
DATE : 21/02/2017

OBJET Synthèse de la note de Terra Nova « *Les conflits d'intérêts, nouvelle frontière de la démocratie* »

Pour les auteurs de la note, la question des conflits d'intérêt constitue le cœur du grand mouvement de défiance des peuples envers leurs élites. Prenant comme point de départ l'affaire Barroso, ils estiment que les soupçons et le ressenti grandissants vis-à-vis de ce qu'ils nomment, à dessein, « *l'establishment* » ne doit pas être pris à la légère mais appelle un changement urgent de paradigme. Selon eux, la sévérité envers les dirigeants se livrant à de telles pratiques doit être accrue et les citoyens eux-mêmes doivent désormais devenir acteurs afin qu'ils « *se saisissent de la question, pas seulement pour la dénoncer* ».

Le rapport tient également à refuser l'idée selon laquelle la notion de conflits d'intérêts serait fluctuante, dépendant du contexte dans lequel elle s'exprime et souffrant ainsi d'une impossibilité à être définie : « *il nous semble 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* ».

1- Contexte et enjeux

La note revient très brièvement sur les origines nord-américaines du vocable de conflit d'intérêts et sur son mode de règlement, notamment aux Etats-Unis et au Canada, pays qui bénéficient depuis longtemps d'une législation très pointue en la matière. Il rappelle également qu'en Europe, ce sont principalement les jeunes démocraties issues de l'ancien bloc de l'est (Lituanie, Bulgarie...) qui ont les réglementations les plus développées, inspirées d'ailleurs par le système américain. Quant à la France, elle a longtemps fait office de mauvais élève, rappelle la note. Même si des changements récents sont venus corriger cette situation, les auteurs de la note insistent sur l'absence encore en France « *d'une culture des conflits d'intérêts et, à fortiori, une stratégie globale de lutte* ».

La note esquisse ensuite un parallèle historique des plus éclairants, comparant la situation d'avant la crise de 1929 et celle lors des scandales financiers (ENRON, Arthur Andersen...) que les années 2000 ont connus. Selon les auteurs, le ressenti dans l'opinion publique fut le même : dégoût et rage vis-à-vis d'une caste, les « *banksters* », mais la réponse des décideurs politiques, elle, fut radicalement différente. Ainsi la réponse du Congrès fut le Glass Steagall Act, qui sépara complètement la banque d'investissement de la banque commerciale. Mais, quelle que soit la réponse, le mal est fait dans l'opinion car « *faillites, scandales* ».

politiques, crise financière globale, biais des avis des experts dont on dépend pourtant de plus en plus, sont aisément imputés à des conflits d'intérêts des décideurs en cause »

- **Des évolutions sociales qui augmentent les hypothèses de conflits d'intérêts**

L'interpénétration des sphères publiques et privées. Les auteurs de la note insistent sur la complexité de nos sociétés actuelles où les activités, économiques, politiques...sont souvent caractérisées par une interdépendance sans cesse grandissante. Les différentes sphères d'action s'entremêlent parfois. Ceci semble particulièrement développé dans les domaines de la banque et de la finance avec, pour le côté public, les ministères du budget et des finances. Certaines élites, notamment des haut-fonctionnaires font alors des allers-retours entre les deux entretenant doutes et suspicions : *« les détenteurs de ces intérêts multiples non seulement ont des intérêts dans chacune des sphères concernées mais également des opportunités d'actions venant notamment de la possibilité d'utiliser dans une des sphères les ressources acquises dans une autre »*. Dans de telles situations, le soupçon de connivence alimente la défiance vis-à-vis des autorités.

- **Une absence de culture des conflits d'intérêts**

Les auteurs de la note insiste sur le fait que celle-ci concerne aussi bien le public en général que celles et ceux qui se trouvent en situation de conflits d'intérêts.

Pour la première situation, il en va du mélange qui peut s'opérer dans l'esprit des citoyens entre proximité, collusion, conflits d'intérêts ou corruption qui sont pourtant des faits et des degrés bien différents. Les auteurs pointent également la contradiction toute française qui voit les citoyens attendre de leurs dirigeants, et notamment de leur personnel politique, une probité à toute épreuve et faire preuve d'une exigence de transparence chaque jour plus grande mais dans le même temps participer parfois aux réélections triomphales d'élus ouvertement condamnés. S'appuyant sur la récente « affaire Fillon », les auteurs de la note déclarent *« 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 »*.

- **Une attention croissante aux conflits d'intérêts**

La note pointe les effets secondaires néfastes que peuvent également engendrer le besoin absolu de transparence et de responsabilité qui a cours de nos jours. Ce mouvement peut renforcer les suspicions et contribuer à une *« culture du soupçon »*.

- **Une crise de confiance dans les institutions et dans la compétence**

Les auteurs de la note s'attardent sur le phénomène d'esprit de corps, lui aussi tout à la fois objet que moteur de soupçons. Ils citent l'exemple de deux fameuses promotions de l'ENA : la promotion Voltaire, d'où sont issus des personnalités telles que François Hollande, Ségolène Royal, Michel Sapin...et sa petite sœur

Senghor qui comptait en son sein Emmanuel Macron, Boris Vallaud, Gaspard Gantzer... Ils insistent plus largement sur l'épineuse question de la reproduction des élites à la française et de leurs pratiques, évoquant ainsi le Conseil d'Etat, à la conseiller du gouvernement et juge de l'administration mais aussi le cas des pantouflages « *notamment dans des cabinets d'avocats* ».

2- Nécessaire subtilité de la gestion

La note pose ici la question de la réponse à apporter : privilégier la prévention, en séparant les fonctions ou préférer un contrôle a posteriori, axée sur la punition des abus de position de conflits d'intérêts.

- **Une boussole, la loyauté à l'intérêt premier**
Des études menées aux Etats-Unis mettent en avant, quelle que soit la forme du conflit d'intérêt, la notion de loyauté comme « boussole ». Cette notion peut, en créant le trouble auprès d'une personne ou d'une institution (ex : loyauté à son employeur, à son client) favoriser les notions de conflits d'intérêts.
- **Un repère, l'ampleur du risque social**
Les auteurs de la note insistent ici sur les dégâts et les dangers que peuvent provoquer des situations de conflits d'intérêts. Ils introduisent une notion de gradation des risques en prenant d'une part l'exemple d'un expert décidant de la mise sur le marché d'un médicament en raison d'une quelconque collusion et d'autre part un médecin qui prescrira un médicament à un patient pour les mêmes raisons. La réponse en droit doit donc, pour les auteurs de la note, suivre la gradation du risque ou du danger que fait courir le conflit d'intérêts.

Les auteurs de la note se lancent ensuite dans une longue analyse des trois secteurs, en lien avec la vie publique ou avec l'intérêt général qui sont particulièrement concernés par des situations de conflits d'intérêts : les experts en santé, les banques et la haute fonction publique.

- **Les experts en santé**
La note nous rappelle que 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 et de l'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé. Une première prise de conscience de l'existence de conflits d'intérêts dans le secteur est réellement apparue au début des années 2000, celle-ci s'amplifiant vers le milieu des années 2000 avec notamment le scandale du Médiateur, largement à l'origine des dispositions de la loi de 2011 visant à durcir le dispositif de gestion des conflits d'intérêts. Les règles en la matière ont, en outre, encore été précisées par la loi de 2016.
- **Les banques**

La note rappelle qu'il est logique de se demander qu'elle est la motivation d'un établissement bancaire lorsqu'il investit des fonds sur les marchés financiers : sont-ce les intérêts des épargnants ou de la banque – et de rappeler le cas de Goldman Sachs ou de banques italiennes.

Les auteurs de la note précise, en outre, que les périodes d'euphorie financière sont particulièrement propices à l'exploitation de conflits d'intérêts et donc à la production d'informations biaisées dans un sens sur-optimiste.

Il est également fait état des prêts toxiques vendus par Dexia et autres banques à des collectivités lors des années 2000 qui peuvent également s'interpréter à travers le prisme des conflits d'intérêts.

- **La haute fonction publique**

Le problème de « pantouflage » ou *revolving doors* devient, selon la note, de plus en plus criant dans la haute fonction publique : « *le pantouflage des 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* ». Ses auteurs estiment qu'en l'état actuel des choses, les règles encadrant le passage d'un secteur à l'autre sont faibles, mettant notamment l'accent sur le peu de pouvoirs dont dispose aujourd'hui la commission de déontologie. Ils espèrent enfin que la loi Sapin 2, qui obligera les ex-conseillers à obtenir l'accord de la HATVP, « *réputée plus sévère* », permettra de faire évoluer la situation.

3- Les pistes de réflexion et propositions

- **L'ELIMINATION A PRIORI : LES INCOMPATIBILITES**

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

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. 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.

- **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 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.

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.

- **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 exploitée. 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.

[Lire le rapport de Terra Nova](#)