titre, exercent une fonction collective. C'est en raison de cette dualité et de la délégation par la puissance publique d'un pouvoir d'ordre public, celui de la création monétaire, qu'il est légitime qu'une exigence déontologique forte prévale dans son exercice. La banque bénéficie d'un privilège d'ordre public, elle est autorisée – dès lors qu'elle respecte certains ratios prudentiels - à prêter de la monnaie qu'elle n'a pas dans ses comptes, c'est-à-dire à la créer à l'instant même du prêt. L'inter-convertibilité avec la monnaie centrale fait de la monnaie bancaire un parfait substitut de la monnaie banque centrale (plus de 80% de la masse monétaire en Europe est constitué de dépôts bancaires). Nos règlements par carte bancaire, chèque, TIP ou virement font circuler une monnaie scripturale bancaire (celle inscrite sur les comptes de dépôts des clients des banques) dont l'acceptabilité dépend de la seule confiance dans son interchangeabilité avec les pièces et billets émis par la BCE ou avec les autres banques. Mais cette interchangeabilité ne vaut que si la confiance dans la solidité des banques est absolue. C'est précisément pourquoi les dépôts sont garantis par un système d'assurance dépôts lui-même ultimement garanti par l'Etat³². C'est également pourquoi les banques bénéficient d'un accès direct à la liquidité d'urgence de la banque centrale et qu'elles sont renflouées par les Etats quand leur solvabilité est mise en cause et, qu'en raison de leur caractère systémique, elles ne peuvent être laissées faire faillite. Le privilège de création monétaire s'accompagne donc d'un ensemble de dispositifs de garantie publique qui fait que les banques ne peuvent être considérées comme des entreprises privées comme les autres.

Une exigence particulière en matière de conflits d'intérêts doit donc leur être appliquée. Exigence d'autant plus légitime que la recherche de profitabilité dans la banque a pour contrepartie des prises de risques qui, si elles sont excessives et conduisent à mettre en cause leur solvabilité, renforcent la probabilité d'une mise en risque des fonds publics.

Or, les pratiques mises à jour suite à la crise financière et la multiplication des scandales financiers impliquant des banques universelles peuvent s'interpréter comme une transgression du « contrat » de délégation du pouvoir de création monétaire qui ne s'accompagne plus d'exigences déontologiques suffisantes. La mise à jour des prises de risques excessives, des

³² Cette garantie ultime n'est pas théorique. Ainsi, lors de la crise des savings and loans aux Etats Unis, l'Assurance dépôts américaine (FDIC) s'est trouvée en situation d'insolvabilité et a été renflouée par le Trésor américain.

pratiques délictueuses, les sommes considérables ayant été mobilisées pour sauver les banques, mais aussi le déni de cet état de fait par le secteur bancaire, notamment français³³, alimentent une défiance de la société vis à vis des banques.

A - « Relations d'agence »

La question des conflits d'intérêts est couramment analysée grâce à la théorie de l'agence. Sans en faire un outil d'analyse exclusif, nous pensons que cette théorie a des vertus pédagogiques. La relation « principal-agent » désigne la situation dans laquelle l'agent (celui qui peut être le siège du conflit d'intérêts) a le pouvoir ou la capacité de prendre des décisions valides au nom d'une autre personne (le principal) et a, à son égard, un devoir fiduciaire ou, en termes simples, le devoir d'honorer la confiance que le principal a placée en lui. Ce devoir fiduciaire est souvent traduit dans l'obligation d'agir dans le meilleur intérêt du principal et dans un devoir de loyauté à son égard.

L'intérêt de l'agent (qui interfère avec celui du principal) peut être financier (profit) ou personnel (recherche d'avantages professionnels, faveur à des proches). Parmi les sources typiques des conflits d'intérêts se trouve :

- La détention simultanée (connue, donc pas interdite) de deux fonctions ou rôles par l'agent. Ainsi, du cas du professeur qui doit évaluer ses étudiants mais aussi en attirer suffisamment pour justifier le maintien de son cours, ou encore qui siège dans le jury de soutenance destiné à évaluer un travail qu'il a dirigé. Ainsi, du cas de l'employé de banque qui doit conseiller les clients concernant le placement de leur épargne mais doit aussi contribuer aux profits de la banque. Relèvent également de cette catégorie tous les cas de cumuls d'emplois (professeur de droit qui est également avocat ; Conseiller d'Etat qui est également conseiller d'un ordre professionnel ; expert qui est intervenu dans le processus d'expérimentation relatif à un produit de santé).
- L'appartenance à des groupes sociaux particuliers (famille, corps professionnel, promotion d'études, etc.), créant un intérêt que l'agent peut chercher à satisfaire au détriment de celui du principal.

En raison des asymétries d'informations (sélection adverse³⁴ et aléa moral³⁵) qui minent les

³³ A titre illustratif, dans sa campagne de presse de mars 2011, la Fédération Bancaire Française affirme que les Banques Françaises n'ont rien coûté aux contribuables, mieux elles ont rapporté de l'argent au Trésor Public. http://www.ca-cotesdarmor.fr/Vitrine/ObjCommun/Fic/CotesdArmor/CondGenBanque/Parlons_clair.pdf
Rien n'est dit sur le fait que la Société Générale a de facto été renflouée par le contribuable américain via le sauvetage d'AIG (12 Milliards de dollars), rien non plus sur les pertes de Dexia assumées par le contribuable français, estimées en mars 2013 par la Cour des comptes à 6,6 Milliards d'Euros de coûts directs et probablement bien plus du fait des emprunts toxiques aux collectivités locales génératrices potentiellement de défauts de paiements et de contentieux et de la vulnérabilité de l'extinction de Dexia à une remontée des taux d'intérêt, rien encore sur l'enveloppe de 40 Milliards d'Euros de prêts aux banques et sur les 320 Milliards d'euros de garanties publiques. Certes les prêts ont été remboursés avec les intérêts, d'où l'affirmation que l'Etat y a gagné, mais, sans eux et la garantie publique, le système bancaire français s'effondrait...

relations entre la banque et ses clients et actionnaires, la banque constitue depuis le début des années 1980 un champ d'application privilégié de l'économie de l'information de la part de la théorie de l'agence. La responsabilité fiduciaire, qui désigne une obligation de loyauté à l'égard d'une personne ou institution qui confie ses intérêts et se rend ainsi vulnérable, y revêt, parmi tous les secteurs économiques, une importance très spécifique. En raison de l'opacité, de la complexité, de la technicité des bilans bancaires et du nombre d'opérations financières, la responsabilité fiduciaire des banques est d'autant plus forte que les clients et investisseurs individuels n'ont pas l'expertise leur permettant d'évaluer la performance des services qui leurs sont proposés, ni de comprendre que les incitations de leur conseiller financier ou banquier peuvent être affectées par des intérêts pouvant les amener à trahir la relation de délégation en favorisant l'intérêt de la banque elle-même, de ses dirigeants ou celui d'un autre client. Les banques plus que les autres firmes doivent donc démontrer leur fiabilité et être dignes de la confiance que leur accordent leurs clients individus et firmes. Or, la crise financière globale et les révélations sur les pratiques « inappropriées » des banques ont créé une crise de confiance profonde entre le secteur bancaire et la société. En effet, nombre des dérives du secteur bancaire avant la crise peuvent s'analyser à travers le prisme des conflits d'intérêt qui altèrent les incitations des intermédiaires financiers, voire les pervertissent, créant un cadre propice à une véritable épidémie de scandales financiers. Scandales du Libor, de l'Euribor, du Forex, des produits structurés toxiques, fraude à grande échelle sur les prêts hypothécaires, filière organisée d'évasion fiscale pour leurs clients, etc. La liste semble extensible à l'envi. Cette accumulation de scandales, fraudes, délits multiples devrait faire masse et inciter à s'interroger sur le substrat qui crée les conditions du développement de ce que certains juristes n'hésitent pas à qualifier de phénomène massif de délinquance en col blanc³⁶. Pourtant, les économistes et les superviseurs semblent avoir largement déserté le terrain de la lutte contre les conflits d'intérêt en dépit de leurs incidences évidentes en termes de stabilité financière – avec les coûts budgétaires massifs induits - et

³⁴ La sélection adverse désigne un manque d'information – défaut de divulgation d'information privée - avant un achat (par exemple sur la qualité du bien ou du service) ou avant la signature d'un contrat (par exemple sur la solvabilité d'un débiteur), qui va induire une erreur de sélection et/ou une fixation de prix – taux d'intérêt - qui conduira à faire sortir du marché les biens ou services de meilleure qualité ou les emprunteurs les moins risqués.

³⁵ L'aléa moral ou hasard moral désigne une asymétrie d'information, mais postérieure à la signature du contrat et qui concerne le comportement de l'agent après la signature du contrat. Dans la relation principal-agent, l'agent peut prendre des décisions non observables par le principal mais qui peuvent nuire à son intérêt. A titre illustratif, nous pouvons parler d'aléa moral dans une situation où un débiteur obtiendrait un financement et, une fois les fonds à sa disposition, les destinerait à un emploi très risqué susceptible de réduire sa capacité à rembourser le prêteur. Il en va de même quand une banque systémique sait qu'elle bénéficie *de facto* du soutien de l'Etat et accroît en conséquence son exposition au risque et donc la probabilité que l'Etat ait à la renflouer ou la Banque Centrale à lui prêter de la liquidité d'urgence.

³⁶ En France, Jean-François Gayraud, que nous avons auditionné, a dénoncé dans plusieurs ouvrages ce biais systémique vers la délinquance financière caractérisant l'industrie financière contemporaine : *La grande Fraude*, Odile Jacob 2011, Le « *nouveau capitalisme criminel* », Odile Jacob, 2014 ; *L'art de la guerre financière*, Odile Jacob, 2016. Aux Etats-Unis, William Black développe des travaux sur la délinquance en col blanc (Black W., Une fraude presque parfaite, Edition Léopold Mayer, 2012). Les analyses de la délinquance en col blanc se sont développées, aux États-Unis, puis en France, à partir des années 1930, notamment sous l'impulsion de Sutherland. On peut se reporter, d'un point de vue général, à P. Lascoumes, Sociologie des élites délinquantes, Armand Colin, coll. U, 2014.

qui alimentent de surcroît la défiance de la société à l'égard des banques et de la finance.

Néanmoins, si, analysée dans le cadre de la théorie de l'agence, la situation où peut naître un conflit d'intérêts semble assez simple, elle pose bien sûr la question de savoir qui, dans la relation, est le « principal ». En outre, dans la réalité, il peut y avoir plus de deux intérêts en cause. C'est même assez fréquemment le cas. Ainsi, la banque universelle a-t-elle à voir avec les intérêts des clients (déposants, emprunteurs et investisseurs), avec ceux des actionnaires mais également avec l'intérêt plus global du financement de l'économie et de la stabilité financière. La recherche systématique d'un ROE (*Return On Equity*), élevé avant la crise, servait prioritairement les intérêts des actionnaires, mais la prise de risque excessive -révélatrice d'un accroissement de l'aléa moral lié à la garantie des Etats - qui en était la contrepartie nuisait potentiellement aux intérêts des clients de la banque³⁷ mais surtout à l'intérêt plus général dont la banque est pourtant comptable du fait de la délégation du pouvoir de création monétaire. En effet, doper le ROE passe par un accroissement du levier (fonctionnement de la banque avec plus de dette et moins de capital) qui fragilise les banques en cas de choc adverse et accroît la probabilité que le contribuable ait à soutenir les banques. Par ailleurs, mixer les activités de banque (dépôts et prêts) aux activités de marché – ce qui est dans l'intérêt des actionnaires - nuit également au financement car, comme l'ont montré les travaux de Boot et Ratnovski³⁸, les activités de *trading* ont tendance à évincer les activités de banque dans l'allocation du capital. En d'autres termes, comme l'a également souligné le Rapport Liikanen, les banques universelles grossissent et deviennent systémiques par leurs activités de *trading*. Cela signifie que la part relative des financements par crédits diminue à mesure que la taille des banques augmente. Ce diagnostic est corroboré par les travaux de l'OCDE sur la question³⁹.

Enfin, y compris dans la sphère des affaires privées, où une relation contractuelle permet normalement de répondre à la question, les choses deviennent complexes avec l'émergence de ce qu'on peut appeler des « parties intéressées », tierces à la relation contractuelle mais dont les intérêts peuvent être affectés par elle.

B - Ubiquité

Les conflits d'intérêts sont aujourd'hui présents dans tous les champs sociaux, public, privé, entreprises, professions, santé, finance... Il suffit, en effet, qu'une personne occupe plusieurs positions décisionnelles à la fois, ou qu'elle ait des liens d'intérêts dans le champ dans lequel elle intervient, pour que se pose la question de savoir lequel de ses intérêts elle sert réellement, ou,

³⁷ En cas de pertes non anticipées liées à des prises de risques excessives, la nécessité pour les banques de se recapitaliser pour respecter le ratio de capital réglementaire passe le plus souvent par un rationnement des financements octroyés c'est-à-dire par une réduction du dénominateur du ratio de capital plutôt que par un accroissement du numérateur (émission d'actions).

³⁸ A. Boot and L. Ratnovski (2016), "Banking and *Trading*", *Review of Finance*, published online January 27, 2016.

³⁹ Voir notamment les travaux de A. Blundell Wignall, P. Atkinson et C. Roulet, "Bank business model and the separation issue", *OECD journal financial market trend*, 2014.

en tout cas, pour adopter une mesure de prudence consistant à éviter qu'elle participe au processus décisionnel afin d'éviter tout soupçon quant aux motivations de sa décision.

La tentation peut cependant être grande de considérer chaque champ comme particulier, les conflits d'intérêts étant eux-mêmes empreints d'un particularisme empêchant toute synthèse à leur propos. Cela explique les controverses sur la définition du concept⁴⁰ et la tendance à faire varier cette définition selon les secteurs sociaux⁴¹⁻⁴². Il nous semble pourtant qu'il existe suffisamment de caractéristiques communes (transversalité, objectivité, originalité, normalité, inévitabilité des situations de conflit d'intérêts) et surtout une importante valeur de référence commune, la loyauté, qui permettent de comprendre et régler les situations de conflit. En outre, la gestion et la régulation des conflits peuvent varier autour de modalités-type, adaptées en fonction des particularités de chaque champ. Par exemple, l'analyse fait assez clairement apparaître que le secteur public est nécessairement beaucoup moins souple vis-à-vis des conflits d'intérêts que le secteur privé, qui admet les conflits d'intérêts à condition que l'information à leur propos soit réelle et potentiellement disciplinante, et que les conflits ne nuisent pas aux intérêts des acteurs concernés. Le secteur public, très attaché, quant à lui, non seulement au principe d'impartialité de son action, mais également au caractère insoupçonnable de cette dernière, est par conséquent beaucoup plus réticent à passer outre des situations de conflit d'intérêts, quand bien même celles-ci ne seraient pas préjudiciables au fond, mais « seulement » en termes d'image. C'est précisément le sentiment d'altération de cette norme d'exigence renforcée propre au secteur

⁴⁰ Notamment, en ce qui concerne les fonctionnaires, Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Rapport remis au Président de la République, janvier 2011 (dit Rapport Sauvé) ; en ce qui concerne la vie publique en général, Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*, Rapport remis au Président de la République, novembre 2012 (dit Rapport Jospin) ; en ce qui concerne la santé, M.-S. Ben Ammar (dir.), *Les conflits d'intérêts en santé*, Centre des publications universitaires, Tunis, 2012 ; D. Thouvenin et J. Moret-Bailly (dir.), *Les conflits d'intérêts à l'hôpital public*, Presses de l'EHESP, 2015 ; et dans une perspective transversale, J. Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts*, LGDJ-Lextenso, coll. Forum, 2014.

⁴¹ De manière transversale, c'est-à-dire concernant l'ensemble des secteurs sociaux qui connaissent une régulation des conflits d'intérêts, dans l'espace public ou dans l'espace privé, les conflits d'intérêts peuvent être définis comme des « situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas ou peut être soupçonnée de ne pas agir de manière loyale ou impartiale vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers » (J. Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts, définir, gérer, sanctionner*, préc.). Une autre définition, relativement proche, permet de définir le conflit d'intérêts, en faisant référence à la seule valeur de loyauté, « comme une situation d'interférence entre les intérêts confiés à une personne, en vertu d'un pouvoir qui lui a été délégué, d'une mission d'arbitre qui lui a été attribuée ou d'une fonction d'évaluation qui lui a été confiée, et un autre intérêt public ou privé, direct ou indirect, interférence de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice loyal de sa mission », M. Mekki, « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », in Association Henri Capitant, *Les conflits d'intérêt*, Journées nationales, Lyon, Tome 17, Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, 2013, 3-30, n°2.

⁴² Les conflits d'intérêts sont définis, dans le champ public, depuis 2013, et après différentes réflexions doctrinales et institutionnelles, dans la loi relative à la transparence de la vie publique comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction » (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, article 2). La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, article 2, créant un article 25 bis I alinéa 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui dispose : « au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ».

public qui explique l'ampleur des réactions suscitées par un certain nombre de nominations récentes à des postes clefs. Le discours répété sur la compétence sans équivalent (Best man in the best place) et la qualité de « grand commis de l'Etat » ou « grand serviteur de l'Etat », en dépit d'éventuels pantouflages, ne convainc plus.

C - Objectivité

Contrairement à une conception courante mais erronée, le conflit d'intérêts est une situation non pas subjective mais objective, en ce qu'on peut la qualifier à partir de la réunion d'un certain nombre de faits. On peut parfaitement être honnête, voire scrupuleux, se trouver en situation de conflit et, tout aussi honnêtement, informer les personnes concernées par la situation. Par exemple, et fort traditionnellement, un magistrat qui a un intérêt à une affaire, ou qui entretient des liens familiaux avec l'une des parties, doit choisir, de sa propre initiative, de se déporter ; s'il ne le fait, il pourra, si les conditions légales en sont remplies, être récusé. De la même manière, un expert parfaitement scrupuleux et d'une intégrité exemplaire pourra objectivement se trouver en situation de conflit d'intérêts s'il a antérieurement participé à une recherche sur un produit à propos duquel on lui demande une évaluation.

L'objectivité de la notion de conflit d'intérêts ne signifie cependant pas que toutes les personnes en situation de conflit seraient d'une honnêteté exemplaire : elles peuvent faire des choix qui constituent des violations de la morale sociale commune représentée par le droit pénal, qui relèvent alors d'autres catégories juridiques, telles le trafic d'influence, la corruption ou la prise illégale d'intérêts.

Enfin, la situation de conflit d'intérêts peut découler de la structure même dans laquelle la personne déploie son activité. Ainsi, la banque d'investissement sert deux types de clients – les émetteurs et les investisseurs - et les incitations à être loyale vis-à-vis de chacun sont contradictoires. Les investisseurs recherchent une information non biaisée sur laquelle fonder leurs choix d'investissement alors que, pour soutenir les activités de la banque à l'émission de titres sur les marchés primaires, le biais informationnel est plutôt en faveur de perspectives optimistes. En d'autres termes, l'incitation existe à distordre l'information dans un sens avantageant l'une des activités au détriment de l'autre en fonction notamment des revenus relatifs générés par ces deux activités.

A. Ambiguïté

A l'ubiquité et à l'objectivité des conflits d'intérêts, s'ajoute l'ambiguïté du phénomène, ou son ambivalence, le fait qu'il n'est pas systématiquement négatif ou néfaste. Cet autre facteur de complexité vient du fait que l'intérêt secondaire (celui de l'agent) n'est pas nécessairement induit ou ne l'est pas toujours, car les conflits d'intérêts dépendent souvent des circonstances particulières du cas. Ainsi, l'intérêt de l'agent à une promotion professionnelle ou à un gain financier ou, simplement, à un succès, peut le pousser à faire particulièrement bien son travail dans l'intérêt du principal. Mais il peut se retourner contre lui par exemple si les incitations financières sont telles qu'elles poussent à des décisions trop risquées (exemple de la banque).

De fait, les mécanismes de rémunération s'avèrent faire partie des facteurs les plus élevés de réalisation de conflits d'intérêts. Ainsi, les modalités de rémunération des cadres dirigeants et des traders dans la banque d'investissement et de financement, qui font la part belle au bonus (rémunération variable conditionnée par les résultats à court terme), créent clairement un terrain favorable à la concrétisation des conflits d'intérêts. Le scandale du LIBOR en est l'exemple type.

Le scandale du Libor sous le prisme des conflits d'intérêts

Le scandale dit du « Libor⁴³ » recoupe en fait plusieurs manipulations des taux interbancaires⁴⁴ : les taux britanniques (Libor) mais également européen (Euribor⁴⁵). Ces taux qui concernent une quinzaine de maturités, de 1 jour à 1 an, et une dizaine de monnaies, soit au total environ 150 taux interbancaires qui servent de référence sur tous les marchés financiers de la planète. Ils ont pu être manipulés entre 2005 et 2009 car ce ne sont pas des taux observables dans les transactions effectives sur les marchés mais des taux calculés à partir des déclarations d'un certain nombre de grandes banques.

Comment était déterminé le Libor et comment a-t-il pu être manipulé ?

Le Libor est le taux auquel les banques se prêtent mutuellement des fonds en blanc, c'est-à-dire sans garantie. C'est le taux de référence de plusieurs centaines de milliards de dollars de produits financiers et de millions de dollars de prêts hypothécaires résidentiels⁴⁶. C'est le plus important des taux interbancaires mondiaux. Il était établi quotidiennement par 16 banques parmi les plus grandes banques mondiales⁴⁷ (dont les trois banques françaises BNPP, Société générale et Crédit agricole SA mais aussi la Barclays, UBS, Royal Bank of Scotland, la Deutsche Bank, Lloyds, Rabobank, etc.). Le département de trésorerie de chaque banque, censé être indépendant des traders – conformément au principe des murailles de Chine – annonçait à 11h chaque jour son taux de refinancement, c'est-à-dire le taux auquel la banque prétendait se financer auprès d'autres banques. Les données étaient collectées par la British Bankers Association, qui faisait ensuite le calcul et publiait le taux en retirant les valeurs extrêmes en sorte de prévenir les éventuelles manipulations...

Compte tenu de l'effet de moyenne et de l'élimination des valeurs déclaratives extrêmes, pour qu'il y ait eu manipulation du Libor, il faut non seulement que les murailles de Chine internes aux banques entre traders et département de trésorerie aient sauté mais, au surplus, qu'il y ait eu une véritable entente – collusion - entre un nombre significatif de banques du panel présentant les mêmes caractéristiques, c'est-à-dire ayant les mêmes positions nettes. C'est pourquoi F. Morin qualifie ces manipulations de taux « d'ententes en bande organisée »⁴⁸.

⁴³ Acronyme de *London Interbank Offered Rate*.

⁴⁴ Un scandale du même type.

⁴⁵ Pour *Euro Interbank Offered Rate*.

⁴⁶ Prêt pour l'achat d'un bien immobilier dans lequel le bien acquis sert de garantie au prêt.

⁴⁷ 43 banques étaient impliquées dans la détermination de l'Euribor.

⁴⁸ François Morin, *L'hydre mondiale – l'oligopole bancaire*. Lux editeur, 2015.

Ces manipulations ont eu lieu entre 2005 et 2009 mais avec deux sous-périodes bien différenciées quant aux objectifs des manipulations.

De 2005 à 2007, elles visaient à doper les profits de *trading* de certaines banques du panel qui le déterminaient et, de 2007 à 2009, elles avaient pour but de masquer les problèmes de refinancement de certaines grandes banques impliquées dans la détermination du Libor et très fragilisées par la crise de liquidité aigüe à partir du mois d'août 2007.

De 2005 au déclenchement de la crise financière, la manipulation des taux interbancaires a permis aux traders de faire des profits indus en fonction de l'évolution du taux Libor (à la hausse ou à la baisse), et selon leur position acheteur ou vendeur de produits financiers. Sachant que la rémunération variable (bonus) des traders est directement conditionnée par leur performance à générer des profits sur les positions prises. Il n'est pas nécessaire d'être un expert pour comprendre les incitations perverses induites.

Quand la crise financière a éclaté, la manipulation du Libor visait à annoncer un taux plus bas que celui des concurrents car, dans le contexte de pénurie de liquidité qui prévalait alors, une banque qui reconnaissait qu'elle empruntait (plus) cher (que les autres) risquait d'être immédiatement soupçonnée de fragilité et donc de voir ses financements se tarir et se renchérir encore davantage. La motivation de cette seconde phase de manipulation était donc réputationnelle.

Le rapport de la FSA (*Financial Service Authority*) publié mi-2012 rapporte un échange de « bons procédés » entre un trader de la banque Bardays et une des personnes chargées de soumettre le taux à Reuters (qui compile les données), un « *submitter* », en date du 13 mars 2006⁴⁹.

Trader : Que penses-tu déclarer pour le Libor à trois mois ?

Submitter : Je suis sur 90 mais je vais déclarer 91.

Trader : Quand je prendrai ma retraite et écrirai un bouquin sur ce métier, ton nom sera écrit en lettres d'or.

Submitter : Je préférerais que tout cela n'apparaisse dans aucun livre !

L'impact considérable des manipulations

Le Libor et l'Euribor sont des indices de référence qui influencent directement la valeur d'instruments et de contrats financiers qui se basent sur eux. La manipulation de ces indices de référence, quelle qu'en soit la motivation, entraîne un transfert direct d'argent entre les parties contractantes qui, compte tenu des volumes en cause, est énorme. Il y a clairement conflit d'intérêts lorsque les contributeurs à la détermination du taux interbancaire sont des utilisateurs de celui-ci, ce qui est évidemment le cas des banques du panel de détermination

⁴⁹ Cité dans un article du *Monde* du 7 octobre 2015 intitulé « Pourquoi les traders ont manipulé le taux interbancaire Libor ».

du taux.

Le scandale de la manipulation du Libor a révélé un nœud de conflits d'intérêt puisqu'il s'agissait d'un petit groupe d'intérêts privés (les banques du panel) qui contrôlait un processus de fixation d'un indice de référence (benchmark) qui a un impact considérable sur la valorisation des produits financiers notamment dérivés, sur le système financier global, sur l'intégrité des marchés et donc sur l'intérêt général.

De plus, il se peut qu'on soit en présence de plusieurs risques, celui engendré par les conflits d'intérêts n'étant qu'un parmi d'autres, entre lesquels on peut avoir à arbitrer (exemple de la composition d'un organe dont la représentativité peut avoir pour prix la présence de personnes 'conflictées'). Dans cette perspective, on peut reformuler la question et se demander s'il y a des situations où l'on a intérêt à tolérer les conflits d'intérêts, pour bénéficier de l'expertise des personnes concernées (le compromis est-il parfois souhaitable ?). Tel est l'argument très connu à propos de l'expertise en santé relativement aux maladies rares. Par hypothèse, les experts de ces maladies sont aussi rares que ces dernières et en général pris dans des liens d'intérêts comme thérapeutes, chercheurs, expérimentateurs, voire détenteurs de brevets, sans compter des proximités subjectives (non critiquables en tant que telles) avec les associations de patients pouvant même les amener à des prises de position publiques à propos des politiques publiques relatives aux pathologies dont ils sont les spécialistes. Dans ce contexte, la charte de l'expertise sanitaire fait le choix de principe de permettre leur audition dans les processus décisionnels relatifs aux pathologies dont ils sont spécialistes, mais en évitant de les intégrer aux autorités décisionnelles elles-mêmes⁵⁰.

2.2 - NECESSAIRE SUBLILITE DE LA GESTION

Cette ambiguïté complique la tâche d'encadrement, en rendant difficile la conception de règles générales et uniformément valables. Elle conduit aussi à intégrer dans l'analyse le coût du contrôle des conflits d'intérêts, notamment en termes de rigidification et de bureaucratisation mais aussi en termes de perte d'expertise (ou simplement de bonne connaissance) ou de capital social

⁵⁰ Selon le décret n° 2013-413 du 21 mai 2013 portant approbation de la charte de l'expertise sanitaire prévue à l'article L. 1452-2 du code de la santé publique, il existe des « Cas exceptionnels dans lesquels il peut être tenu compte des travaux réalisés par des experts présentant un conflit d'intérêts », et, dans ces derniers, « A titre exceptionnel, un expert ou plusieurs experts en situation de conflit d'intérêts peuvent apporter leur expertise : — si cette expertise présente un intérêt scientifique ou technique indispensable ; et — si l'organisme chargé de la réalisation de l'expertise n'a pas pu trouver d'expert de compétence équivalente dans le domaine concerné et qui n'ait pas de conflit d'intérêts. Dans ces circonstances exceptionnelles et motivées, cet expert ou ces experts peuvent apporter leur expertise selon des modalités arrêtées par l'organisme chargé de la réalisation de l'expertise et portées à la connaissance du commanditaire. Cet expert ou ces experts peuvent, par exemple, être auditionnés par l'organisme chargé de la réalisation de l'expertise ou par un groupe de travail qu'il met en place à cette fin, ou apporter une contribution écrite. Ils ne peuvent toutefois en aucun cas participer à la rédaction des conclusions ou des recommandations de l'expertise. Les motivations et les modalités de ces contributions éventuelles sont décrites explicitement en annexe de l'avis, de la recommandation ou du rapport produit par l'expertise ».

dans le champ concerné. Et, dans le cercle que l'on amorce ainsi, se pose inévitablement la question de savoir qui contrôle le contrôleur.

Il est donc important de se demander s'il faut privilégier la prévention, qui amène à séparer (parfois artificiellement) les fonctions, à compliquer les procédures, à multiplier les contrôles, ou préférer une stratégie de contrôle *a posteriori*, axée principalement sur la punition des abus de position de conflit d'intérêts. Cette dernière stratégie est sans doute moins coûteuse mais suppose néanmoins une jurisprudence claire et ferme, qui fait pour l'instant défaut⁵¹, mais aussi, on y reviendra, une vraie culture des conflits d'intérêts, entendue comme une conscience ou une sensibilité effectives aux situations qui les engendrent et aux conséquences néfastes qu'ils produisent.

A. Une boussole, la loyauté à l'intérêt premier

Dans une perspective congruente avec ce qui se passe aux États-Unis, nombre de réflexions relatives aux conflits d'intérêts mettent en avant la notion de loyauté qui peut être considérée comme une sorte de boussole afin d'analyser les situations de conflit d'intérêts. La question posée par l'hypothèse d'un conflit d'intérêts dans une situation particulière peut souvent être ainsi résumée : la personne ou l'institution en cause est-elle loyale à son client, à sa mission, ou à l'institution pour laquelle elle intervient ?

Les travaux préparatoires à l'élaboration de ce rapport, et notamment les auditions réalisées, permettent d'affirmer que les conflits d'intérêts sont souvent analysés comme des atteintes à l'indépendance ou à l'impartialité de l'acteur en cause. La loyauté constitue, cependant, un élément puissant de contrôle et de régulation de l'action des personnes en situation de conflit d'intérêts ; la référence à la loyauté nous semble, en outre, plus exigeante que la référence à l'indépendance et à l'impartialité dans la mesure où elle implique une attitude active de la personne en situation de conflit : être loyal n'est pas simplement le contraire d'être déloyal, mais nécessite, plus positivement, d'agir dans le sens de la mission confiée, d'agir avec probité.

B. Un repère, l'ampleur du risque social

Au-delà de l'atteinte à la loyauté, il nous semble important de prendre aussi comme point de repère le risque social que font courir les conflits d'intérêts. S'il ne s'agit d'excuser aucun de ces conflits, il ne saurait non plus être question de mener une croisade indiscriminée. Il nous semble au contraire nécessaire de nuancer les réponses à apporter et de les situer sur une échelle en fonction du risque social créé par le conflit d'intérêts. En d'autres termes, l'ampleur du risque doit jouer sur la nature de la réponse. Ainsi, le risque social n'est-il pas le même entre la situation d'un expert qui se prononce sur la décision de mise sur le marché d'un médicament et la situation où un médecin prescrit un médicament déterminé, parce que cette prescription lui procurera un

⁵¹ On note, dans l'ensemble, une relative faiblesse des sanctions, quand elles sont prises. Voir les rapports du Service central de prévention de la corruption qui les recensent. Ils montrent que les sanctions restent généralement modérées, bien en dessous des maxima prévus par le Code pénal, quand des poursuites ont lieu.

avantage, par exemple une « récompense » en fin d'année une fois un certain niveau de prescription atteint. Dans la banque, existent aussi plusieurs niveaux de risque : situation du conseiller qui est payé à la commission mais aussi risque social de la banque universelle avec la prise de risque excessive de la banque d'investissement qui peut entraîner la banque de détail⁵².

Dès lors, il nous semble que les règles à appliquer, qu'elles existent déjà ou que nous en proposons la création, doivent tenir compte du facteur de risque, qui déterminera lui-même les différents coûts des conflits d'intérêts : dommages pour les victimes et pour la société, coûts économiques et symboliques. Ainsi, les conflits d'intérêts qui affectent la vie publique ont notamment un coût symbolique particulièrement élevé.

Enfin, la prise en compte du risque social nous conduit également à penser que se focaliser uniquement sur la « sanction » des décisions anormales est une vision trop limitée. On ne peut pas ne regarder que le résultat pour apprécier la situation et se contenter du constat éventuel qu'il n'y a pas de dommage direct. Par exemple, faut-il sanctionner ou pas la décision prise à l'unanimité par un collège dont un membre était en situation de conflit d'intérêts ? Il faut aussi, autant que nécessaire, traiter l'apparence de conflit notamment quand celle-ci nuit à la réputation de l'institution concernée et instille le doute quant à la légitimité de son action. C'est aussi pourquoi l'auto-proclamation (sentiment d'indépendance et d'impartialité) ne peut suffire. On ne doit pas pouvoir douter de la décision. En d'autres termes, le contrôle doit concerner les motifs autant que le résultat, même si ce dernier est révélateur.

Cette approche doit permettre de se concentrer sur les conflits d'intérêts réellement dommageables, sans perdre temps et énergie avec les multiples situations que génère nécessairement la vie en société et dont les conséquences restent d'une très faible intensité. Par exemple, le fait pour une personne en situation de décision ou d'évaluation de recevoir un cadeau de très faible valeur, le fait pour un élu de statuer sur une demande, par exemple de permis de construire, formulée par quelqu'un appartenant au même parti politique que lui.

2.3 - TROIS EXEMPLES

Nous avons choisi de fonder nos analyses sur trois exemples sectoriels, en lien avec la vie publique, au sens large, ou avec l'intérêt général, notamment du fait de leur importance symbolique, économique ou de leur incidence sur la vie des citoyens : il s'agit des secteurs de la fonction publique (au sens large)⁵³, de la finance et de la santé.

Ces trois secteurs nécessitent attention du fait du caractère récurrent, sinon systématique, voire « systémique » qu'y prend la question des conflits d'intérêts, au sens où les acteurs décisionnaires de ces secteurs ont aujourd'hui souvent des trajectoires professionnelles au cours

⁵² Au début de la crise financière globale, quand il a fallu renflouer les banques et garantir les créances interbancaires, les pertes étaient concentrées sur la banque de marché dont les activités (portefeuille de *trading*, titrisation, activités sur dérivés...) étaient très sous-capitalisées.

⁵³ Les conflits d'intérêts y font l'objet de dispositions spécifiques depuis 2013 et 2016.

desquelles ils s'inscrivent synchroniquement ou diachroniquement à la fois dans un cadre public et dans un cadre privé. Il est ainsi courant qu'un haut fonctionnaire rejoigne le secteur privé (ce qui n'est pas répréhensible en tant que tel, mais doit être pris en compte, et dont les conséquences doivent être contrôlées), ou qu'un dirigeant bancaire rejoigne un cabinet ministériel ou une autorité administrative indépendante ; les experts consultés par l'administration dans le domaine sanitaire, souvent universitaires, peuvent également avoir déposé des brevets dans leur champ d'expertise, ou participer à des recherches biomédicales financées par des industriels de la pharmacie.

A - Les experts en santé

La question des conflits d'intérêts des experts en santé a, en France, fait l'objet, dès 1993, de deux dispositions légales relatives à l'indépendance des experts de l'Agence du médicament (ancêtre de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé – AFSSAPS -, puis de l'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé - ANSM) et de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ancêtre de la Haute autorité de santé - HAS). En effet, les experts intervenant auprès des différentes agences sanitaires sont, en général, des enseignants-chercheurs qui peuvent avoir mené ou avoir participé à des recherches financées par un industriel du secteur de la santé, notamment un fabricant de médicaments ou de dispositifs médicaux. Les mêmes chercheurs peuvent éventuellement, même sans avoir eux-mêmes participé à l'une de ces recherches, appartenir à des laboratoires éventuellement financés par un même industriel. Ils peuvent encore avoir participé à des congrès dont les inscriptions ont été financées par les mêmes industriels, ou avoir effectué des conférences dans le cadre d'organismes financés par ces derniers. De telles situations sont habituellement nommées conflits d'intérêts positifs ; à ceux-ci, s'ajoutent les conflits d'intérêt négatifs, l'évaluation d'un expert sur un produit pouvant également être biaisée, non du fait que le chercheur, ou l'institution à laquelle il appartient, a bénéficié d'un financement de la part de l'industriel, mais du fait qu'un produit à évaluer importe à un concurrent du financeur. Ajoutons à ces exemples la possibilité que le chercheur soit exempt de liens personnels, mais que l'un de ses proches, son conjoint ou ses enfants, par exemple, soit employé, ou nourrisse des liens comparables à ceux que nous venons d'évoquer. Une question non encore tranchée à l'heure actuelle réside dans le fait de savoir si l'on doit tenir compte d'éventuels « conflits d'intérêts intellectuels », c'est-à-dire l'appartenance d'une personne à une école de pensée, voire à un mouvement politique ou associatif actif à propos de la question considérée dans le cadre d'une expertise particulière. La réponse réside sans doute ici dans la mesure de l'atteinte à l'impartialité qu'est susceptible d'entraîner l'appartenance considérée, les apparences, encore une fois, pouvant compter.

On peut, en outre, attester d'une première prise de conscience relative à la question des conflits d'intérêts dans l'expertise sanitaire au début des années 2000, notamment en ce qui concerne l'expertise des médicaments et autres produits de santé⁵⁴, celle-ci s'amplifiant vers le milieu des

⁵⁴ La prise de conscience et l'utilisation du prisme des conflits d'intérêts afin d'analyser différentes relations se développant dans le monde sanitaire est cependant notablement plus ancien aux États-Unis, certains travaux de recherche particulièrement importants en la matière datant du début des années 1990, par exemple M-A. Rodwin, *Medicine, money and morals. Physicians conflicts of interest*, Oxford University Press, 1993, et, plus récemment, M.-

années 2000 suite au scandale du Médiateur, largement à l'origine des dispositions de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011⁵⁵ visant à « durcir » le dispositif de gestion des conflits d'intérêts⁵⁶. La question est cependant encore d'actualité si l'on en croit deux rapports récents à ce propos, l'un de l'Assistance publique des hôpitaux de Paris relativement aux conflits d'intérêts en son sein⁵⁷, l'autre par la Cour des comptes relatif à la prévention des conflits d'intérêts en matière d'expertise sanitaire⁵⁸. Les règles en la matière ont, en outre, encore été précisées par la loi de 2016⁵⁹.

Une précédente note, spécifiquement consacré aux conflits d'intérêts dans les agences sanitaires⁶⁰, a amené à opposer les conflits d'intérêts individuels, c'est-à-dire pris et analysés dans la personne de celui qui entretient des liens d'intérêts, aux conflits d'intérêts structurels (ou systémiques), opposition nous semble-t-il structurante de la question, et que nous adoptons. Dans la même logique, la banque universelle peut être considérée comme illustrant un conflit d'intérêts « systémique »

B - Les banques

Encore plus systémique peut être considérée la situation des banques en général et des banques universelles systémiques en particulier, dans la mesure où ces dernières bénéficient de la garantie implicite des Etats. Ce faisant, les fraudes ou prises de risques excessives favorisées par l'existence de conflits d'intérêts et susceptibles de conduire au défaut de la banque sont *de facto* assumées par la collectivité. Les banques gèrent l'épargne de leurs clients et ont par la même en charge les intérêts des épargnants. Quand les fonds sont investis sur les marchés financiers, il est légitime de se demander si la motivation de l'investissement financier réside bien dans l'intérêt des épargnants ou dans celui de l'établissement bancaire. Le cas le plus emblématique et surtout le plus connu est celui de Goldman Sachs qui, avant même le déclenchement de la crise des *subprimes*, a joué pour son propre compte l'effondrement du marché *subprime* alors qu'elle continuait en même temps à conseiller à ses clients d'acheter des produits structurés contenant du *subprime*... Un autre cas plus récent et européen concerne les banques italiennes qui ont incité les épargnants à acheter des titres de dettes bancaires susceptibles d'être décotés ou

A. Rodwin *Conflicts of interest and the future of medicine*. New York, Oxford University Press, 2011 trad. *Les conflits d'intérêts en médecine : quel avenir pour la santé ? France, États-Unis, Japon*, Presses de l'IRHRSP, 2014.

⁵⁵ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, articles 1 à 3.

⁵⁶ Sur cette évolution, J. Moret-Bailly, Clarifications conceptuelles : liens, conflits et oppositions d'intérêts, in D. Thouvenin et J. Moret-Bailly (dir.), *Les conflits d'intérêts à l'hôpital public*, préc.

⁵⁷ AP-HP, *Les conflits d'intérêts au sein de l'AP-HP, Mieux les connaître, mieux les prévenir*, AP-HP, mars 2016, 81 pages.

⁵⁸ Cour des comptes, *La prévention des conflits d'intérêts en matière d'expertise sanitaire, Communication à la Commission des affaires sociales du Sénat, article LO. 132-3-1 du code des juridictions financières*, mars 2016, 98 pages.

⁵⁹ Loi n° 2016-41, du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, articles 178, 179 et 180.

⁶⁰ D. Benamouzig et C. Le Galès, *Médicament : pour une analyse plus réaliste des conflits d'intérêts*, note Terra Nova, 2013.

convertis en actions en cas d'activation des mécanismes de résolution (renflouement interne)⁶¹, alors même que la probabilité d'activation de ce mécanisme de « bail in » était élevée en raison de la sous-capitalisation patente du secteur bancaire italien⁶².

Quelques exemples de conflits d'intérêts dans la banque – sans prétention à l'exhaustivité.

La banque d'investissement par son activité d'intermédiation de marché est un nœud de conflits d'intérêts. Sur le marché primaire, elle fournit des services à l'émission de titres et des conseils en fusion-acquisition. Sur les marchés secondaires, elle a une activité de courtage, de *market making* et, éventuellement, de *trading* pour compte propre. Les activités de recherche et d'analyse viennent en support pour les activités tant sur les marchés primaires (nouvelles émissions) que secondaires (où s'échangent les titres anciennement émis : marché de l'occasion).

Les activités d'underwriting, de courtage, de recherche, d'analyse financière et de *market making* présentent de fortes synergies en information, de fortes complémentarités mais également d'importants conflits d'intérêts potentiels.

Sur les marchés primaires, les banques d'investissement prennent en charge les émissions de titres. Souvent par le biais d'un syndicat bancaire (groupe de banques), elles achètent directement à l'émetteur à un prix convenu des instruments financiers émis en vue de leur placement définitif auprès de clients. Mais, si la banque mandatée dans la vente ne parvient pas à placer tous les produits financiers, elle court le risque de devoir conserver les titres. La banque chef de file du syndicat qui fixe le prix de l'offre publique initiale bénéficie d'un avantage informationnel sur les autres acteurs du marché. Les analystes de la banque ayant été partie prenante dans le processus de collecte et d'analyse de l'information sur l'émetteur sont en position d'offrir de meilleures recommandations d'achat/vente et de meilleures prévisions sur les performances de la firme émettrice aux investisseurs. La banque chef de file est également souvent un teneur de marché⁶³ majeur sur le marché secondaire pour les titres

⁶¹ Le dispositif de résolution des banques adoptée en décembre 2013 par l'Union Européenne vise à protéger les contribuables en cas de résolution bancaire en procédant à un renflouement interne, c'est-à-dire en mettant prioritairement à contribution les actionnaires et les créanciers de la banque détenant des titres susceptibles d'être décotés ou convertis en actions. Seuls les créanciers les plus avertis détenant les catégories de titres exposés sont censés être concernés, en aucun cas les petits déposants. Or, dans le cas de la banque Monte dei Paschi di Siena, une bonne partie des créanciers de la banque sont en réalité des petits épargnants, auxquels des conseillers indélicats ont vendu pendant des années des obligations subordonnées, en théorie réservées à des investisseurs plus avertis. En novembre 2015, la première mise en œuvre du mécanisme de renflouement interne lors du sauvetage de quatre banques locales, avait provoqué le suicide d'un retraité qui y avait perdu toutes ses économies. http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/12/10/la-banque-italienne-bmps-de-nouveau-en-peril_5046772_3234.html#MrL8o7Z8RjzVo55r.99

⁶² Se référer aux résultats des tests de stress publiés par l'Autorité Bancaire Européenne le 29 juillet 2016. <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1532819/2016-EU-wide-stress-test-Results.pdf>

⁶³ Un teneur de marché ou « *market maker* » est une institution financière dont la fonction est d'assurer la liquidité des titres en proposant de façon régulière et continue des prix d'achat et de vente. Le teneur de marché se porte donc contrepartie des acheteurs ou vendeurs des titres – parfois peu liquides - dont il assure la tenue de marché.

dont elle a assuré l'émission sur le marché primaire. La combinaison de ces services financiers permet donc d'exploiter des synergies en information évidentes mais, dans le même temps, crée des conflits d'intérêts non moins évidents. Ainsi, la banque d'investissement sert deux types de clients – les émetteurs et les investisseurs - et les incitations à être loyale vis à vis de chacun sont contradictoires. De manière générale, offrir des conseils en matière d'investissement financier et vendre des titres à des clients sans révéler le propre intérêt de la banque dans la transaction est un conflit d'intérêts avéré.

Les périodes d'euphorie financière sont particulièrement propices à l'exploitation de ces conflits d'intérêts et donc à la production d'informations biaisées dans un sens sur-optimiste, ce qui participe à la pro-cyclicité des marchés financiers qui est elle-même un facteur de risque systémique. La période ayant précédé l'éclatement de la bulle sur les valeurs technologiques a été une période au cours de laquelle ces conflits d'intérêts ont joué à plein.

Par ailleurs, dès lors que la banque fait du *trading* pour compte propre⁶⁴, elle peut mobiliser à son profit les informations obtenues auprès de ses clients, voire même jouer son intérêt contre celui de ses clients. L'affaire Abacus est de ce point de vue exemplaire. La SEC en avril 2010 a porté plainte contre Goldman Sachs en l'accusant d'avoir trompé ses clients pour servir ses intérêts et ceux du *hedge fund* dirigé par John Paulson. Il s'agit typiquement d'un conflit d'intérêts, la banque favorisant ses intérêts et ceux de l'un de ses gros clients au détriment de ses autres clients. Quels sont les tenants de cette affaire ? Début 2007, afin d'aider John Paulson à spéculer sur l'effondrement de l'immobilier qu'il anticipait, Goldman Sachs a créé et commercialisé le fonds Abacus 2007-AC1, un produit de titrisation complexe. L'actif du fonds était composé de dérivés de crédit (CDS), sur un portefeuille représentatif de titres hypothécaires et notamment de crédits subprimes. Les investisseurs qui achetaient des titres Abacus devenaient en quelque sorte les assureurs qui percevaient des primes aussi longtemps que les obligations ne s'effondraient pas. Les actifs étaient censés avoir été choisis par une tierce partie indépendante, ACA Management. En réalité, le Fonds Paulson avait été impliqué dans la sélection des actifs. Le document de commercialisation d'Abacus précisait qu'une contrepartie prenait des positions vendeuses sur les sous-jacents. Il ne donnait pas son identité. Or, il s'agissait du *hedge fund* de John Paulson qui a versé 15 millions de commission à Goldman Sachs pour créer et commercialiser l'Abacus 2007-AC 1. Alors que Goldman Sachs incitait ses clients à jouer l'immobilier à la hausse, son partenaire, le *hedge fund* dirigé par J Paulson, inspirateur du fonds, pariait à la baisse sur les mêmes valeurs... En vendant à découvert de l'Abacus, Paulson a engrangé jusqu'à 1 milliard de dollars de profit... Les investigations du Sénat américain ont montré au-delà du cas Abacus que Goldman Sachs a parié pour son propre compte à partir de 2007 sur l'effondrement du marché des créances

⁶⁴ Le *trading* pour compte propre est une activité spéculative qui consiste pour une banque à prendre des positions sur différents marchés (dérivés, actions, devises ou marché de taux) pour elle-même et non pour le compte de ses clients. Elle met alors son capital en risque pour son propre compte. A noter que le *trading* pour compte propre est difficilement distinguable de la tenue de marché, cette remarque est importante car nombre de réformes de la structure des banques visent à interdire le *trading* pour compte propre qui peut néanmoins perdurer à moindre échelle sous couvert de tenue de marché.

immobilières, sans rien en révéler à ses clients, à qui elle vendait les produits dont elle se débarrassait.

Dans une opération de prêt, la banque acquiert de l'information privée que n'a pas le marché mais qu'elle peut utiliser dans son activité de banque d'investissement. Par exemple, une banque qui a un client corporate à qui elle octroie des crédits peut utiliser l'information privée qu'elle détient du fait de cette relation au détriment des actionnaires de l'entreprise. Ainsi, si elle détecte que la situation financière de l'entreprise se dégrade, ce qui signifie que le risque de crédit de l'entreprise s'accroît pour elle, la banque peut essayer de se décharger de ce risque en aidant l'entreprise à émettre de nouvelles actions. Elle agit alors au détriment des nouveaux actionnaires. La banque peut également utiliser à son profit des informations privatives obtenues dans le cadre de la relation de crédit en faisant du *trading* pour compte propre sur des titres émis par la société ou, de manière dissimulée, dans des opérations de *market making*.

Les prêts toxiques vendus par Dexia (environ deux tiers des emprunts toxiques) et autres banques à des collectivités locales peuvent également s'interpréter à travers le prisme des conflits d'intérêt. Un prêt toxique est structuré comme un prêt normal mais utilise des dérivés. En d'autres termes, c'est un crédit combiné avec une option, c'est-à-dire un droit d'acheter ou de vendre un titre financier, lequel fait évoluer le taux du crédit selon, par exemple, la parité du franc suisse et de l'euro. C'est donc un produit structuré qui comporte généralement une première période très attractive en termes de conditions de financement. En revanche, pour celui qui se finance (collectivité locale ou hôpital), il est perçu comme un prêt. Pour autant, en droit, nombre de collectivités locales ont perdu leurs contentieux car les contreparties de la banque ont été juridiquement considérées comme des professionnels (sociétés commerciales ou collectivités). Cette interprétation n'a pas été celle la Cour fédérale de justice allemande qui, dans un arrêt sur les prêts toxiques aux collectivités en octobre 2011, explique que la complexité de ces produits rend impossible leur totale compréhension par les collectivités et que les banques ne pouvaient cacher les marges réalisées à l'occasion.

C- La haute fonction publique

Ce n'est que tardivement qu'on s'est un peu soucié de la question des conflits d'intérêts dans la fonction publique. Ils peuvent exister à tous les niveaux hiérarchiques mais c'est bien sûr dans la haute fonction publique que le problème se pose avec le plus d'acuité, notamment parce que c'est à ce niveau que l'on observe le plus couramment les phénomènes de « pantouflage » et de *revolving doors*.

Le « pantouflage » de hauts fonctionnaires est devenu suffisamment courant pour qu'on puisse se demander si leur carrière publique ne constitue pas qu'un préalable planifié à leur carrière privée. C'est particulièrement spectaculaire dans des corps tels que celui de l'Inspection générale des Finances, dont près de la moitié des membres travaillent dans le secteur privé, notamment bancaire. Le profil-type de carrière intègre, entre autres étapes, le passage par un cabinet ministériel ou comme conseiller du Président de la République, avant de partir dans le privé (si

possible aux alentours de 35 ans, car ensuite c'est un peu tard pour une carrière digne de ce nom). De toute façon, il est possible d'opter pour une position de détachement et de disponibilité qu'autorise le droit de la fonction publique, et de conserver la sécurité d'un éventuel retour ultérieur dans la fonction publique. Or, sans être indéfinies, ces positions peuvent durer suffisamment longtemps pour permettre des allers-retours répétés⁶⁵, voire permettre de rester rattaché à la fonction publique alors qu'on y passe fort peu de temps⁶⁶.

On peut multiplier les exemples. La véritable hémorragie de conseillers que connaît l'Elysée dans les derniers mois de chaque mandat (et encore en 2016) en témoigne⁶⁷. On a pu également s'interroger concernant le passage de politiques ou de hauts fonctionnaires par la profession d'avocat pendant des périodes transitoires entre différentes positions de pouvoir⁶⁸, ou, pour des parlementaires, en parallèle de leur mandat. De façon générale, deux idées accompagnent ces mouvements : celle que ces personnes valorisent leur carnet d'adresses ou leur(s) réseau(x) et celle qu'elles ont des compétences irremplaçables/non substituables, à quoi s'ajoute l'idée du nouveau management public selon laquelle la mobilité est bonne et permet d'irriguer l'administration avec des expériences plus variées et des modes de management venant du privé.

En l'état actuel des choses, les règles encadrant le passage d'un secteur (public ou privé) à l'autre sont faibles. En principe, un fonctionnaire ne peut travailler pour une entreprise qu'il a surveillée ou conseillée, dans les trois années suivant son passage dans le privé⁶⁹. Encore faut-il que cela soit contrôlé. Il existe bien une Commission de déontologie chargée, depuis 1995, de contrôler ce type de départ pour déterminer si les activités privées envisagées ne sont pas incompatibles avec les fonctions précédentes⁷⁰. Si sa saisine est alors obligatoire, l'affaire Pérol a quand même montré à quel point elle pouvait être vue comme un encombrement. Indépendamment de ce cas extrême, la Commission de déontologie, qui ne peut s'autosaisir,

⁶⁵ Détachement qui est de plein droit pour un mandat électif, pour une durée de 5 ans, renouvelable ; et disponibilité, pour 3 ans renouvelables dans la limite de dix ans.

⁶⁶ Au point que l'on ne s'aperçoit de cette appartenance maintenue qu'au moment du départ à la retraite. Voir Libération, 21 janvier 2003, http://www.liberation.fr/france/2003/01/21/les-petites-astuces-du-retraite-juppe_428381

⁶⁷ Le Monde 19 septembre 2016, « Départs en série dans les ministères et à l'Elysée », qui cite l'exemple de la conseillère aux affaires économiques et financières européennes et internationales à l'Elysée, Laurence Boone, partie chez Axa, et du conseiller aux affaires économiques et financières nationales et européennes, Jean-Jacques Barbéris, qui a rejoint l'entreprise de gestion de fonds Amundi.

⁶⁸ Outre le cas ancien et bien connu de François Mitterrand, on peut citer François Hollande, Dominique Strauss-Kahn, Jean-François Copé, et Nicolas Sarkozy (qui a conservé, pendant son mandat de président, ses parts dans une société d'avocats qu'il avait contribué à fonder en 2007, et qu'il a à nouveau exercé cette profession après 2012, alors même qu'il était membre de droit du Conseil constitutionnel – ce serait néanmoins impossible aujourd'hui, puisqu'en vertu de la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, l'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée, en particulier avec l'exercice de la profession d'avocat.

⁶⁹ Article 1 du Décret n°2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie, pris en application de la Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (notamment article 25).

⁷⁰ Loi n°93-122 – II de l'art. 87.

contrôle au mieux la situation au moment du départ de la fonction publique, mais pas lors de changements ultérieurs. En toute hypothèse, elle met très rarement son veto au départ d'un conseiller de l'Élysée ou du gouvernement vers le privé. Selon son président, « *Même s'ils sont au cœur du pouvoir, ils ne sont "que" les conseillers du président, du Premier ministre ou des ministres. Formellement, ils ne prennent aucune décision et nous n'avons pas accès aux avis, par nature confidentiels, qu'ils transmettent aux décideurs politiques. Donc, nous n'avons aucune raison de les bloquer, en l'absence de certitudes* »⁷¹. S'il en était besoin, on voit à quel point une vraie culture des conflits d'intérêts manque jusqu'au cœur des organes de contrôle. On peut espérer que la loi Sapin 2 de lutte contre la corruption, qui obligera les ex-conseillers à obtenir l'accord de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, réputée plus sévère, permettra d'éprouver la situation.

L'affaire Pérol

François Pérol, inspecteur des Finances et directeur adjoint au cabinet du ministre de l'Économie de 2002 à 2004, a été embauché en 2005 par la banque Rothschild. Il y travaille notamment sur le dossier de la création de Natixis, filiale des Banques populaires et des Caisses d'Épargne. Il devient secrétaire général adjoint de l'Élysée en 2007, où il va piloter, en lien avec Bercy et Matignon, la fusion des Banques populaires et des Caisses d'Épargne, qui donne naissance au groupe BPCE. En 2009, le président de la République souhaite, avec insistance, que la direction de la future BPCE lui soit confiée. La Commission de déontologie n'a pas donné son accord dans les règles pour ce parachutage. François Pérol a été mis en examen en février 2014 pour prise illégale d'intérêts mais le tribunal correctionnel l'a relaxé en septembre 2015.

C - Caractères transversaux

Se pose, en outre, pour l'ensemble des cas analysés, la question de la rareté de la ressource « compétence ». Il s'agit d'une question récurrente concernant notamment l'expertise en matière sanitaire : peut-on disposer d'experts exempts de conflit d'intérêts, ou le vivier est-il trop restreint pour ce faire ? Auquel cas il est nécessaire de mettre en place des procédés particuliers d'organisation et de contrôle du processus décisionnel (publication des déclarations d'intérêts, motivation particulière de nomination, enregistrement des débats) afin de prendre des décisions malgré les conflits d'intérêts, en toute connaissance de cause, et en tentant d'en neutraliser les conséquences néfastes. La même question se pose en ce qui concerne la finance, la nomination à certains postes de pouvoir dans la sphère publique de personnes ayant également œuvré dans le secteur privé pouvant même faire l'objet de contestations et de mobilisations publiques⁷².

⁷¹ *Challenges* 11 décembre 2016, « Mais que deviennent les ex-conseillers de l'Élysée ou de Matignon ? ».

⁷² C'est de toute évidence un problème qui a aujourd'hui pris une importance considérable (sociale, médiatique, politique, etc.). Cette prise de conscience est assez récente : le passage de Daniel Lebègue à la BNP en 1987 n'a, à l'époque, pas posé de problème, contrairement à la nomination de François Villeroy de Galhau à la Banque de France en 2016.

L'ensemble de ces situations pose plus largement la question du « renouvellement des élites », dans la mesure où on peut se demander s'il est réellement impossible, pour certaines nominations ou désignations, de trouver des candidats à la fois compétents, talentueux et exempts de liens ou de conflit d'intérêts. Ainsi, dans le domaine des autorités de contrôle bancaire, on peut légitimement se demander si la connaissance fine du secteur est un pré-requis indispensable ou si elle ne constitue pas, au contraire, une entrave à une remise à plat efficace des structures organisationnelles et des pratiques dans un secteur où les phénomènes de capture sont puissants. L'exemple de l'Islande est de ce point de vue troublant. Alors que les autorités de supervision avaient massivement failli en laissant se développer des fragilités financières et une bulle ayant conduit à l'effondrement du système bancaire et financier islandais, c'est la nomination, en juin 2011, d'un chairman non issu du sérail, Adalsteinn Leifsson⁷³, à la tête de l'Autorité de supervision financière Islandaise (FME) qui a conduit à une restructuration efficace de la supervision bancaire et financière⁷⁴. Pour ce faire, Adalsteinn Leifsson a traité le superviseur islandais comme une organisation ayant dysfonctionné et a appliqué des règles et défini des objectifs simples. Le message à destination du secteur financier, de la société dans son ensemble et de l'autorité de supervision en interne a été sans ambiguïté : le FME avait pour mission de protéger la population et pas seulement les actionnaires des banques et les banquiers, de défier la mentalité de cupidité et d'irresponsabilité ayant conduit aux dérives financières, d'instaurer une nouvelle culture interne de transparence, confiance et honnêteté, de fixer des objectifs et une politique claire, de promouvoir systématiquement des règles simples, quitte à interdire certaines pratiques, et d'affirmer l'autorité du FME et de ses évaluations.

De la même manière, si le dialogue entre, et la connaissance réciproque des sphères publique et privée, sont évidemment fondamentaux et si les passages de l'un à l'autre secteur ne sauraient être par principe prohibés, on peut, d'une part, se poser la question des allers-retours, notamment des fonctionnaires, entre l'administration et le secteur privé (*revolving doors*) mais aussi entre fonctions électives et fonction publique (problème de parlements peuplés de fonctionnaires – en France, mais aussi en Allemagne), d'autre part, de la possibilité même de la régulation d'un secteur social dans ces conditions. L'intérêt général peut alors se réduire à la seule somme des intérêts particuliers, conception évidemment critiquable ou en tous cas questionnable⁷⁵, et qui pourrait résulter de l'unité de vision résultant de cette porosité.

Il convient également de se demander si les trois secteurs étudiés ne sont pas en eux-mêmes générateurs structurellement de conflits d'intérêts, du fait de la position dans laquelle ils placent les acteurs de ces champs sociaux. Cette *réflexion structurelle* sur les conflits d'intérêts est réellement novatrice, et met en avant le fait que des propositions ambitieuses quant à la régulation des conflits d'intérêts doivent nécessairement passer par des modifications structurelles des champs sociaux visés. Ce qui nous intéresse n'est donc pas la dénonciation des

⁷³ Adalsteinn Leifsson était maître de conférences à l'Université de Reykjavik, spécialiste des négociations internationales et consultant en management.

⁷⁴ Il restructura l'Autorité de supervision entre juin 2011 et octobre 2013. Il a présenté sa manière d'opérer le 18 novembre 2015 lors de l'Assemblée générale de *Finance Watch*.

⁷⁵ Cf. *infra*, première partie.

situations individuelles, mais l'identification des aspects structurels qui facilitent la réalisation de ces situations individuelles.

Ajoutons, pour terminer, que les analyses menées et les auditions auxquelles nous avons procédé ont confirmé le caractère largement transversal de la problématique des conflits d'intérêts, les différences entre secteurs pouvant essentiellement se décliner, autour d'une typologie des modalités, dans une utilisation spécifiquement ajustée de ces dernières. Il ne saurait donc être question de régler le problème des conflits d'intérêts par des solutions blanches ou noires, selon une logique d'interrupteur, mais bien plutôt d'opter pour la logique du variateur qui permet d'ajuster au mieux les solutions et de dessiner une progression en fonction de l'ampleur du risque que l'on veut conjurer.

3 - REGULATION

Le développement, voire la prolifération récente des réglementations relatives aux conflits d'intérêts témoigne de la sensibilité du problème, tant au niveau national qu'international, où des organisations internationales se sont dotées de règles pour elles-mêmes⁷⁶ mais aussi proposent des instruments de gestion des conflits d'intérêts pour faciliter l'élaboration de législations adéquates⁷⁷. L'évolution de la législation française s'inscrit elle-même dans cette évolution mais la situation reste néanmoins en-deçà de ce qui nous semble nécessaire.

Il ne s'agit pas de prôner beaucoup plus de règles – il en existe déjà un nombre considérable et pas toujours bien coordonné⁷⁸ et, concernant les agents publics, les obligations de désintéressement, intégrité, probité, impartialité, discrétion professionnelle existent même sans texte – mais de trouver le bon équilibre de réglementation et de mesures d'autres types en fonction de l'état de l'environnement social qu'il s'agit de traiter. Il est clair, en effet, que le besoin de règles est inversement proportionnel au niveau de confiance dans les décideurs et, comme nous l'avons indiqué précédemment, que l'absence ou la perte de confiance requiert une réaction. Mais on ne peut ni ne doit multiplier les règles. Il faut bien plutôt se soucier du suivi de leur mise en œuvre effective et de leur accompagnement par des mesures complémentaires. Qu'il s'agisse de règles formelles ou de standards de comportement professionnel, l'important est que l'objectif d'assainissement et de restauration de la confiance soit atteint.

Pour cette raison également, des nuances sont nécessaires selon les secteurs, en fonction de leur degré de maturité vis-à-vis des conflits d'intérêts. Nous avons ainsi constaté que le secteur de la santé disposait déjà, sur maints aspects, de solutions sophistiquées, peut-être parce que la défiance suscitée par les crises sanitaires a précédé celle exprimée au plan politique ou par rapport au monde de la finance. Cela ne signifie cependant nullement que le secteur de la santé échappe à toute recommandation. Bien des règles et standards sont perfectibles, comme leur pratique a pu le révéler, tout comme elle a pu révéler des effets indésirables ou des angles morts. Nous avons en tant que de besoin considéré ce secteur comme un laboratoire et un éventuel précurseur de la gestion fine que nous prônons, au sens où elle combine des mécanismes divers destinés à régler des situations individuelles (ou d'une institution/personne morale en particulier) de conflits d'intérêts⁷⁹, y compris concernant le danger d'une sur-réglementation.

⁷⁶ Voir, par exemple, pour les Nations Unies, voir *La feuille de route – Guide d'orientation à l'usage des fonctionnaires*, à : <http://www.un.org/en/ethics/conflictsofinterest.shtml>.

⁷⁷ Voir *Gérer les conflits d'intérêts : l'approche de l'OCDE*, à : <http://www.oecd.org/mena/governance/50347884.pdf>.

Voir aussi : <http://www.oecd.org/corruption/ethics/managingconflictsofinterestinthepublicservice.htm>. OCDE, *Recommandation du Conseil sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public*, 28 mai 2003 - C(2003)107.

⁷⁸ Paul Cassia parle, à juste titre, de « mille-feuille normatif », in *Conflits d'intérêts – Les liaisons dangereuses de la République*, Odile Jacob, 2014, p. 52.

⁷⁹ La gestion des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales, sur les marchés financiers ou en ce qui concerne les avocats recèle d'autres mécanismes pouvant être appropriés dans certaines situations. Voir J. Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts ; définir, gérer, sanctionner*, LGDJ / Lextenso 2014, 110-161.

Les mécanismes que nous envisageons ne constituent pas des recettes magiques qui permettraient à coup sûr de juguler les conflits d'intérêts, et/ou qui devraient systématiquement être mis en œuvre. Les conflits d'intérêts qui se développent dans nombre de secteurs sociaux se caractérisent, au-delà de leurs indéniables caractéristiques communes, par des spécificités, et il est ainsi nécessaire d'analyser finement les réalités et les situations potentiellement génératrices de conflits d'intérêts. A la réalité subtile des conflits d'intérêts doit répondre une égale finesse dans leur régulation.

Nous avons modulé nos propositions en fonction du risque qu'elles visent à conjurer. Ainsi, n'avons-nous pas hésité à recommander des mesures radicales lorsque le risque est particulièrement élevé – tout comme le coût en cas de réalisation du conflit. Ces mesures radicales consistent dans un empêchement/évitement a priori de toute possibilité de conflit d'intérêts, par des interdictions et des incompatibilités. Les autres situations relèvent d'une régulation que nous souhaitons aussi fine que possible et qui repose donc sur la combinaison et la gradation de diverses modalités (transparence, éducation aux conflits d'intérêts, obligations ponctuelles de déport, soutien au contre-lobbying, limitation des allers-retours et délais de viduité, etc.). Enfin, si nous pensons qu'il faut avant tout sensibiliser le public comme les personnes exposées aux conflits d'intérêts, et, en ce sens, éduquer, développer une véritable culture des conflits d'intérêts qui est aussi une éducation sociale, nous pensons également fermement que cela ne peut aller sans une responsabilisation également efficace. Contre les discours habituels qui pointent une soi-disant inefficacité de la répression – qui va de pair avec le déni de la dangerosité de la délinquance en col blanc – la majorité des auditions menées dans le cadre de la préparation de ce rapport nous a amenés à penser que seule une répression des personnes, sans que l'institution fasse écran, permet de donner une juste dimension aux dommages causés et recèle une réelle efficacité dissuasive. Nous avons pris en compte le fait que, même lorsque la structure de l'organisation favorise voire implique des conflits d'intérêts, il n'y a quasiment aucune situation dans laquelle la volonté de l'agent ne joue aucun rôle, faisant d'elle un acteur.

En outre, une question habituelle à propos de la régulation des conflits d'intérêts se fonde sur l'opposition entre l'autorégulation et l'hétérorégulation, sur un mode alternatif. Or, les analyses que nous avons pu mener nous amène à penser que les deux formes de régulation sont pertinentes et se renforcent l'une autre. Ainsi, si l'autorégulation est fondamentale, notamment en ce qu'elle constitue une forme efficace de prévention et d'éradication ex ante des conflits, elle est d'autant plus efficace qu'elle est relayée par une régulation extérieure, notamment la régulation pénale, en cas d'échec. Bref, les deux modes de régulation ne sont pas alternatifs, non plus que seulement cumulatifs, mais s'articulent sans doute obligatoirement si l'objectif réside bien dans l'efficacité de la régulation.

C'est ainsi que nous allons envisager successivement trois modalités de régulation : la première, radicale, relative aux conflits d'intérêts les plus dangereux, structurels ou systémiques, qui appellent une solution du même ordre, à savoir l'élimination a priori, ou l'empêchement de leur apparition par la voie des incompatibilités (1) ; la deuxième, relative aux conflits d'intérêts qui

mettent en danger la pertinence d'une décision ou la loyauté des agents vis-à-vis de leur mission ou des intérêts qu'ils sont censés défendre, mais qui ne mettent pas en cause un système décisionnel ou de régulation dans son ensemble, qui appelle une vigilance particulière et une régulation fine (2) ; la troisième, concernant les cas de malhonnêteté manifeste et intentionnelle, à propos desquels la répression pénale ne peut, notamment du fait de son rôle symbolique, être évincée et doit même sans doute, de l'avis de la quasi-totalité des personnes auditionnées, être renforcée (3).

3.1 - L'ÉLIMINATION A PRIORI : LES INCOMPATIBILITÉS

Les incompatibilités permettent de régler de manière radicale et efficace les situations de conflit d'intérêts : il s'agit, en effet, de rendre incompatibles deux positions pouvant éventuellement générer des situations de conflit, en bref d'éviter, en amont, les situations de « multipositionnalité ». Certaines incompatibilités sont générales. Ainsi, l'exercice des fonctions publiques non électives est en principe incompatible avec le mandat de député, de sénateur et de représentant au Parlement européen (article LO 142 et LO 297 du Code électoral)⁸⁰. Un fonctionnaire élu doit demander à être placé dans la position spéciale prévue par son statut. Certains emplois, comme celui de préfet, sont spécifiquement incompatibles avec l'exercice d'un mandat de conseiller municipal. Nous proposons que ces incompatibilités soient étendues à d'autres mandats, et, à tout le moins, aux fonctions exécutives locales, impérativement aux fonctions de président de région, avec peut-être, pour les communes, un seuil en fonction de leur population.

D'autres incompatibilités sont circonstanciées. Tel est par exemple le cas, chez les magistrats, en cas de proximité avec l'une des parties à un procès, l'obligation de déport dans une affaire dans laquelle ils auraient un intérêt personnel, évitant ainsi leur participation au processus décisionnel ainsi que, s'ils s'en abstiennent, une récusation. De même, l'article L 2131-11 du Code général des collectivités territoriales interdit-il aux conseillers municipaux de participer aux délibérations portant sur les affaires les intéressant à titre personnel.

Il existe bien d'autres exemples. Sans les multiplier, ce qui nous importe ici est de souligner qu'il est des situations où l'interdiction, éventuellement traduite en incompatibilité, est la solution la plus adaptée. Un tel type de régulation paraît ainsi pertinent tant en ce qui concerne l'interdiction du cumul des mandats, qu'en ce qui concerne les différents types d'activité des banques universelles.

A. Interdiction du cumul des mandats ou de certaines fonctions

Le débat sur le cumul des mandats ou de certaines fonctions est loin d'être nouveau et il a d'ailleurs déjà débouché sur un certain nombre de mesures. Elles nous paraissent cependant largement insuffisantes à l'aune de la lutte contre les conflits d'intérêts. Notre propos se centre

⁸⁰ Pour les militaires de carrière, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, l'incompatibilité s'étend en outre aux mandats de conseiller général et de conseiller municipal (article L46 du Code électoral).

notamment sur les plus hautes autorités politiques, ministres et parlementaires, sans pour autant exclure d'autres personnes en situation d'importantes responsabilités.

Dans la plupart des régimes parlementaires (à la différence des régimes présidentiels), il n'y a pas d'incompatibilité entre fonction ministérielle (ou gouvernementale) et fonction parlementaire. La France est, à cet égard, atypique. En revanche, les fonctions ministérielles sont généralement incompatibles avec toute autre activité professionnelle. Il nous semble néanmoins que des incompatibilités supplémentaires sont nécessaires.

En France, l'incompatibilité de la fonction de membre du Gouvernement avec toute activité professionnelle résulte de l'article 23 de la Constitution et s'étend sur une période de six mois au-delà des fonctions. Mais cette incompatibilité ne couvre pas, en revanche, l'exercice concomitant de fonctions associatives ou partisans. Un ministre peut cumuler sa fonction avec celle de président, de secrétaire général ou de trésorier d'une formation politique⁸¹. Cela ne devrait pas être possible, si l'on veut garantir qu'une de ces fonctions ne parasite l'autre. De même, il peut être membre d'une assemblée délibérante d'une collectivité territoriale, être délégué au sein d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) ou exercer des fonctions exécutives locales. Et, si la pratique a semblé instaurer une nouvelle interdiction de cumul au terme de laquelle les ministres doivent renoncer à leurs fonctions exécutives locales, des exceptions n'ont pas manqué de surgir, comme le montre la conservation après les élections de 2016 de sa présidence de région par Jean-Yves Le Drian, en dépit de ses fonctions de ministre de la Défense. Les pratiques cèdent aisément devant ce qui est présenté comme des impératifs politiques immédiats. Là encore, il serait souhaitable que ce type de cumul soit clairement interdit. A l'aune de ce que sont les fonctions ministérielles aujourd'hui (et celles de président de région), surtout à une époque où l'on cherche constamment à réduire le nombre des membres du gouvernement, on imagine sans peine qu'elles occupent à temps plein et qu'un quelconque cumul implique nécessairement le détriment d'une (ou plusieurs) des fonctions cumulées ou, en d'autres termes, que les intérêts de l'une prennent le pas sur ceux de l'autre (des autres).

De fait, le raisonnement est le même pour le cumul de l'ensemble des mandats politiques électifs. Concernant les parlementaires (nationaux et européens), même si désormais limité à la détention de deux mandats, ce qui est déjà une nette amélioration (à condition que la réforme entre bien en vigueur en 2017), le cumul reste possible, et donc, avec lui, les conflits qu'il cristallise nécessairement entre les intérêts de la collectivité nationale et ceux de la collectivité locale concernée. Le plus préoccupant est sans aucun doute le niveau de déni qui affecte ces conflits d'intérêts. Il transparaît dans la réaffirmation courante que les parlementaires ne doivent pas être des élus « hors sol », qu'ils sont nécessairement liés à un territoire où ils doivent être connus et reconnus, ce qui serait encore plus vrai pour les sénateurs (« élus du seigle et de la châtaigne »,

⁸¹ Plusieurs cas peuvent être cités : François Léotard a été, entre 1986 et 1988, secrétaire général du Parti républicain et ministre de la Culture ; Marie-Georges Buffet a été secrétaire nationale du Parti communiste français et ministre de la Jeunesse et des Sports en 2001-2002 ; Nicolas Sarkozy a cumulé la fonction de ministre de l'Intérieur avec la présidence de l'UMP entre 2005 et 2007 ; Eric Woerth a exercé plusieurs fonctions ministérielles successives entre 2004 et 2010, en même temps que les fonctions de trésorier national de l'UMP.

à moins que ce ne soit « du blé et de la betterave »), en tout cas qu'ils soient identifiés à une terre qu'ils feraient bénéficier de l'essentiel de leur « réserve parlementaire », cette somme d'argent non négligeable que chaque parlementaire affecte discrétionnairement. Le prix à payer est évidemment la nécessité (au moins ressentie) d'une présence locale et le corrélatif absentéisme au Parlement, considéré au pire comme un inconvénient inévitable. Souvent, le Journal officiel révèle la présence d'au plus une quarantaine de députés (sur 577) lors des séances. Et que dire de ces si nombreuses auditions, référencées dans les rapports parlementaires, mais auxquelles n'assiste aucun parlementaire, seulement des assistants et peut-être des administrateurs ? Mais qui fait donc le travail parlementaire, à une époque où l'on souligne sa complexité croissante ?

Nous pensons qu'il est essentiel que les parlementaires se consacrent à temps plein et exclusivement à leur mandat, qu'aucun cumul ne soit possible. En d'autres termes, que le mandat parlementaire doit être incompatible avec tout autre mandat électif, voire avec toute autre fonction, y compris privée. Et nous le proposons tout en sachant que le Conseil constitutionnel a déjà censuré, à tort selon nous, une disposition qui interdisait à un parlementaire d'exercer une fonction de conseil ou de s'engager dans la profession d'avocat⁸². Les choses peuvent changer. En toute cohérence, nous pensons d'ailleurs que le nombre de parlementaires est sans doute trop élevé et pourrait sans inconvénient être réduit significativement, à condition d'augmenter en contrepartie les moyens de travail de chaque élu, tout en cadrant mieux la façon dont ils sont employés, notamment s'agissant de l'embauche d'assistants parlementaires dont on ne devrait plus pouvoir douter qu'ils travaillent vraiment et de façon compétente (dans le même esprit, il nous semble pertinent d'interdire l'embauche discrétionnaire par un parlementaire d'un parent ou d'un conjoint comme collaborateur ou assistant rémunéré sur les fonds publics alloués à sa mission). Travailler exclusivement, travailler mieux, voilà ce qui nous semble souhaitable.

Bien sûr, l'argument du risque de non-réélection est souvent avancé. Mais, là encore, il doit être relié à un contexte où la politique est considérée comme une profession, assise sur des mandats si possible indéfiniment renouvelables. Or, il s'agit une nouvelle fois d'une conception qui, pour être répandue, n'en est pas moins intrinsèquement porteuse de conflits d'intérêts. Que les élus aient envie de le rester est sans doute compréhensible. Que ce soit pour le bien de la chose publique est une autre chose. L'installation dans des mandats répétés ne peut qu'impliquer divers clientélismes, qui sont une des formes les plus pures des conflits d'intérêts, à quoi s'ajoute le fait d'« assécher le vivier de successeurs potentiels »⁸³, et donc de tuer la diversité, y compris générationnelle. C'est pourquoi, toujours en cohérence avec notre approche, nous pensons qu'à une interdiction du cumul dans l'espace, il faut ajouter une limitation du cumul dans le temps. Il

⁸² Par sa décision n°2013-675 DC du 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, le Conseil constitutionnel a jugé que, d'une part, l'interdiction pour un parlementaire d'exercer une activité professionnelle, quelle que soit sa nature, qui n'était pas la sienne avant le début de son mandat et, d'autre part, l'interdiction pour un parlementaire de continuer à exercer une fonction de conseil, quelle qu'en soit la nature, lorsqu'il ne l'exerçait pas avant le début de son mandat dans le cadre d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, excédaient « manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts » (cons. 53).

⁸³ P. Cassia, *Op. cit.*, 85.

nous semble que deux mandats successifs constituent une durée raisonnable pour mener à bien les projets que l'on peut avoir pour la collectivité que l'on représente et, qu'au-delà, un renouvellement est salutaire et devrait être idéalement accompagné de l'aménagement de parcours vers l'élection pour ceux qui n'ont ni fortune ni situation de fonctionnaires⁸⁴. Cette proposition porte en même temps l'espoir d'une diversification du personnel politique, d'une féminisation, d'un rajeunissement. Un journaliste étranger pouvait récemment s'interroger sur une radio nationale, à l'occasion des primaires de la droite. « Pourquoi les Français veulent-ils toujours élire des vieux hommes blancs ? ». Oui, pourquoi ? Comment ne pas voir que l'interdiction du cumul des mandats peut créer un appel d'air, et concourir au renouvellement non seulement des élus, mais plus généralement des élites ?

Cette interdiction du cumul devrait au surplus être étendue aux fonctions locales, y compris les multiples fonctions inter-collectivités ou de direction de structures diverses (établissements publics d'aménagement ou autre, sociétés d'HLM, etc.), que certains élus empilent. La limitation, déjà en place, des possibilités de cumul des rémunérations, ne traite que la partie visible de l'iceberg, celle qui choque éventuellement l'opinion publique à travers le soupçon d'enrichissement. Plus préoccupante nous semble l'implication des mêmes personnes dans des processus de décision croisés ou interdépendants, là où la diversité serait source d'équilibre. On cherche la démocratie dans les expressions spontanées, dans la société civile et ses organisations. On devrait commencer par faire en sorte qu'elle soit mieux assurée dans toutes les instances représentatives publiques et les structures où des « élus du peuple » jouent un rôle.

Il faudrait bien sûr, en complément, mettre en place des dispositifs assurant ceux qui s'engagent dans un mandat électif qu'ils retrouveront ensuite leur emploi, ou un emploi. Certaines entreprises offrent déjà des garanties de réintégration, tout comme la fonction publique. De telles garanties devraient pouvoir être offertes pour toutes les professions, à tout le moins pour un mandat. De façon cohérente, et afin d'éviter, entre autres choses, les parlements de fonctionnaires, nous pensons que la possibilité dont bénéficient les fonctionnaires d'être mis en position spéciale devrait être limitée à un mandat. Si un fonctionnaire souhaite concourir pour sa réélection ou se présenter pour un autre mandat incompatible, il doit démissionner après la seconde élection.

Une telle proposition s'inscrit clairement dans la logique portée par cette note d'un traitement de la question des conflits d'intérêts comme « nouvelle frontière de la démocratie », la régulation de ces derniers permettant, dans le présent exemple, un appel d'air au sens d'un renouvellement des personnes, soit au Parlement, soit dans la haute fonction publique. Et, à l'argument comminatoire selon lequel l'éradication du cumul que nous proposons aurait, dans le passé, empêché certaines personnalités d'atteindre les plus hautes fonctions, il est sensé de répondre qu'on ne fait pas nécessairement le futur avec les pratiques du passé et que les talents, lorsqu'ils existent, peuvent se déployer dans différentes sphères. « Ne pas faire le mandat de trop », disait François Chérèque. De fait, l'héroïne de Borgen n'a pas été universellement appréciée pour sa

⁸⁴ Etant précisé qu'il faudrait également limiter, par exemple à trois au total, le cumul tous mandats électifs confondus, ou alors prévoir des délais de viduité, pour le passage d'un type de mandat à un autre.

pratique relativement vertueuse de la démocratie, mais aussi parce qu'elle sait s'arrêter, parce qu'elle sait qu'il est sain, à un moment donné, encore pour la démocratie, de passer la main.

B - Séparation bancaire

La banque universelle combine les activités de banque de détail – prêts aux particuliers et PME et de gestion des dépôts - et les activités de banque d'investissement et de financement – banque de marché. Les banques de détail bénéficient légitimement de la protection publique – en contrepartie d'une réglementation stricte - car elles émettent la monnaie scripturale par délégation par la puissance publique du pouvoir de création monétaire. Du fait de la combinaison des deux types d'activités dans un même groupe, les conflits d'intérêts dans la banque universelle sont « couverts » par la garantie publique qui protège la banque qui collecte les dépôts. Or, comme nous l'avons montré dans un précédent encadré, les conflits d'intérêts « systémiques » se situent très majoritairement dans la partie BFI (activités de marché) et non dans la partie banque commerciale. Ce faisant, la garantie publique et l'aléa moral qu'elle induit favorise leur réalisation. En effet, dès lors qu'existe une assurance – garantie publique - permettant de reporter sur un tiers – le contribuable - les conséquences des risques pris, ceux-ci tendent à s'accroître⁸⁵.

La séparation des activités est donc une réponse pertinente aux conflits d'intérêts qui portent atteinte à la loyauté vis à vis de l'intérêt général (prise de risque excessive, fraudes, délinquance en col blanc). Elle permettrait de préserver la banque de dépôts – celle qui offre des services d'ordre public - des dérives générées par les conflits d'intérêts qui minent la banque d'investissement et de financement. C'est précisément ce qui a justifié l'adoption de cette mesure aux Etats-Unis dans les années 30⁸⁶. Nombre d'instances internationales⁸⁷ ont pris parti pour une réforme de la structure des banques, seule à même de constituer une réponse pertinente et efficace à la question du « *too big to fail* ». Ainsi, selon la conclusion d'une note de discussion des services du FMI⁸⁸, « les preuves empiriques que la taille des banques est au moins en partie expliquée par les subventions aux banques « *too big to fail* » et par des incitations à construire des empires suggèrent qu'aujourd'hui les banques peuvent être trop grosses dans une perspective de bien-être social (...) La réglementation optimale des banques devrait combiner des perspectives micro et macro-prudentielles et ses instruments peuvent inclure des surcharges en capital sur les grosses banques (comme prévu dans Bâle 3) et des mesures pour réduire l'implication des banques dans les activités de marché et la complexité organisationnelle ». Bien sûr la réforme de la structure des banques n'élimine pas les conflits d'intérêt dans la partie banque de marché, elle évite par contre que ceux-ci ne soient couverts par la garantie publique. Les conflits d'intérêt internes à la BFI peuvent être gérés et endigués par les mesures fines que nous préconisons dans la section 2 « Vigilance : une régulation fine ».

⁸⁵ C'est précisément pourquoi pour contrer les incitations à la prise de risque que les contrats d'assurance prévoient des dispositifs de bonus/malus ou des tarifications ajustées aux risques réalisés et/ou des mécanismes de franchise.

⁸⁶ Cf. *supra*.

⁸⁷ L'OCDE est particulièrement en pointe sur le sujet et développe des travaux particulièrement convaincants menés notamment par A Blundell Wignall, P Atkinson et C Roulet, « Bank Business Models and the Separation Issue », *OECD Journal : Financial Market Trends*, 2014.

⁸⁸ L. Laeven, and alii, "Bank Size and Systemic Risk", *IMF Staff Discussion Note*, May 2014.

Les banques opposées à ce type de solution radicale affirment que les « murailles de Chine » sont une bonne solution pour éviter les conflits d'intérêts dans les groupes bancaires⁸⁹. Mais malgré ces pratiques, il y a la vie spontanée de toute organisation : les rencontres à la machine à café, les échanges improvisés. Maîtriser toutes les relations sociales semble impossible. Seules les réformes structurelles peuvent contrer cette inévitable porosité.

Trois options sont envisageables : la séparation stricte, l'interdiction de certaines activités aux banques qui collectent les dépôts ou le cloisonnement de certaines activités au sein des groupes.

- i. La séparation stricte ou scission sur le modèle du *Glass Steagall Act* américain de 1933 consiste à démanteler les groupes bancaires en coupant tout lien capitalistique entre banque commerciale et banque de marché qui deviendraient alors des entités juridiques indépendantes. Cette option est certainement la plus efficace mais nous considérons qu'elle est à ce jour irréaliste car inacceptable politiquement.
- ii. L'interdiction de certaines activités risquées sur le modèle de la « règle Volcker ». La section 619 du *Dodd Frank Act*, réforme financière promulguée aux Etats-Unis en juillet 2010, est connue sous le nom de « règle Volcker ». Elle vise à séparer certaines activités risquées de celles couvertes par les garanties publiques. Ainsi, les banques bénéficiant de l'assurance-dépôts du FDIC et de l'accès à la liquidité d'urgence de la FED n'ont pas le droit d'effectuer des opérations de *trading* pour compte propre dès lors que ces activités ne visent pas à couvrir des transactions effectuées pour le compte de leurs clients et ne sont pas liées à leurs activités de teneurs de marché (notamment l'animation du marché des titres publics). Les investissements et le sponsoring des banques « garanties » dans les *hedge funds* et fonds de *private equity* sont plafonnés à 3% du capital des fonds et 3% du capital tier one des banques. Le recul que nous avons maintenant sur la règle Volcker montre que ce type de règle ouvre de nombreuses possibilités juridiques de contournement⁹⁰. En d'autres termes, la difficulté à distinguer précisément les activités risquées et interdites des activités non risquées notamment dans un environnement mouvant marqué par des innovations financières permanentes offre des opportunités de contournement de la règle qui en limitent l'efficacité.
- iii. Le cloisonnement. Cette option qui a été préconisée en septembre 2011 par le rapport Vickers (*Independent Commission on Banking*) et en octobre 2012 par le rapport dit « Liikanen », commandé par la Commission européenne⁹¹, est celle que nous préconisons. Cette solution préserve l'intégrité des groupes financiers mais cloisonne (*ring fencing*) à l'intérieur de ceux-ci les activités de banque commerciale dans l'approche à la Vickers ou les activités de banque de marché dans l'approche à la Liikanen. Ce qui a fait dire à John Vickers lors de son audition devant la Commission des finances de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale du 6 février

⁸⁹ L'exemple du scandale du Libor développé plus haut illustre pourtant avec force la porosité de ces murailles de Chine et leur inefficacité à protéger contre les conflits d'intérêt.

⁹⁰ Notamment du fait de la difficulté - que nous avons déjà soulignée - à clairement distinguer les activités de tenue de marché du *trading* pour compte propre.

⁹¹ http://ec.europa.eu/finance/bank/docs/high-level_expert_group/report_fr.pdf

2013 : « Je préfère cantonner la banque de détail ; pour Erkki Liikanen, ce sont les activités de marché qui doivent l'être. En d'autres termes, je cherche à éloigner la gazelle du lion et, plutôt que confiner la gazelle, Erkki Liikanen préfère confiner le lion – aussi bien, sur le fond, même s'il existe effectivement quelques différences d'approche, les principes à l'œuvre sont similaires ». La philosophie est donc la même et vise à sanctuariser la banque qui collecte les dépôts et octroie les crédits. J. Vickers préconise de regrouper les activités traditionnelles de banque de détail (dépôts et prêts) dans une entité juridique « cantonnée » disposant d'une gouvernance propre notamment un conseil d'administration indépendant et des exigences de capitalisation accrues. Toute entité « cloisonnée » est autorisée à collecter des dépôts et à fournir des services aux entreprises de l'espace économique européen⁹² mais est interdite de toute activité de marché⁹³. Seule la banque « cloisonnée » continue à bénéficier de garanties des pouvoirs publics, ce qui théoriquement doit accroître les coûts de financement de la banque « non cloisonnée » via l'élimination de la subvention de financement dont bénéficient les banques d'investissement intégrées dans des groupes bancaires universels. En d'autres termes, les conflits d'intérêt dans la banque d'investissement ne seraient plus « couverts » et, ce faisant, « nourris » par la garantie de l'Etat. Quelle que soit l'option de cantonnement retenue, soit des activités de marché (Liikanen), soit des activités de banques commerciales (Vickers), au sein des groupes bancaires, il est crucial que le *market making* et l'*underwriting* soient séparés des activités de banque commerciale. Si le *market making* reste du côté des dépôts, l'immense masse des opérations sur dérivés restera du côté des dépôts car, par définition, les banques qui cotent ces produits sont *market maker* et donc ces opérations ne seront pas séparées et pourront dissimuler des activités de *trading* pour compte propre. C'est précisément pour cette raison que le rapport Liikanen préconise que le *market making* soit dans la filiale. C'est également cette raison qui explique toutes les difficultés de mise en œuvre effective de la règle Volcker aux Etats-Unis. Il est également impératif que le capital et la liquidité soient gérés et contrôlés par les superviseurs à part et non intégrée, de manière à véritablement « insulariser » la partie de la banque devant bénéficier de la garantie publique.

En conclusion, on peut écrire qu'à conflits d'intérêts structurels ou systémiques, réponse structurelle ou systémique. L'analyse des conflits d'intérêts structurellement ou systématiquement générés par les cumuls de certains mandats ou fonctions ainsi que par l'existence de banques universelles de grande taille ne peut donc appeler qu'une solution du même type, à savoir l'interdiction du cumul de certains mandats et la séparation bancaire.

⁹² La banque cloisonnée peut notamment fournir des prêts aux ménages et sociétés non financières sur base garantie ou non garantie, faire du financement de projet et *trade finance*, et mener des activités de conseils sur la vente de produits financiers proposés par la banque « non cloisonnée » dès lors qu'aucune exposition n'en résulte.

⁹³ La banque cloisonnée ne peut notamment effectuer les activités suivantes : structuration arrangement ou exécution de transactions sur produits dérivés, investissement en actions, dette *corporate*, ou titres de dette échangeables/convertibles, *origination*, *trading* et tenue de marché, etc.

D'autres conflits d'intérêts n'ont pas une telle portée structurelle ou systémique ; la vigilance dont ils doivent faire l'objet doit alors s'incarner dans une régulation fine.

3.2 - LA VIGILANCE : LA REGULATION FINE

Les différentes modalités envisagées ci-après se complètent et peuvent donc s'articuler, de telle façon que le succès de l'une en rende une autre moins nécessaire. C'est de cette articulation que peut résulter une lutte efficace contre les conflits d'intérêts. Il faut donc considérer les mécanismes envisagés comme une sorte de florilège, catalogue de mesures possibles devant être adoptées et adaptées de manière pragmatique. Appartient à ce florilège, l'information sur les liens (la transparence), le développement d'une culture des conflits d'intérêts, la prise en compte de ces derniers dans l'organisation institutionnelle notamment par la généralisation des déontologues, les contrôles des liens et la qualification des conflits d'intérêts, la limitation des cumuls d'emplois, le soutien aux contre-lobbying, la démocratisation ou l'ouverture des espaces décisionnels, la limitation des allers-retours entre la haute fonction publique et le secteur privé ainsi que l'instauration de contrôles postérieurs à la fin des activités concernées.

A - L'information sur les liens : la transparence

Dans le domaine de l'expertise en santé, l'information sur les liens d'intérêts est aujourd'hui généralisée, notamment dans le cadre des déclarations d'intérêts, dont le modèle est prévu par des textes nationaux et commun à l'ensemble des agences sanitaires⁹⁴, cette dernière caractéristique posant d'ailleurs difficulté en ce que certaines spécificités de l'activité des agences peuvent ne pas être prises en compte⁹⁵.

La divulgation de l'information constitue, plus généralement, la réponse la plus répandue face aux conflits d'intérêt, l'idée étant que la réduction de l'écart informationnel est disciplinant. A titre d'exemple, dans le monde de la finance, si les petits investisseurs financiers ont connaissance d'un potentiel conflit d'intérêts affectant leur conseiller financier, l'idée est que les bénéficiaires du conseil biaisé vont en tenir compte dans leur décision.

De même, en ce qui concerne les allers-retours entre les secteurs publics et privés (« les portes tournantes »), la médiatrice européenne a récemment recommandé une transparence totale sur les nouvelles activités des anciens commissaires via la publication proactive de ces informations sur un site internet qui serait dédié. Actuellement l'information est disponible à la demande. Ce type de solution pourrait être étendu en France pour la haute fonction publique et les élus. Quelques difficultés peuvent cependant apparaître. Par exemple, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, créée en 2013, n'est visiblement pas dotée des moyens d'analyser l'ensemble des déclarations d'intérêts qu'elle est amenée à recueillir, cet état de fait

⁹⁴ Arrêté du 5 juillet 2012 portant fixation du document type de la déclaration publique d'intérêts mentionnée à l'article L. 1451-1 du code de la santé publique.

⁹⁵ Soulignons également, dans une perspective élargie, qu'en dehors même du droit de l'État, la pratique des plus grandes revues spécialisées dans les questions de santé ou, plus largement, dans les sciences de la nature, inclut la déclaration des conflits d'intérêts de leurs contributeurs.

ayant conduit des citoyens bénévoles et convaincus à l'aider dans sa tâche... Or, à quoi sert une information dont la sincérité ne peut être contrôlée ?

De fait, l'efficacité de l'information sur les liens d'intérêts connaît des limites. On soutient parfois qu'une fois la transparence assurée, la régulation des conflits d'intérêts perdrait en efficacité. En effet, la transparence concernant le conflit d'intérêts pourrait laisser présupposer l'honnêteté dans sa gestion⁹⁶. On ne peut cependant en être assuré. En outre, une divulgation généralisée des liens d'intérêts pose une difficulté de traitement de l'information, une information pertinente ou importante pouvant se trouver noyée dans un flot d'informations secondaires, sans compter que le traitement des informations suppose formation, analyse et moyens. Enfin, la divulgation se heurte au principe du respect de la vie privée qui, pour être un argument légitime, conduit à poser des limites à l'étendue des informations que l'on peut demander, par exemple concernant la situation ou les revenus de membres de la famille ou de proches.

On peut sans doute en conclure que l'information sur les liens d'intérêts ne constitue jamais qu'un préalable, un prérequis à la mise en œuvre d'autres mécanismes, que nous allons analyser. Soulignons cependant, et pour terminer, que dans certaines situations, les possibilités d'action semblent limitées à l'information sur les liens. Tel semble notamment être le cas des parlementaires intervenant dans le processus législatif alors qu'ils ont un intérêt au vote de la loi. L'exemple de la participation des députés médecins-biologistes lors de l'examen de la loi relative aux laboratoires d'analyses biomédicales est ici représentatifs, ceux-ci ayant, à l'évidence, intérêt au contenu de la loi, mais pouvant difficilement être écartés du processus sous peine de déni de démocratie (et de difficultés politiques quant à la constitution ou non de majorités parlementaires...). La déontologue de l'Assemblée nationale en avait conclu à la nécessité de la déclaration de ces intérêts, mais pas à la possibilité d'écarter les députés concernés des débats⁹⁷. A défaut que cela soit possible, au moins est-il important de savoir d'où les gens parlent.

B - Le développement d'une culture des conflits d'intérêts

Les simples obligations de transparence suffisent en réalité rarement à éviter la réalisation des conflits d'intérêts. Notamment elles n'éliminent pas, en l'absence de contrôle par un tiers, le biais optimiste chez le décideur, c'est-à-dire l'idée selon laquelle il est, quant à lui, parfaitement indépendant et honnête, et ne peut donc être influencé par la situation de conflit d'intérêts (sur le mode du « cela n'arrive qu'aux autres »). Toute une littérature notamment en matière de psychologie tend à montrer le contraire.

⁹⁶ Pour rappel, la réalité fait l'objet d'une littérature abondante, depuis plus d'un quart de siècle, aux États-Unis, par exemple dans M.A. Rodwin, *Medicine, Money and morals. Physicians conflicts of interest*, Oxford University Press, 1993, chapitre 10; Cain, Daylian M., George Loewenstein, et Don A. Moore, « The dirt on coming clean: Perverse effects of disclosing conflicts of interest », *The Journal of Legal Studies* 34, no. 1 (2005), 1-25.

⁹⁷ N. Lenoir, *Rapport 2013*, notamment première partie, « Nouvelles réflexions déontologiques sur la vie parlementaire et décision du Bureau de l'Assemblée nationale du 6 avril 2011 ».

Traiter adéquatement la question des conflits d'intérêts ne constitue cependant pas seulement une question de réglementation. Il est sans doute nécessaire de lui ajouter une approche en termes d'attitudes déontologiques partagées (question d'éducation à des valeurs sociales communes – ou qui devraient l'être) et une approche proprement réglementaire, la première incitant au respect de la seconde (à quoi sert une réglementation dont les acteurs concernés n'ont pas intériorisé la nécessité du respect ?). Il s'agirait ici de développer un enseignement relatif aux conflits d'intérêts notamment dans les secteurs qui sont particulièrement exposés à ces derniers. Nous pensons, bien évidemment, à la haute fonction publique dans le cadre des écoles qui en forment les futurs membres, les enseignements existants de déontologie ou d'éthique nous semblant insuffisants.

Il s'agirait bien ici d'une véritable formation à la culture des conflits d'intérêts, c'est-à-dire notamment à la compréhension des enjeux qui leur sont liés, mais également par des études de cas concrets. Une tendance actuelle s'avère, en effet, inquiétante : une sorte de bureaucratisation de la gestion des conflits d'intérêts, c'est-à-dire la demande à certains acteurs de respecter leur obligation d'établissement d'une déclaration d'intérêts, en général sur un modèle prédéterminé, mais sans forcément accompagner cette obligation d'une explication quant à son intérêt, ayant pour résultat l'idée selon laquelle les conflits d'intérêts seraient réglés à partir du moment où la déclaration d'intérêts est remplie. Il s'agit ici de l'exact opposé de ce qui est souhaitable.

Participerait également de ce développement, l'instauration, de référents déontologiques de façon plus systématique au sein de toutes les institutions où la question peut se poser, sur le modèle du bâtonnier de l'ordre des avocats qui peut être consulté par les membres du barreau confrontés à une difficulté déontologique. Il s'agirait ici de « faire profiter » de la culture du référent déontologique relatives aux conflits d'intérêts, l'ensemble des membres de l'institution dans laquelle il intervient. On pourrait également renforcer la publicisation de différentes instances chargées de la régulation des conflits d'intérêts ainsi que la publicité des rapports des comités déontologiques.

Contribue également au développement d'une culture des conflits d'intérêts la promotion d'une identité professionnelle forte notamment des superviseurs et membres des autorités de régulation. Ainsi, l'un des résultats intéressants d'une étude de Veltrop et de Haan⁹⁸ est qu'une identité professionnelle forte des superviseurs peut contrebalancer la capture liée à l'identification sociale avec le monde de la finance. Ils proposent donc de stimuler cette identité professionnelle via la mise en place de groupes professionnels de superviseurs financiers et la promotion de l'affiliation à ces groupes professionnels.

On pourrait ajouter des cours dédiés à la sensibilisation aux conflits d'intérêts, et la promotion d'une supervision en partie centrée sur les processus de prises de décision et sur la culture de l'institution en matière de conflits d'intérêts. Ainsi, la Banque centrale des Pays Bas, ayant pris conscience que le régulateur peut accroître son efficacité à préserver la stabilité financière en

⁹⁸ D. Veltrop and J. de Haan, "I just cannot get you out of my head: regulatory capture of the financial sector supervisors", *DNB Working Paper*, n° 410, January 2014.

ayant un rôle plus actif sur la culture institutionnelle qui sous-tend les comportements inappropriés, est la première banque centrale qui cible la culture et le comportement comme facteurs de risque. Elle incorpore donc cet aspect dans le processus de supervision. En d'autres termes, alors que la supervision traditionnelle se focalise sur des données financières, la Banque Centrale des Pays Bas ajoute une dimension bien plus difficile à superviser : les comportements et la culture de l'organisation. La manière dont sont traités les conflits d'intérêts dans l'organisation bancaire ou financière et les incitations perverses qu'ils génèrent font évidemment partie de cette nouvelle dimension de la supervision. Or, analyser les risques culturels et comportementaux qui peuvent porter atteinte à la réputation et à l'intégrité de l'institution supervisée exige des connaissances, des compétences et une expertise différentes de celles requises pour la supervision traditionnelle. Des psychologues du management et des experts en gestion du changement organisationnels ont donc été embauchés. Comme l'écrivent très justement J. de Haan, W Nuijts et M. Raaijmakers⁹⁹ : « les superviseurs doivent se poser des questions sur la culture et le comportement des institutions car les comportements des institutions financières indésirables aujourd'hui sont la racine des problèmes de solvabilité et de liquidité de demain ».

En somme, le développement d'une véritable culture des conflits d'intérêts est un enjeu dans tous les secteurs. Elle serait, à tous points de vue, un facteur d'économie, en rendant les contrôles moins nécessaires, mais aussi en contribuant à éviter une bureaucratisation contreproductive de ces contrôles et de la régulation.

Les dangers de la bureaucratisation : l'exemple de l'expertise en santé

On ne peut que regretter ce que l'on peut sans doute appeler une actuelle « bureaucratisation » de la gestion des conflits d'intérêts de l'expertise en santé, les arrêtés succédant aux décrets et aux formulaires de déclaration à remplir. À ce titre, les dispositions de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé¹⁰⁰ sont tout à fait caractéristiques, le code de la santé publique prévoyant aujourd'hui que « I. Chaque autorité compétente veille, pour les personnes relevant d'elle et mentionnées aux articles L. 1451-1 et L. 1452-3, au respect des obligations de déclaration des liens d'intérêts et de prévention des conflits d'intérêts définies au présent chapitre », ajoutant que, pour ce faire, « II. Les autorités et les organismes [mentionnés dans l'ensemble des dispositifs relatifs aux conflits d'intérêts en santé] désignent, en outre, chacun un *déontologue chargé de cette mission* et notamment de s'assurer au moins annuellement, auprès des services de l'autorité ou de l'organisme que les déclarations des personnes mentionnées au I du présent article ont été déposées et sont à jour »¹⁰¹. Autrement dit, le déontologue est chargé d'une mission qu'on qualifierait, dans d'autres secteurs sociaux, de *compliance*/conformité, accréditant l'idée selon laquelle le res-

⁹⁹ J. de Haan, W Nuijts et M. Raaijmakers, "Supervising culture and behaviour at financial institutions: the experience of the Nederlandsche Bank", *VoX Paper 06*, November 2015. <http://www.voxeu.org/article/supervising-bank-culture>

¹⁰⁰ Modifiée, sur ce point, par l'ordonnance n°2016-462 du 14 avril 2016, article 3.

¹⁰¹ Article L. 1451-4 du code de la santé publique.

pect des règles de déclaration et de gestion des conflits par les différentes autorités administratives œuvrant dans le champ sanitaire suffit à une gestion pertinente des conflits d'intérêts.

Or, rien n'est moins sûr, et on peut même se demander si les effets produits par ce type de dispositifs sont très pertinents en termes d'appropriation par les acteurs des règles concernées, en un mot d'une culture des conflits d'intérêts, tant on peut craindre que le passage sous les fourches caudines bureaucratiques provoque les personnes concernées à penser que leurs conflits sont réglés du seul fait de la déclaration de leurs liens d'intérêts.

Une telle situation peut s'avérer éminemment problématique et il est fondamental de doubler le contrôle des liens et des conflits d'intérêts par l'explication des logiques à l'œuvre notamment par des chartes de déontologie donnant un « sens » aux différents dispositifs de régulation. La modalité la plus efficace de gestion fine des conflits d'intérêts réside en effet dans le fait que les personnes concernées se déportent elles-mêmes des processus décisionnels, ce qui implique leur conscience, tant de l'importance que de la logique des conflits d'intérêts ; dans une telle perspective, l'absence de cette dernière compréhension et une conception « bureaucratique » des conflits d'intérêts ne peut pas donner l'ensemble des résultats attendus.

C - L'organisation institutionnelle et les déontologues

La même logique de prévention se retrouve dans la prise en compte des liens et potentiellement des conflits d'intérêts dans l'organisation institutionnelle. On a ainsi vu se développer, dans différentes institutions du domaine de la santé (mais également dans le monde de la justice ou de certaines administrations), des pratiques d'organisation interne tels les entretiens déontologiques permettant à un chef de service de confier, ou de ne pas confier, certaines missions ou la direction de certains services à des personnes du fait de leurs liens et de la potentialité subséquente de les voir prises dans des conflits d'intérêts. Ces pratiques ont été reconnues et étendues par la loi 2016-483 du 20 avril 2016, relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

Va dans le même sens la création d'un comité de déontologie ou d'un déontologue indépendant chargé de rendre des avis indépendants sur les questions de conflits d'intérêts. De tels comités de déontologie ou déontologues permettent également en général la production de règles internes aux différentes agences dans le but de repérer des situations potentiellement conflictuelles et de proposer des solutions aux personnes concernées. Ici encore, dans le monde de la santé, des agences comme la Haute autorité de santé ou l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail ont produit des chartes de déontologie ainsi que des guides des déclarations d'intérêts destinés à traduire ou à décliner les règles applicables en termes d'actions.

Participerait également de ce développement, l'instauration précédemment évoquée de référents déontologiques au sein des institutions, sur le modèle du bâtonnier de l'ordre des avocats, personnes aisément accessibles auxquelles d'éventuelles difficultés ou doutes liés à un possible conflit d'intérêts peuvent être soumis pour avis.

On peut également rapprocher de ces développements la question du contrôle de certaines nominations. Il peut ainsi paraître nécessaire de rendre plus transparent et pluraliste le contrôle de certaines de ces dernières, afin d'éviter des nominations donnant l'impression ou résultant réellement d'un certain « entre soi ». Certes, depuis la Loi organique du 23 juillet 2010 et la loi du 23 juillet 2010 relatives à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution qui prévoit, depuis la réforme constitutionnelle de 2008, que le pouvoir de nomination du président de la République sur certains emplois ou fonctions fera préalablement l'objet d'un avis public des commissions compétentes des deux assemblées, les nominations aux fonctions les plus importantes de l'Etat sont davantage transparentes et la situation s'est améliorée. Pour autant, on n'a pas encore l'impression que cela ait produit de sensibles changements de comportement, le fait majoritaire semblant prendre le pas sur le contrôle.

De façon plus générale, on se contente encore trop, lors de certaines nominations en dépit de conflits d'intérêts potentiels, de promesses quant à l'érection de « murailles de Chine ». A l'exemple de F. Villeroy de Galhau ¹⁰², on peut ajouter celui de Thierry Aulagnon comme directeur de cabinet de Michel Sapin au Ministère de l'économie, en septembre 2016. Thierry Aulagnon avait déjà été de 1992 à 1993 directeur de cabinet de Michel Sapin, alors ministre de l'Économie et des Finances, avant de travailler dans le secteur financier, où il a notamment été directeur général de l'assureur Gan puis haut dirigeant à la Société Générale, avant de prendre sa retraite en 2015. Certes, le ministre a, dans une démarche inédite, consulté la Haute autorité pour la transparence de la vie publique avant la nomination et a demandé à ses collaborateurs les plus proches de court-circuiter le nouveau directeur de cabinet pour toute question relative à la Société Générale, afin, dit sa lettre, « de prévenir tout risque de conflit d'intérêt ou toute interrogation sur de possibles conflits d'intérêts », liés à l'affaire Kerviel. Néanmoins, la gêne avérée n'a pas empêché la nomination. La République compte-t-elle si peu de talents qu'on ne puisse éviter de telles situations ? Et croit-on vraiment qu'on puisse de façon crédible laisser un personnage aussi central qu'un directeur de cabinet à l'écart d'une affaire aussi difficile que celle de la Société générale ?

La Directive européenne sur les « Marchés d'Instruments Financiers » (dite Directive MIF ou MiFID Markets in Financial Instruments Directive)¹⁰³ prévoit que chaque prestataire de services d'investissement doit établir et maintenir opérationnel, un dispositif organisationnel et administratif en vue de prendre toutes les mesures raisonnables lui permettant de détecter, de gérer et d'assurer un suivi des éventuels conflits d'intérêts résultant de l'exercice de ses activités. Plus précisément, l'article L.533-4 du Code Monétaire et Financier et les articles 313-18 à 313-22 du Règlement Général de l'Autorité des Marchés Financiers précisent notamment les obligations suivantes de la Banque (de toute banque ?). Celle-ci doit : établir une politique de gestion des conflits d'intérêts ; détecter les situations de conflits d'intérêts ; tenir un registre de situation de conflits d'intérêts

¹⁰² Voir encadré dans la section sur l'allongement des délais de viduité.

¹⁰³ Transposée en droit français par l'Ordonnance du 12 Avril 2007 modifiant le Code Monétaire et financier.

rencontrés ; informer les clients lorsque des conflits d'intérêts n'ont pu être résolus. C'est au département de la Conformité qu'incombe l'exercice de ces prérogatives 104.

Les contrôles des liens et la qualification des conflits

Le contrôle des liens d'intérêts et l'éventuelle qualification de ces derniers de conflits obéit à un certain nombre de principes (a) qui connaît certains aménagements en cas de nécessité (b).

a. Principes

À côté des mécanismes de prévention peuvent être prévus des mécanismes de contrôle des situations éventuellement conflictuelles.

Il est en effet très important de comprendre, ce qui est aujourd'hui admis sans réserve, qu'il y a lieu de distinguer entre les liens et les conflits d'intérêts, à l'exception bien sûr des conflits d'intérêts structurels, pour lesquelles l'incompatibilité est la réponse adéquate. Une fois que les liens sont établis (par exemple avec une déclaration d'intérêts), il faut associer les liens à des conflits.

Cette nécessité posée, deux points sont à préciser.

D'une part, cette qualification peut être à l'initiative de plusieurs acteurs : la personne éventuellement en conflit, celle qui envisage de lui confier une mission, voire un tiers. D'autre part, il est notable, et souvent souligné, que le secteur public est moins « arrangeant » que le secteur privé vis-à-vis des conflits d'intérêts. La raison en est que l'administration ne saurait être soupçonnée de partialité. Dans un tel contexte, si, d'une manière générale et quel que soit le secteur d'activité, le soupçon de conflit d'intérêts équivaut au conflit, il suffit alors, dans un cadre public, à entraîner la mise à l'écart de la personne soupçonnée du processus décisionnel¹⁰⁵. Il faut souligner que, même en cas de contrôle administratif, la personne éventuellement en situation de conflit peut se déporter : le contrôle administratif ne lui ôte nullement son pouvoir d'initiative, ni ne la déresponsabilise (y compris juridiquement).

Dans cette perspective, la conséquence habituelle d'un conflit réside dans la mise à l'écart de la personne en situation de conflit du processus décisionnel concerné ; cette mise à l'écart peut-être à l'initiative de la personne elle-même qui, selon une expression consacrée héritée de la justice, « se déporte », ou à l'initiative de la personne qui envisage de lui confier une mission, notamment l'administration, suite à analyse de la déclaration d'intérêts.

Ajoutons encore que le mécanisme du déport peut se révéler insuffisant, ou poser des difficultés qui devraient être résolues de manière plus radicale. En effet, il peut arriver qu'une personne soit tellement impliquée dans un secteur social, notamment si celui-ci est concurrentiel, que

¹⁰⁴ Ajoutons que les conflits d'intérêts sont aussi présents dans le droit des sociétés, particulièrement en France depuis la loi de 1966.

¹⁰⁵ J. Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts*, préc., 74-78.

l'application des règles relatives aux conflits d'intérêts l'amène à se déporter dans une grande partie des dossiers que l'instance à laquelle elle appartient doit examiner. Il est alors sans doute préférable que la personne abandonne la fonction envisagée, ou que l'on revienne, si cela est possible, sur sa nomination, ou, tout simplement, que l'on évite cette nomination.

b. Aménagements

La finesse de la gestion des conflits d'intérêts peut encore se voir dans des « situations limites ». Il peut arriver, en effet, de se trouver confronté à la difficulté de trouver une personne exempte de liens et de conflits d'intérêts. Tel est notamment le cas dans l'exemple très habituel de l'expertise en matière de maladies rares, dans lequel les experts potentiels peuvent être peu nombreux¹⁰⁶, avoir mené des protocoles de recherche financés par une société commerciale, notamment un fabricant de médicaments ou de dispositifs médicaux, sur les maladies en question, avoir déposé des brevets relativement à certains produits ou procédés, être impliqués dans les soins aux personnes concernées, voire militer pour une meilleure prise en compte, ou l'allocation de moyens relatifs à la pathologie dont ils sont les spécialistes. Que faire dans un tel cas ? Les administrations choisissent en général de retenir lesdits experts. Plusieurs « garde-fous » peuvent alors être imaginés. Il peut s'agir, d'une part, de ne pas nommer le spécialiste en situation de conflit, membre d'un groupe de travail, mais de l'entendre comme « sachant » afin de l'auditionner sans toutefois qu'il participe au processus décisionnel proprement dit ; on peut également imaginer, d'autre part, dans le cadre d'un groupe de travail, et en cas d'opposition entre différentes « écoles de pensée » ou « prises de position », par exemple en ce qui concerne la prise en charge médicamenteuse ou non médicamenteuse de telle pathologie, d'équilibrer un groupe de travail entre tenants des différentes positions ou écoles qui structurent la réflexion sur la question considérée. On peut également nommer comme président du groupe une personne indépendante des intérêts en cause, non spécialiste de la question considérée, mais d'une autre question, voire spécialiste de la méthodologie de la recherche. Une autre piste concernant, également, la position présidentielle, consiste à nommer, au contraire, une personne connaissant de manière extrêmement fine et précise le milieu de recherche considéré, capable d'orienter les débats et d'évaluer les interventions en fonction de cette connaissance, voire jouissant d'un prestige et d'une position dans le champ considéré qui provoque les participants du groupe de travail à l'objectivité.

De telles considérations peuvent paraître très éloignées d'une régulation objective des conflits d'intérêts en ce qu'elles intègrent certaines dimensions de la subjectivité des acteurs. Soulignons alors qu'il ne s'agit ici pas de panacées mais de simples compléments, sachant toutefois que ce type de considérations peut être considérablement important et efficace dans la mise en pratique des règles analysées.

¹⁰⁶ N'oublions pas, en outre, que la participation à des missions d'expertise publique ne constitue en rien une obligation, certains spécialistes pouvant refuser d'être experts.

D - La limitation des cumuls d'emplois

L'interdiction de principe du cumul de l'emploi de fonctionnaire avec une activité privée lucrative posée par l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est immédiatement mitigée par des exceptions autorisant une activité accessoire, lucrative ou non, à condition qu'elle soit compatible avec les fonctions principales et n'affecte pas leur exercice. Sous réserve d'autorisation préalable, les fonctionnaires peuvent donc exercer à titre accessoire, entre autres, des missions d'expertises ou de consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés, des activités d'enseignement, une activité agricole ou encore des missions d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger. Un agent public peut également opter pour le statut d'auto-entrepreneur pour exercer, à titre accessoire, les activités suivantes : l'expertise et la consultation ; l'enseignement et la formation ; une activité à caractère sportif et culturel ; des travaux de faible importance réalisés chez les particuliers ; les services à la personne ; la vente de biens fabriqués personnellement par l'agent.

Ainsi, la législation existante offre une certaine flexibilité, qu'il ne s'agit pas en soi de remettre en cause. Le problème est bien plutôt :

- d'une part, de s'assurer que ce qui est censé être accessoire le demeure. A cet égard, il serait sans doute souhaitable d'établir des pourcentages de temps d'activité et des plafonds. L'ambiguïté de la situation vient en effet du fait que l'emploi public demeure (sauf demande individuelle de l'agent concerné) à temps complet. Or, y compris parce qu'elle peut être rémunératrice, l'activité accessoire peut aisément empiéter sur la tâche principale.
- d'autre part, de s'assurer que le principe de compatibilité est bien respecté en en assurant un contrôle effectif.

E - Le soutien au contre-lobbying

Le lobbying est souvent dénoncé comme générateur de conflit d'intérêts. La position que nous défendons ici est pragmatique : il serait illusoire de vouloir empêcher le lobbying ; il est donc pertinent d'organiser un contre-lobbying afin que différents points de vue puissent être défendus autour de chaque question, et pas seulement celui de ceux qui disposent des moyens financiers de cette activité. Dans cette perspective, le contre-lobbying qu'il paraît pertinent de financer est un contre-lobbying technique, à même de contrer des arguments du même ordre.

Le cas de *Finance Watch* est emblématique de ce besoin d'un contre-pouvoir technique et crédible au lobby du secteur financier. En matière environnementale, des ONG comme WWF ou le bureau européen de l'environnement (qui réunit 140 organisations européennes) jouent ce rôle de contre-lobbying et, lors des négociations sur des directives européennes, rencontrent les parlementaires, répondent aux consultations de la Commission et déconstruisent les arguments des lobbys industriels (chimie, pétrole, etc.). En matière de réglementations financières, aucun contre-pouvoir de ce type n'existait en Europe avant la création de *Finance Watch*. Le

déséquilibre était tel qu'à l'initiative d'une vingtaine de députés européens de 5 groupes politiques en juin 2010, un appel a été lancé interpellant la société civile afin qu'elle s'organise pour peser sur les réglementations financières. Si la société civile interpelle fréquemment les politiques, l'inverse est plutôt rare... C'est Michel Barnier, Commissaire européen en charge des services financiers, qui fera voter pour 2012 une ligne d'un million d'euros pour financer cette contre-expertise. Sans cet amorçage, Finance Watch n'aurait jamais vu le jour¹⁰⁷, le reste du financement venant de Fondations d'intérêt général. Une caractéristique essentielle de Finance Watch est que ses salariés sont tous d'anciens professionnels de la finance de haut niveau. Pour autant, l'équipe de permanents n'est que de 15 personnes (en avril 2016) et donc dans l'impossibilité d'être présente sur tous les dossiers pour lesquels un contre-lobbying est requis. De plus, l'absence de financements pérennes et la nécessité de mener en permanence une recherche active de financements ponctionnent les forces vives de Finance Watch, déjà très sous dimensionnées comparées aux forces du lobby bancaire et financier. Le think tank européen *Corporate Europe Observatory* a publié en avril 2014 un rapport – « *The fire power of the Financial Lobby* » - essayant de quantifier le poids des lobbys financiers à Bruxelles. Sa lecture est édifiante et interroge sur le contrôle démocratique de la finance. Les auteurs du rapport précisent dans leur étude la méthodologie employée et les obstacles à la collecte exhaustive de l'information auxquels ils ont été confrontés. L'enregistrement sur le registre de transparence des organismes agissant comme lobbyistes n'étant pas obligatoire mais volontaire, le recensement est compliqué et nécessairement incomplet. Pourtant les forces en présence sont déjà impressionnantes : la finance emploie 1700 lobbyistes et dépense plus de 120 millions d'euros par an pour peser sur le processus d'élaboration des législations financières. A titre de comparaison, les ressources de *Finance Watch* en 2015 étaient de 1,53 millions d'Euros... Les chiffres présentés dans le rapport sont, d'après les auteurs, les plus « conservateurs » et donc sous-estiment la « puissance de feu » réelle du lobby financier. Cette influence se retrouve à toutes les étapes du processus législatif (Commission, Parlement européen) mais affecte aussi les organes consultatifs officiels et autres groupes d'experts (*Derivative expert group* ou *European securities market group*, etc.), dans lesquels leur présence est tout à fait dominante, voire exclusive. La pression du lobbying financier a été telle qu'à la fin de son mandat, quand la question de la réforme de la structure des banques était traitée par ses services, le Commissaire européen Michel Barnier a estimé nécessaire de demander formellement à tous les employés de la DG « Marché intérieur et services » de ne plus rencontrer les lobbyistes de la banque et de la finance... Les arguments avancés ici en faveur d'un soutien à un contre-lobbying technique – très différent du simple plaidoyer - valent évidemment pour d'autres secteurs que celui de la finance. Tous les sujets complexes à forte dimension technique nécessitant un savoir très spécialisé et ayant de fortes implications collectives et sociales sont évidemment concernés – santé, climat, normes environnementales, sanitaires, etc.

F - La « démocratisation » ou l'ouverture des espaces décisionnels

L'un des reproches adressés à nombre d'instances décisionnelles réside dans leur caractère fermé, réservé aux experts, ceux-ci étant soupçonnés de véhiculer une vision du monde univoque

¹⁰⁷ Pour une brève histoire de *Finance Watch*, <http://www.finance-watch.org/about-us/why-finance-watch>

comme liée à leurs origines socio-professionnelles. Ainsi, un comité d'experts-médecins relatif à la prise en charge d'une pathologie portera largement en son sein la vision commune que les médecins peuvent avoir de la relation médicale ; l'intégration dans un tel comité de patients ou de représentants de patients ne peut qu'amener un discours alternatif, plus contradictoire, plus ouvert dans cet espace décisionnel. Il s'agit ici de mieux représenter les intérêts de la société civile dans les comités d'experts, quels que soient les secteurs, comme cela a par exemple été le cas de la Haute autorité de santé fin 2015¹⁰⁸. Il peut alors s'agir d'imposer des quotas de représentations des intérêts de la société civile dans les comités d'experts consultatifs et que cette représentation soit suffisamment diversifiée pour aller au-delà des syndicats et associations de consommateurs.

G - La limitation des allers-retours (revolving doors) et les délais de viduité

a. Limiter les allers-retours (revolving doors) : le cas de la finance

Le cas Dexia est emblématique des effets pernicious des *revolving doors*. Dexia a été fondé (1996) et dirigé pendant une vingtaine d'années par un ancien haut fonctionnaire Pierre Richard qui avait commencé sa carrière comme Directeur des collectivités locales au Ministère de l'intérieur. Dans son rapport sur le naufrage de Dexia¹⁰⁹, la Cour des comptes pointe la responsabilité des dirigeants (Pierre Richard et Axel Miller) en évoquant un « gestion défailante, un excès d'ambition et un manque de professionnalisme ». Rappelons qu'à la date du Rapport, Dexia avait coûté aux seules entités publiques 6,6 milliards d'euros (Etat : 2,7 milliards et Caisse des dépôts et consignations : 3,9 milliards) et que le coût va probablement s'accroître car ce sont les Etats qui ont hérité des structures issues du démantèlement de Dexia. La Cour des comptes regrette que la responsabilité des dirigeants n'ait jamais été recherchée ni par les nouveaux dirigeants, ni par les actionnaires, ni par les Etats, et que les anciens dirigeants aient touché non seulement des indemnités de départ classiques mais aussi des retraites-chapeau¹¹⁰. Plusieurs dirigeants de Dexia, après leur licenciement, ont réintégré leur corps d'origine de la fonction publique¹¹¹.

La Cour des comptes recommande d'interdire les indemnités de départ pour les fonctionnaires devenus cadres dirigeants d'entreprises publiques ou privées soutenues par des fonds publics et de remettre en cause la possibilité pour ces fonctionnaires de réintégrer la fonction publique. Elle préconise également d'introduire un régime de responsabilité pénale et de sanctions pécuniaires des dirigeants de banques et d'assurances visant ceux qui auraient délibérément pris des risques excessifs. Une telle loi a été votée en Allemagne en 2013. Elle donne un exemple à suivre.

¹⁰⁸ Suite au décret n° 2015-848 du 9 juillet 2015 relatif à la composition de la commission de la transparence et de la Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé.

¹⁰⁹ Cour des comptes, *Dexia, un sinistre coûteux, des risques persistants*, juillet 2013.

<http://www.ccomptes.fr/Publications/Publications/Dexia-un-sinistre-couteux-des-risques-persistants>

¹¹⁰ Dans le cas de Pierre Richard, celle-ci s'élevait à 563 000 euros et a été réduite à 300 000 euros en 2012 sous la menace d'un recours en justice engagé par le conseil d'administration de Dexia.

¹¹¹ - cités par la Cour des Comptes - Bruno Deletré a réintégré l'INSEE et Rembert Von Lowis l'IGF, tout en ayant bénéficié d'indemnités transactionnelles de respectivement 725 000 euros et 673 760 euros.

Mais, au-delà du cas de ceux qui ont failli et dont la réintégration en toute impunité est choquante, se pose la question plus générale de la réintégration de ceux qui ont « pantouflé ». Une solution plus radicale serait de ne permettre que des « allers simples », c'est-à-dire qu'un haut fonctionnaire qui décide de continuer sa carrière par exemple dans la finance ou dans la politique devrait démissionner de la fonction publique. Nul doute que cela contribuerait à réduire drastiquement les risques de conflits d'intérêts dans la sphère politico-administrative. Mais il existe également des solutions plus nuancées, qui sont sans doute plus réalistes, notamment deux propositions complémentaires.

D'une part, en cohérence avec nos propositions concernant les fonctionnaires élus pour un mandat politique, il nous semble que le temps qu'un fonctionnaire peut passer en dehors de la fonction publique devrait être limité. Une durée de cinq ans, au terme de laquelle un choix devrait être opéré entre réintégration et démission, nous semble raisonnable. Il s'agirait d'une durée maximale, c'est-à-dire se décomptant y compris en cas de départs successifs.

D'autre part, un fonctionnaire ne devrait pas pouvoir revenir dans son corps d'origine, s'il a un quelconque lien avec le secteur dans lequel il a exercé l'activité pour laquelle il l'avait quitté. Ainsi, un inspecteur des finances qui a pantouflé dans une banque ne devrait-il pas pouvoir revenir à Bercy. La réintégration pourrait s'opérer, mais dans un autre ministère, un autre corps. Il est bien évident qu'une telle proposition heurtera des intérêts bien compris, liés aux primes dont bénéficient certains corps et ministères et à leur prestige, mais il ne nous semble pas choquant que le retour vers la fonction publique, après avoir bénéficié d'une possibilité de pantouflage, puisse avoir un prix. On peut aussi y voir un mécanisme favorisant une mobilité accrue des compétences au sein de la haute administration.

b. Allonger les délais de viduité

Moins radical serait d'imposer des délais de viduité suffisamment longs entre les fonctions privées et publiques quand elles s'inscrivent dans le même « secteur » (finance, santé, industrie, etc.) de sorte de « désactiver » les carnets d'adresses et d'affaiblir suffisamment les mécanismes bien connus d'identification culturelle et sociale. Cet allongement des délais de viduité serait un moyen de contrer les mécanismes pernicioeux de capture sociale, intellectuelle et cognitive qui alimentent le soupçon de conflit d'intérêts et affaiblissent ainsi les institutions démocratiques. *A contrario*, un banquier ou un industriel pourrait intégrer le secteur public y compris dans des fonctions de régulation sans délai de viduité particulier dès lors que les nouvelles fonctions ne concernent pas le secteur d'où il vient. Un autre avantage de ce système résiderait dans un mélange de cultures administratives, la circulation d'une administration à l'autre ne pouvant que constituer un enrichissement car provoquant *de facto* des échanges sur les manières de faire et les meilleures pratiques.

Une illustration : le cas du Gouverneur de la Banque de France F. Villeroy de Galhau

La vive réaction publique suite à la nomination de F. Villeroy de Galhau¹¹² comme Gouverneur de la Banque de France après avoir été l'un des cadres dirigeants de BNPP pendant plus de 12 ans, et cela après un « sas » de seulement 6 mois entre les deux fonctions, sas au cours duquel lui a été confiée une mission sur le financement de l'investissement des entreprises censée le « blanchir » de son statut de banquier, incite à penser qu'un délai si court ne suffit pas à éradiquer le soupçon de conflit d'intérêts. La ligne de défense de M. Villeroy de Galhau se structura autour de la compétence technique, de l'intégrité morale et dans l'engagement de couper tous les liens financiers avec l'industrie. Il ajouta qu'il se déporterait pendant deux ans de toute prise de décision concernant son ancien employeur BNP Paribas (soit environ le quart du secteur bancaire français...). Ce type de défense, très fréquente quand il s'agit de passer du privé au public et notamment de prendre ou reprendre des responsabilités en lien avec des politiques publiques susceptibles d'affecter le secteur privé dans lequel la personne a travaillé, traduit une profonde méconnaissance des mécanismes d'identification par lesquels passe la capture. La bonne foi des intéressés n'est d'ailleurs pas mise en cause. La capture est en effet souvent cognitive et culturelle – ce qui est bien plus pernicieux que les liens d'argent. Après avoir passé de nombreuses années dans le secteur régulé, la connivence prend la forme d'une adhésion à la culture et aux valeurs du secteur régulé via des liens affectifs et sociaux tissés au cours des années. Cette identification au secteur régulé influe nécessairement sur l'attitude plus ou moins conciliante et bienveillante vis à vis du secteur bancaire. Ce risque d'identification sociale bien connu en psychologie sociale a été étayé empiriquement dans une étude menée par des chercheurs de la Banque centrale des Pays Bas¹¹³. Veltrop G et de Haan J ancrent leur étude dans la théorie de l'identité sociale, ce qui se justifie par le fait que le secteur de la finance se caractérise par des normes sociales fortes. Contrairement aux approches en termes principal-agent qui se focalisent sur la capacité du secteur financier à directement influencer les politiques et les hauts fonctionnaires via des contributions financières à des campagnes électorales, le lobbying et des opportunités de carrière, Veltrop G et de Haan J mettent en évidence des canaux plus subtils de capture passant par l'internalisation par les superviseurs et régulateurs des objectifs, normes et valeurs du secteur financier à travers des processus d'identification sociale. Leurs résultats démontrent que les superviseurs ayant eu antérieurement des fonctions et/ou un mandat dans le secteur financier sont prédisposés à une plus grande identification sociale avec le secteur financier et que celle-ci affecte négativement leurs performances en tant que superviseurs. De ce point de vue, cette étude est à notre connaissance la première qui montre sur la base d'un travail scientifique les effets pernicieux des *revolving doors*. Rappelons ici que F Villeroy de Galhau préside le Collège de Supervision de l'ACPR (Autorité de Contrôle prudentiel et de Résolution).

¹¹² Après une brillante carrière dans la haute fonction publique (Direction du Trésor, Directeur de cabinet du ministre de l'économie notamment), il entre dans la banque BNP Paribas en 2003 et reviendra dans le secteur public en 2015 comme gouverneur de la Banque de France. A ce titre, il préside le collège de supervision de l'ACPR...

¹¹³ D. Veltrop and J. de Haan, "I just cannot get you out of my head: regulatory capture of the financial sector supervisors", *DNB Working Paper*, n° 410, January 2014.

H - Le contrôle *ex post*

Une difficulté récurrente de gestion des conflits d'intérêts réside, comme l'a montré l'affaire Barroso, dans le contrôle de la situation *ex post* des personnes, cette dernière pouvant révéler des conflits d'intérêts antérieurs non détectés, notamment de nature à jeter le discrédit sur l'institution concernée.

Dans ce contexte, il est nécessaire d'instaurer une vigilance relative à la situation de personnes ayant quitté certaines fonctions, après un certain délai, par exemple deux ans. Il s'agirait, en quelque sorte, d'introduire en France une logique de la responsabilité au sens de l'*accountability* anglo-saxonne, c'est-à-dire le fait d'inscrire dans les devoirs inhérents à une fonction ou à une mission le fait de rendre compte rétrospectivement des actes accomplis dans cette dernière. Du point de vue des intérêts contrôlés, ceux-ci seraient les mêmes que ceux contrôlés lors de la prise de fonction.

Au-delà de ces procédés de régulation fine, les cas les plus graves, c'est-à-dire manifestant une véritable volonté antisociale de l'agent, devraient faire l'objet de modalités de sanction renforcée dans le cadre du droit pénal.

3.2 - DES MODALITES DE SANCTION RENFORCEES EN CAS DE CONFLITS D'INTERETS INTENTIONNELS : LA PLACE DU DROIT PENAL

Différentes sanctions peuvent prendre place dans la régulation des conflits d'intérêts. Tel est le cas de l'annulation administrative des décisions prises en violation des règles en la matière ; tel est également le cas des règles relatives à l'indemnisation (civile ou administrative) des préjudices subis en relation avec la violation des règles. Il en est encore de même des sanctions disciplinaires qui peuvent être prises par un employeur public ou privé dans le même cadre. Nous nous intéressons cependant essentiellement ici au rôle de la répression pénale dans la mesure où celle-ci est assortie d'une charge symbolique ainsi que d'une efficacité potentiellement très importante, si tant est qu'elle soit effectivement mise en œuvre. Le droit français contient ainsi aujourd'hui nombre de dispositions, qui permettent de sanctionner pénalement les conflits d'intérêts, dès lors que les comportements en la matière sont intentionnels, c'est-à-dire que la situation est délibérément exploitée¹¹⁴.

Cependant, au-delà des possibilités textuelles, très peu de sanctions sont effectivement prononcées. Dans le domaine de la banque et de la finance, la pratique dominante aujourd'hui en matière de sanction des fraudes ou corruption liées à des conflits d'intérêts est d'infliger des amendes à des personnes morales. Tel est particulièrement le cas dans la crise des *subprimes* aux Etats-Unis, dans le cadre de transactions pénales, à travers le *plea bargaining* (marchandage

¹¹⁴ La Cour de cassation interprète même l'infraction de prise illégale d'intérêts, qui permet de sanctionner nombre de conflits d'intérêts dans un cadre public, de manière particulièrement extensive, interprétation contre laquelle le Rapport Sauvé a d'ailleurs pris position, proposant une réduction de celle-ci. Rapport Sauvé, préc, 30-40, et pour une réaction pénaliste, J.-M. Brigant, « Affaires, conflits d'intérêts, probité... Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir », préc., n°6 et 13-14.

judiciaire de négociation de la peine). Ce dispositif prévoit pour la personne morale des sanctions financières qui paraissent considérables dans l'absolu, mais ne le sont en réalité pas quand on les rapporte aux bénéfices engrangés du fait des fraudes.

Le sens des développements qui suivent est de proposer la sanction pénale effective des comportements intentionnels vis-à-vis des situations de conflits d'intérêts, c'est-à-dire les situations dans lesquelles une personne a clairement choisi de contourner les règles précédentes, règles d'incompatibilité ou de régulation fine.

Il est nécessaire, pour comprendre cette position, de revenir sur les fonctions sociales du droit pénal (A), support de nos propositions (C) qui ne comportent rien d'extraordinaire dans le cadre d'une comparaison européenne (B).

A - Fonctions du droit pénal

L'absence de répression pénale effective de certains conflits d'intérêts semble éminemment dommageable. Rappelons, en effet, que, d'un point de vue plus général, le droit pénal est chargé de la défense des valeurs sociales fondamentales. C'est la raison pour laquelle le Code pénal est organisé en fonction des atteintes auxdites valeurs. Par exemple, l'infraction de prise illégale d'intérêts prend place sous le titre « des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique »¹¹⁵. Le droit pénal remplit, en cela, une fonction symbolique¹¹⁶ tournée vers l'acte qui a porté atteinte à la valeur sociale. Le Code pénal est d'ailleurs rédigé en référence, non aux délinquants, mais aux actes infractionnels prévoyant, par exemple, non que le voleur, mais « le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende »¹¹⁷. Dans cette perspective symbolique, le destinataire privilégié de la sanction pénale est non le délinquant mais la société dans son ensemble, afin de lui rappeler ses valeurs fondamentales, la non répression signifiant, *a contrario*, leur acceptation. La répression pénale constitue donc un rappel positif, comme facteur de cohésion sociale, aux valeurs sociales qui structurent la société. Elle peut même paraître, à ce titre, absolument nécessaire à la « santé morale de la société »¹¹⁸, expression qui n'est pas sans rappeler les enjeux liés aux conflits d'intérêts. L'absence de répression pénale des conflits d'intérêts équivaut ainsi réciproquement à leur acceptation. Une telle admission ne peut à l'évidence faire bon ménage avec la décision récente du Conseil constitutionnel visant, dans le domaine de la santé, « l'objectif d'intérêt général de prévention des conflits d'intérêts »¹¹⁹.

Cette idée, qui peut paraître étonnante ou par trop répressive, s'est pourtant dégagée de la quasi-totalité des entretiens que nous avons pu mener dans le cadre de la préparation du présent

¹¹⁵ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Livourne, 1764, Garnier Flammarion, 1991, préf. R. Badinter, § VIII : Division des délits, 77-80.

¹¹⁶ P. Fauconnet, *La responsabilité, étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920 ; P. Poncela, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de philosophie du droit*, tome 22, *La responsabilité*, 1977, 131-142.

¹¹⁷ Article 311-3. Sur cette grammaire particulière du Code pénal, cf. M. Villey, « De l'indicatif dans le droit » *in*, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, 1976, 51-84.

¹¹⁸ E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, PUF, coll. Quadrige, 64-75, et notamment 72.

¹¹⁹ Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016.

rapport. L'argument principal au soutien de cette position réside dans le fait que, si seule l'institution qui provoque ou valide une situation de conflit d'intérêts est sanctionnée, les individus qui mettent concrètement les règles en œuvre ne seront pas incités à appliquer les règles permettant de gérer les conflits d'intérêts dans la mesure où ils échappent à toute responsabilité. Plus spécifiquement, dans le secteur de la finance, si les personnes morales peuvent être essentiellement frappées par des sanctions pécuniaires, les contrats organisant leurs rapports avec leurs dirigeants prévoient souvent la prise en charge par la personne morale des amendes infligées suite à des comportements adoptés dans le cadre des fonctions professionnelles. Autrement dit, la personne morale absorbe les sanctions pécuniaires. Sont seules à même de peser sur le comportement des décisionnaires, les sanctions d'emprisonnement et d'interdictions d'exercice professionnel, encore que ces dernières puissent être « contournées » par le fait que la personne peut changer de fonction pour intégrer des fonctions « non exécutives », à moins qu'elle ne soit simplement et purement remplacée, en interne, par un homme de paille. *Le seul moyen de produire une régulation efficace des conflits d'intérêts intentionnels réside donc dans la sanction pénale effective des personnes physiques qui violeraient les règles en la matière.*

Dans une logique plus économique, si l'on admet que l'intérêt personnel est la motivation première des individus, une façon économiquement pertinente de gérer le problème est d'imposer des sanctions suffisamment fortes sous forme d'amendes ou d'autres punitions - comme l'interdiction d'exercer - pour violation des obligations professionnelles, en sorte d'accroître suffisamment l'intérêt personnel des individus à se comporter de manière sinon éthique, du moins adéquate¹²⁰. Cependant, on se heurte ici à la dimension probabiliste de la sanction qui en altère l'efficacité. Comme il est impossible de mettre en place des systèmes efficaces de détection des comportements déloyaux et donc des grilles de pénalités légales suffisamment puissantes pour contrebalancer les gains liés à ces comportements, plus la probabilité « de se faire prendre » est faible, plus ces dispositifs de sanction voient leur capacité à infléchir les comportements se réduire. Il s'agit là de l'écueil essentiel à l'efficacité des « punitions probabilistes ».

Techniquement, il serait possible d'instaurer un « fait justificatif » des infractions pertinentes qui encadrent d'ores et déjà les mécanismes analysés précédemment si la personne concernée a commis une erreur, pour ne réprimer que la volonté clairement établie et consciente de vouloir tourner les règles en cause.

A - Comparaisons européennes

On pourrait, à l'encontre du raisonnement avancé soutenir que la répression des conflits d'intérêts pourrait alors, notamment dans le secteur bancaire, éloigner différents acteurs économiques du territoire national. La comparaison avec les systèmes juridiques du Royaume-Uni et des États-Unis permet cependant de montrer que ceux-ci connaissent des systèmes répressifs comparables au système de droit français actuel. Ainsi, en ce qui concerne les États-Unis, et suivant le « rapport Sauvé », précité, « *Les États-Unis connaissent une infraction pénale presque identique, prévue dans le code pénal fédéral (18 United States Code § 208), mais limitée aux*

¹²⁰ D. Moore and G. Loewenstein, "Self-Interest, Automaticity and the psychology of Conflict of Interest", *Social Justice Research*, Vol 17, N°2, June 2004.

seuls intérêts financiers. Cette infraction est en outre punie d'une peine sensiblement plus faible (un an d'emprisonnement et cinq ans en cas d'élément intentionnel spécial, la peine d'amende pouvant toutefois atteindre 250 000 dollars) »¹²¹. En outre, dans un cadre privé, la loi Sarbanes-Oxley (SOX) encadre de manière rigoureuse la production de documents comptables et financiers, les sanctions de la violation de ces normes pouvant même aller jusqu'à 20 ans d'emprisonnement. Ainsi, la loi punit, par exemple pour une société d'audit, le fait de combiner les prestations de conseil et d'audit pour un même client, ou pose l'obligation pour les PDG et directeurs financiers de signer les comptes et rapports financiers ou encore l'encadrement des avantages financiers consentis par l'entreprise à ses dirigeants. Ajoutons, pour ces deux exemples, que les États-Unis connaissent le système du cumul des peines, signifiant que, si plusieurs infractions sont commises, les peines s'additionnent, alors qu'en France, la peine maximale correspond au maximum de la peine de l'infraction la plus gravement réprimée. Autrement dit, la comparaison des législations en termes de sévérité ne peut se limiter à la seule comparaison des textes, une sanction moins grave Outre-Atlantique étant susceptible d'être, en fait, beaucoup plus lourde en cas de pluralité d'infractions.

Outre-Manche, et toujours selon le rapport Sauvé, « *Le Royaume-Uni ne semble pas avoir d'équivalent exact de l'infraction de prise illégale d'intérêts, les conflits d'intérêts faisant essentiellement l'objet de codes de conduite susceptibles de déboucher sur des sanctions disciplinaires. Il a en revanche renforcé de façon significative sa législation anti-corruption le 8 avril 2010, la nouvelle loi [Bribery Act 2010] élargissant le champ de l'infraction. Est notamment sanctionné désormais le fait pour une personne (agent public ou non) de « demander, accepter de recevoir ou accepter » un avantage financier ou autre si « la demande, l'accord ou l'acceptation en elle-même constitue l'exécution incorrecte (improper) d'une fonction ou activité pertinente », et ce même si l'avantage est conféré à un tiers ou pour le bénéfice d'un tiers. La « fonction ou activité pertinente » est définie à l'article 3 de la loi comme étant, notamment, toute fonction de nature publique, dont il est attendu qu'elle soit exécutée soit « de bonne foi », soit « de façon impartiale » soit « par une personne dans une position de confiance (trust) du fait de son exécution ». L'« exécution incorrecte » est définie comme le manquement à l'« attente » pertinente »¹²². Le système britannique semble donc, *in fine*, relativement proche du système français.*

La situation relative à la répression des conflits d'intérêts est cependant variable dans d'autres pays européens, l'Allemagne étant peu répressive, tout comme l'Italie, la Belgique connaissant une situation proche de celle de la France ainsi que l'Espagne¹²³.

On ne peut donc, au vu de ces éléments comparatifs, estimer que l'évolution de la répression que nous proposons ici ferait perdre des avantages compétitifs à la France vis-à-vis de ses voisins.

B - Propositions

¹²¹ Rapport préc., p. 33.

¹²² Rapport préc., p. 34-35.

¹²³ Rapport préc., p. 33-35.

En outre, l'effectivité de la répression dépend grandement de la capacité de saisine du juge pénal. Il paraît alors fondamental, afin de réguler les conflits d'intérêts, de donner aux citoyens, ou à leurs regroupements (associations, syndicats, ordres professionnels), un pouvoir élargi de saisine des juridictions pénales, sur le modèle classique de la saisine par des associations dans les différents domaines concernés. Tel est d'ores et déjà le cas, depuis la loi numéro 2013-1117 du 6 décembre 2013, en ce qui concerne la lutte contre la corruption¹²⁴. On pourrait imaginer d'étendre ces possibilités de saisine aux associations de contribuables, d'usagers de la santé ou de consommateurs, en ce qui concerne les dispositifs qui les intéressent. On pourrait en outre ajouter un article au Code de procédure pénale relativement au secteur de la finance. On peut résumer l'idée précédente par la volonté de « déverrouiller » un système dans lequel les citoyens ne peuvent intervenir que de manière marginale, alors que la sensibilité citoyenne à la question des conflits d'intérêts ne cesse d'augmenter.

Rappelons, pour terminer, que la répression des conflits d'intérêts ne vise, en l'état actuel du droit, que les comportements intentionnels ; il n'est donc pas possible, et nous ne le préconisons pas, de sanctionner une personne du fait de sa situation objective de conflit d'intérêts, la répression étant limitée à la personne qui choisit de participer à un processus décisionnel prohibé en se trouvant en situation de conflit d'intérêts. Il s'agirait ainsi de faire du droit pénal ce qu'il est censé être, c'est-à-dire un « dernier recours » lorsque des valeurs sociales fondamentales ont été transgressées et lorsque les dispositifs de régulation des conflits d'intérêt précédemment évoqués, personnels ou structurels, n'ont pas fonctionné, en prévoyant, par exemple, sous la forme technique d'un « fait justificatif de l'infraction » que celui qui s'est soumis de bonne foi aux obligations de déclaration ou de déport habituellement prévues en matière de gestion des conflits d'intérêts, échappe à la répression. Il s'agit, en bref, de sanctionner les comportements non seulement objectifs, mais réellement malhonnêtes.

¹²⁴ Article 2-23 du Code de procédure pénale : « Toute association agréée déclarée depuis au moins cinq ans à la date de la constitution de partie civile, se proposant par ses statuts de lutter contre la corruption, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions suivantes : 1° Les infractions traduisant un manquement au devoir de probité, réprimées aux [articles 432-10 à 432-15 du code pénal](#) ; 2° Les infractions de corruption et trafic d'influence, réprimées aux articles [433-1](#), [433-2](#), [434-9](#), [434-9-1](#), [435-1 à 435-10](#) et [445-1 à 445-2-1](#) du même code ; 3° Les infractions de recel ou de blanchiment, réprimées aux articles [321-1](#), [321-2](#), [324-1](#) et [324-2](#) dudit code, du produit, des revenus ou des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° et 2° du présent article ; 4° Les infractions réprimées aux [articles L. 106 à L. 109 du code électoral](#). Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions dans lesquelles les associations mentionnées au premier alinéa du présent article peuvent être agréées ».

Listes des personnes auditionnées dans le cadre de la préparation de ce rapport, par ordre chronologique

- 20/03/2015 Hubert de Vauplane, Avocat associé chez Kramer Levin
- 27/03/2015 Thierry Philipponnat, Membre du Collège de l'AMF, ancien secrétaire général de Finance Watch
- 10/04/2015 : Thibault Douville, Maître de conférences, Université de Caen Normandie
- 01/06/2015 : Thierry Bonneau, Professeur de droit privé, Université Paris 2 Panthéon-Assas 01/06/2015 : Jean de Maillard, Magistrat
- 08/06/2015 : Daniel Lebègue, Président de Transparency International France
- 08/06/2015 : Jean-François Gayraud, Commissaire de police, Auteur
- 19/06/2015 : Christian Vigouroux, Conseil d'Etat, président de section
- 20/11/2015 : Antoine Vauchez, Directeur de recherche au CNRS, Centre européen de sociologie et de science politique (Université Paris 1-Sorbonne-Ehess)
- 12/02/2016 : Romaric Godin, journaliste, rédacteur en chef adjoint, La Tribune
- 19/02/2016 (par téléphone) : Georges Pauget, Président de la Société Economie, Finance et Stratégie et de l'Institut d'éducation financière du public « la finance pour tous »