

LE CONFLIT D'INTÉRÊT DANS LE DOMAINE PUBLIC

LE CONFLIT D'INTERÊT

Il est des expressions ou des mots que tout un chacun comprend intuitivement si bien que d'en donner une définition précise peut apparaître inutile. C'est le cas de l'expression " conflit d'intérêts ".

Si tout le monde comprend les mots " intérêt " et " conflit ", personne ne peut dire exactement ce que recouvre l'expression elle-même. Si dans certains pays, il existe des textes législatifs recouvrant cette notion, cela n'est pas le cas en France. Il est pourtant nécessaire d'approfondir cette notion qui fait aujourd'hui partie du langage juridique international car les magistrats devront se prononcer de plus en plus sur des situations de conflits d'intérêts susceptibles d'entraîner des faits constitutifs d'infractions pénales (telle que prise illégale d'intérêts, favoritisme...).

Il convient donc de définir cette notion et d'indiquer quels " outils " ou quelles " bonnes pratiques " peuvent permettre de réduire les risques de conflits d'intérêts ou de mieux gérer ceux que l'on rencontre. Ensuite, des exemples pratiques tirés des secteurs public et privé permettront d'illustrer les problèmes spécifiques à différentes catégories d'acteurs ainsi que les régulations mises en œuvre.

I - LA NOTION DE CONFLIT D'INTERETS

1. DEFINIR LE CONFLIT D'INTERÊTS

1.1. Les définitions existantes

Une définition simple pourrait être la suivante : le conflit d'intérêts est une situation de fait dans laquelle se trouve placée une personne face à deux intérêts divergents, un intérêt général et un intérêt particulier, devant lesquels il a un choix à faire.

La Recommandation n° R(2000)10 du Comité des Ministres [du Conseil de l'Europe] aux Etats membres sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée par le 11 mai 2000 lors de la 106° session, indique en son article 8 que : " *l'agent public doit éviter que ses intérêts privés entrent en conflit avec ses fonctions publiques. Il est de sa responsabilité d'éviter de tels conflits, qu'ils soient réels, potentiels ou susceptibles d'apparaître comme tels* ".

L'article 13 de cette Recommandation en donne une définition qui est la suivante :

Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles.

L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou elle-même ou en faveur de sa famille, de parents, d'amis ou de personnes proches, ou de personnes ou organisations avec lesquelles il ou elle a ou a eu des relations d'affaires ou politiques. Il englobe également toute obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujéti.

Enfin une définition plus récente a été adoptée par l'OCDE lors de la 29° session du Comité de la gouvernance publique qui s'est tenue à Paris les 15 et 16 avril 2004 :

" Un conflit d'intérêts implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités ".

Les définitions du Conseil de l'Europe et de l'OCDE ne concernent que les agents publics. Cela se comprend puisqu'elles s'adressent aux représentants des Etats membres de ces deux organisations internationales, auxquels il était conseillé de promouvoir l'adoption de codes nationaux de conduite ou de mettre en place des outils permettant de réduire les possibilités de conflits d'intérêts.

Cette notion de conflit d'intérêts ne doit pas être limitée au secteur public, il est possible d'adapter la définition et d'en étendre son application au secteur privé. Dans ce cas on pourrait considérer que :

" Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre privé, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées par cet organisme ".

1.2. Les différents types de conflits d'intérêts

Si cette notion de conflit d'intérêts paraît plus simple à comprendre à l'aide des définitions précédentes. Cependant son interprétation reste difficile puisqu'il existe différents types de conflits d'intérêts.

Le conflit réel

Si l'agent possède un intérêt avéré, le conflit est dit " effectif " ou " réel. Il s'agit d'un intérêt privé susceptible d'influencer la façon dont l'agent s'acquitte de ses responsabilités ou de ses obligations professionnelles. L'influence peut tenir à la nature de ses intérêts (responsabilités familiales, foi religieuse, liens professionnels, appartenance politique, biens personnels, investissements, dettes, par exemple) ou à leur valeur (intérêts dans une entreprise familiale, possibilité de réaliser un bénéfice important, d'éviter une perte, par exemple).

Le conflit apparent

Le conflit peut être " apparent " si le risque n'existe pas en réalité, parce que les intérêts personnels d'ordre privé n'existent pas réellement, ou que les faits en cause ne sont pas certains : l'agent " semble posséder " des intérêts. Une enquête minutieuse est donc nécessaire pour lever

tous les doutes. On devra, notamment, vérifier que les fonctions de l'agent ne sont pas incompatibles avec sa situation personnelle, qu'il ne commet pas d'irrégularités ou qu'il ne fait pas preuve de mauvaise foi dans sa façon d'exercer ses responsabilités. Tant que ces faits ne sont pas prouvés, l'agent reste confronté à un conflit d'intérêts apparent et il ne devrait pas pouvoir être mis en cause.

Le conflit potentiel

Le conflit reste potentiel lorsque l'agent possède des intérêts privés qui ne sont pas suffisants à l'instant où la question du conflit est posée, puisqu'il n'existe pas encore de relation entre ses fonctions et ses intérêts privés. En revanche, si les fonctions de l'agent changent ou évoluent, il convient de vérifier que ses intérêts privés ne sont pas de nature à influencer sur la façon dont il pourrait s'acquitter de ses nouvelles fonctions, et de s'assurer ainsi que le conflit reste seulement potentiel.

1.3 La notion d' " intérêt personnel "

La notion d'intérêt privé ou personnel est particulièrement vaste puisqu'elle englobe des intérêts directs et indirects, c'est-à-dire, ceux de l'intéressé lui-même, mais aussi ceux de ses proches, de ses amis ou même ceux d'un groupe auquel il appartient. On a donc affaire à une notion très extensive. Cette extensibilité se manifeste également dans le sens que l'on donne au mot intérêt puisque l'on ne prend pas seulement en compte l'intérêt financier de l'individu concerné, mais aussi tout ce qui pourrait constituer, pour lui, un intérêt, qu'il soit familial, politique, professionnel, confessionnel ou sexuel.

Ainsi, en France, lorsque le décideur favorise un intérêt personnel, direct ou indirect au détriment de l'intérêt général, il peut être pénalement condamnable du chef de "**prise illégale d'intérêts**" conformément aux dispositions de l'article 432-12 du code pénal lorsque les faits concernent des personnes exerçant des fonctions publiques.

Cependant l'individu concerné n'est pas tenu d'avoir un réel pouvoir de décision ou de conseil, il est seulement supposé en avoir un. Tant que la décision n'est pas prise, le conflit reste potentiel. En droit français, un tel conflit n'est pas condamnable, seule la décision prise qui conduirait à favoriser un intérêt personnel au détriment de celui de l'organisme est condamnable (" prise illégale d'intérêt "). En revanche, dans de nombreux pays, le simple fait de se trouver en position de conflit peut être sanctionné, soit pénalement, soit administrativement.

1.4 L'exercice " impartial et objectif " des fonctions ou des responsabilités

L'appréciation de "l'exercice impartial et objectif des fonctions ou des responsabilités" est un exercice délicat.. Il est, en effet, difficile de trouver des critères objectifs permettant de mesurer l'impartialité et l'objectivité. Dans certaines circonstances, une décision objective et impartiale sera considérée comme ne l'étant pas, alors qu'un acte partial et totalement subjectif pourra être perçu comme une décision juste et honnête.

En effet, la transparence d'une décision ne permet pas toujours d'affirmer qu'elle a été prise de manière objective et impartiale. Par contre, la transparence permet d'accroître l'objectivité et l'impartialité. Pour autant, certaines décisions, aussi bien dans la sphère privée que dans l'action publique, ne doivent pas toujours être " transparentes ", ne serait-ce que pour la protection des intérêts supérieurs de l'Etat ou de l'entreprise.

En droit pénal français, la " prise illégale d'intérêt " (article 432-12 du Code pénal) concerne le fait de " prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération ". L'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte incriminé, même s'il n'avait pas d'intention frauduleuse. On ne se base que sur la réalité des faits et non sur l'idée que l'on se fait de la possibilité d'agir de la personne incriminée. On ne trouve donc pas trace de l'aspect subjectif lié à la potentialité qui ressort, notamment, des définitions évoquées plus haut.

1.5 Conflit d'intérêts et corruption

Le lien entre le conflit d'intérêts et la corruption n'est pas évident et immédiat. L'agent public exerce l'autorité de l'Etat et occupe des fonctions qui influent sur les droits et les intérêts des citoyens. Dans le secteur privé, l'agent occupe des fonctions qui ont des répercussions sur l'activité et la survie de l'entreprise ou de l'association à laquelle il appartient.

Les missions exercées bénéficient de la confiance que l'Etat ou l'organisme, d'une part, les citoyens, les fournisseurs ou les clients, d'autre part, mettent dans le comportement de l'agent, dans le professionnalisme des services qu'il assure. Ne pas respecter cette confiance, c'est mettre en cause le fonctionnement même des institutions publiques ou des organisations privées.

Le fait qu'un conflit d'intérêt puisse influencer sur l'exercice des responsabilités du représentant de l'organisme pourrait sérieusement ébranler la confiance dans l'intégrité de l'agent ou de l'organisme concerné. Il ne paraît donc pas concevable que l'agent en cause puisse profiter indûment de sa position pour en tirer un avantage personnel.

Un tel usage de sa position constituerait un " acte déloyal " vis-à-vis de son employeur et vis-à-vis des redevables. Ainsi dans les faits de corruption, le corrompu accepte d'agir ou de s'abstenir en échange d'un avantage quelconque, et favorise donc son intérêt personnel au détriment de celui de sa mission.

2. GERER LES CONFLITS D'INTERETS

Dans tous les cas, compte tenu de l'existence de conflits d'intérêts apparents ou potentiels, il n'est jamais possible de supprimer tous les conflits d'intérêts, il convient seulement de s'efforcer de gérer au mieux ceux qui pourraient survenir.

Ne pas confier l'attribution d'un marché de travaux publics à un fonctionnaire ayant des intérêts dans une entreprise de BTP, ne pas confier le rôle d'acheteur à un employé ayant des intérêts dans l'entreprise d'un fournisseur potentiel, tels sont, parmi d'autres, des exemples concrets.

Ce type de situation ne présente, au départ, que des risques potentiels de favoritisme mais oblige l'agent concerné à choisir entre son intérêt personnel et celui de son employeur. Cela ne signifie pas que le choix qui sera fait serait préjudiciable à l'entreprise ou à l'Etat. Cela signifie seulement que la confiance des citoyens envers l'Etat ou la confiance des fournisseurs ou des clients envers le donneur d'ordre public ou privé, pourrait être gravement altérée, voire perdue.

C'est principalement pour éviter cette perte de confiance que des précautions doivent être prises et des sanctions éventuellement prononcées.

Par ailleurs, pour maintenir la confiance dans le cadre d'une gestion efficace des situations de conflit d'intérêts il convient de permettre à l'agent, soit de se défaire des intérêts privés, soit de se récuser.

2.1 Le " désinvestissement "

Pour un décideur, le moyen le plus simple de ne pas voir sa propre responsabilité engagée dans une décision ou une action susceptible d'être considérée comme favorisant son intérêt propre consiste à se défaire de la propriété ou du contrôle de l'intérêt privé en cause.

Au moins deux moyens peuvent lui permettre d'effectuer ce " désinvestissement " :

Il se défait de la propriété ou du contrôle de l'intérêt ou de l'actif en cause ;

Il transfère ou délègue à un tiers l'intégralité de la gestion de l'intérêt ou de l'actif en cause en veillant à ce que ce transfert ou cette délégation soient effectués en faveur d'un organisme à gestion indépendante dans lequel il ne peut exercer aucune influence.

A l'issue de ce " désinvestissement ", l'agent concerné ou l'organisation à laquelle il appartient devront être en mesure de prouver, publiquement si nécessaire, que les intérêts de l'agent sont indépendants des décisions qu'il a prises ou qu'il pourrait être amené à prendre.

Une condition est toutefois nécessaire pour que l'on puisse procéder à ce désinvestissement : que l'intéressé ou son organisation soient informés de l'existence d'un risque potentiel. Cela semble simple lorsque ce risque de conflit peut effectivement devenir réel, mais beaucoup plus compliqué lorsqu'il n'y a, a priori, aucune possibilité de conflit entre l'intérêt personnel de l'individu concerné et celui de son employeur. Dans ce cas, pour " faire taire la rumeur ", seule une action de communication de l'organisme est susceptible de régler le problème.

2.2 La récusation

Lorsque l'agent continue de détenir ou de contrôler certains intérêts privés qui pourraient entrer en conflit avec la décision qu'il est amené à prendre, la solution consiste à confier temporairement sa mission à un autre agent qui n'est pas susceptible d'avoir un conflit d'intérêts.

Dans la réalité, cette possibilité de transfert de responsabilité n'existe pas toujours, en effet, dans certains cas, le transfert ne peut s'effectuer que vis à vis de personnes possédant des capacités particulières mais qui présenteront elles aussi une situation de conflit d'intérêts. Parfois aussi, la récusation n'est pas une solution satisfaisante pour l'organisme lui-même, car elle irait à l'encontre des mesures administratives et des procédures mises en place pour garantir l'intégrité des décisions prises en son nom et, de ce fait, elle pourrait compromettre une réputation d'intégrité établie de longue date.

D'autres mécanismes sont donc nécessaires pour que la confiance ne puisse être altérée. Il s'agit alors de mesures qui ne sont pas destinées à régler le conflit mais à prévenir l'apparition de conflits d'intérêts potentiels.

2.3 Prévenir les conflits d'intérêts

Instaurer et mettre en œuvre des cadres d'action efficaces dans la maîtrise des conflits d'intérêts est une tâche qui peut s'avérer très complexe. Gérer un conflit implique d'établir les faits, de faire respecter la loi ou la règle déontologique interne à l'organisation, et de faire la différence entre les situations de conflits d'intérêt " effective, réelle, apparente ou potentielle ", si l'on utilise la terminologie de l'OCDE.

L'identification de ces situations de conflits d'intérêts, ne peut se faire qu'en demandant, à la fois, à l'agent et à sa hiérarchie, de répondre précisément à deux questions : de quelles fonctions ou missions l'agent est-il responsable ? Possède-t-il des intérêts privés de nature pertinente ? Les réponses obtenues permettent d'identifier la nature du conflit prévisible.

Des enquêtes et des investigations sont donc toujours nécessaires pour établir la matérialité des faits concernant soit les intérêts de l'agent, soit sa responsabilité réelle.

2.4 Identifier les principaux domaines à risques

Il appartient aux responsables de recenser les domaines présentant des risques pour en cas de conflit d'intérêts de l'un des agents. Parmi ceux-ci, on retiendra tout particulièrement :

- L'exercice d'une activité parallèle ou extérieure,
- La connaissance et la divulgation d'informations " privilégiées ",
- La préparation, la négociation, la gestion ou l'exécution des contrats,
- La participation à la prise de décisions stratégiques importantes,
- L'acceptation de cadeaux et autres avantages,
- La participation aux instances de direction d'entités tierces liées à l'organisme
- Le pantouflage...

Dans tous ces cas, après avoir identifié le ou les risques, l'organisme doit définir des règles strictes et des procédures susceptibles d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts, ou tout au moins gérer ceux qui pourraient survenir. Le comportement attendu de la part des agents est inscrit, dans des lois parfois complétées par des codes de déontologie concernant des professions particulières (pour le secteur public) ou dans des codes d'éthique ou de déontologie de l'entreprise(pour le secteur privé).

Dans un souci de prévention, la recommandation du Conseil de l'Europe susvisée prévoit la possibilité de mettre en place pour certains agents publics particulièrement exposés un système de déclaration d'intérêts.

2.5 Les déclarations d'intérêts

Cette déclaration permettrait de recenser rapidement les intérêts des agents particulièrement exposés. Elle doit être prévue par la loi pour ne pas porter atteinte à leur liberté individuelle en tant que citoyen. Le principe est celui d'une déclaration individuelle, régulièrement actualisée, dont la non-production serait, en elle-même, susceptible de sanctions.

Pourrait aussi être recensés, pour l'agent et ses proches, par exemple : les biens immeubles, les avoirs en actions ou instruments assimilables, les intérêts détenus dans une fiducie familiale ou commerciale ou une société mandataire, les fonctions d'administrateur exercées dans d'autres entreprises, les placements, les autres sources de revenus importantes, les cadeaux à déclarer (voyages, hébergements...), les dettes et tous autres intérêts susceptibles de créer une situation à risque.

Il convient de préciser qu'une adaptation de ce type de déclaration existe en France par la mise en place de la déclaration de patrimoine obligatoire pour certains élus et hauts responsables (qui sera abordé dans le développement sur le conflit d'intérêt dans le secteur public).

2.6 Les mesures de contrôle et de prévention

Le contrôle de ces déclarations permet, d'une part, d'éviter à certains agents d'être placés, par leur hiérarchie dans des situations de conflit d'intérêts (prévention) et, d'autre part, de vérifier que l'agent ne s'est pas enrichi de manière illicite pendant la durée de son mandat ou pendant son activité de fonctionnaire. Cette situation est, dans ce cas, susceptible de déboucher sur des sanctions pouvant aller de la restitution des sommes indûment perçues, à la radiation de l'administration assortie ou non des sanctions pénales applicables.

D'autres moyens existent pour contrôler l'intégrité des agents, aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé. Ils visent, le plus souvent, à placer l'agent délibérément et à son insu dans une situation potentiellement compromettante afin de contrôler ses réactions qui sont minutieusement examinées et évaluées. Initialement destinés aux agents des services de police qui avaient fait l'objet de dépôts de plaintes ou qui étaient accusés de corruption ou d'inconduite, ces contrôles d'intégrité ont été étendus à de nombreuses " populations à risques " y compris dans le secteur privé ou ils permettent parfois de mettre en cause des collaborateurs dont on cherche à se débarrasser pour d'autres raisons.

Ce type de contrôle est souvent contesté, non seulement par ceux qui pourraient y être soumis, mais aussi par ceux qui pourraient le mettre en place car il requiert un certain nombre de précautions qui ne sont pas toujours prises :

- Une autorisation par des dispositions législatives particulières,
- Une formation spéciale des contrôleurs pour garantir son efficacité,

- Une information de l'ensemble du personnel de l'organisation pour éviter une influence néfaste et négative sur le personnel non corrompu qui redouterait d'être accusé par erreur.

Dans tous les cas, la prévention par la formation est indispensable. Elle peut prendre plusieurs formes :

- sensibilisation et formation de l'encadrement et des agents en leur rappelant leurs obligations vis-à-vis de leur employeur et en insistant sur les risques encourus tant aux plans administratif, pénal ou civil,
- prise de conscience de la nécessité d'informer la hiérarchie et de solliciter l'utilisation des mesures préventives existantes,
- consultation des conseils en déontologie chaque fois qu'il existe un doute sur la conduite à tenir.

Prévenir et gérer les conflits d'intérêts n'est donc pas simple. On constate que les mesures mises en place depuis de longues années dans l'administration sont aujourd'hui reprises par les entreprises privées dans leurs codes de conduite ou d'éthique. La déontologie, la transparence de l'action, les contrôles, le renforcement des sanctions sont communs à toutes les entités. Les scandales et les conflits d'intérêts touchent toutes les organisations.

Des exemples vont nous permettre d'apprécier la manière dont la question du conflit d'intérêts a été traitée dans le domaine de la fonction publique en France et chez les professionnels de Justice : magistrats, avocats, notaires, mandataires de justice... En outre, ont été abordés les conflits lors de l'attribution des prix littéraires ou de l'élaboration des guides de restaurants.

Dans le secteur de l'entreprise privée, la loi Sarbanes-Oxley votée aux Etats-Unis en 2002 et la loi de sécurité financière adoptée en France en 2003 ont déjà généré tout un processus de mise en place. Cependant ces lois sont trop récentes pour analyser finement leur application ; c'est pourquoi, un recul étant nécessaire, elles seront traitées dans un prochain rapport.

II - LE CONFLIT D'INTERET DANS LE SECTEUR PUBLIC :

L'EXEMPLE DE L'ADMINISTRATION FRANCAISE

Depuis longtemps, la France s'est dotée d'une réglementation destinée à prévenir et à sanctionner les conflits d'intérêts. Déjà en 1302, Philippe le Bel édictait un certain nombre de règles que ses agents devaient respecter : désintéressement, impartialité, interdiction des cadeaux (y compris les " pots de vin "), interdiction des rémunérations provenant des particuliers, interdiction d'accepter des prêts, vie de " bonne renommée "... Mais ces bonnes intentions furent mises à mal par le développement, dès 1483, du système de vénalité des charges et l'autorisation de la pratique des menus cadeaux faits par les administrés. A la fin du XVIII^e siècle, la corruption était quasiment généralisée.

La Révolution française est la période durant laquelle a émergé la notion de " fonctionnaire ". Il s'agit d'un concept assez large qui englobe des fonctions très diverses mais qui concerne uniquement les personnels disposant de prérogatives de puissance publique. Ainsi, seuls les ecclésiastiques, les administrateurs, les juges, les officiers et les notaires sont qualifiés de fonctionnaires. En revanche, les agents des administrations centrales tels que les chefs de bureau, les secrétaires et commis sont désignés sous le terme d'employés. La période révolutionnaire réaffirme et remet en vigueur les valeurs traditionnelles: fidélité, moralité, honnêteté, notamment.

Ces valeurs font partie intégrante du " serment " politique imposé à tous les fonctionnaires (1791) et les oblige à être fidèles à la Nation, à

défendre la liberté et l'égalité et même à mourir pour les défendre (1792). D'autres mesures prises dès cette époque montrent le souci des révolutionnaires de transformer en profondeur l'administration héritée de l'Ancien Régime :

- Interdiction des dons d'étrennes, gratifications et cadeaux dès 1789,
- Réglementation des marchés publics en 1793,
- Détermination, en 1791, des premières incompatibilités, par exemple, entre un emploi de fonctionnaire et une situation de faillite,
- Obligation de déclarations de patrimoine des fonctionnaires et percepteurs en 1793,
- Adoption en 1794 de la règle de non cumul: " aucun citoyen ne peut exercer ou concourir à l'exercice d'une autorité chargée de la surveillance médiate ou immédiate des fonctions qu'ils exercent dans une autre qualité ".

Aujourd'hui, le fonctionnaire est " encadré " dans son activité par des obligations statutaires, des incompatibilités fixées par la loi et, dans certains cas, une obligation de déclaration de patrimoine. Ces mesures préventives s'ajoutent aux sanctions administratives ou pénales qui peuvent les frapper.

1. LE STATUT GENERAL DES FONCTIONNAIRES

Les efforts menés pendant la période révolutionnaire pour doter la Fonction publique d'une certaine éthique n'ont pas remporté le succès escompté, si bien que la corruption dans l'Administration a subsisté et s'est traduite, notamment, par la collusion de fonctionnaires avec des compagnies d'assurance, des banques ou des compagnies de chemins de fer.

C'est sous le régime de Vichy que les obligations du fonctionnaire sont codifiées. Cependant, ce statut ne sera jamais appliqué en raison principalement, de l'hostilité de la haute administration et de l'absence de mesures d'application. Jusqu'en 1946, les devoirs des agents publics figurent donc dans des textes épars, d'origine législative ou réglementaire, adoptés au coup par coup, sans souci d'harmonie ni d'homogénéité. Ont ainsi été, notamment, promulgués le décret-loi du 4 avril 1934 interdisant la participation des fonctionnaires aux organismes de direction des sociétés commerciales ou encore la loi du 29 octobre 1936, restreignant les possibilités de cumuls d'emplois et de rémunérations. Ces textes s'ajoutent à la loi du 6 octobre 1919 qui précise que les fonctionnaires doivent respecter un délai minimum de cinq ans à compter de leur cessation de fonctions, avant de pouvoir prendre des participations dans des entreprises qu'ils ont été amenés à surveiller durant l'exercice de leurs fonctions.

Après la seconde guerre mondiale, l'Assemblée constituante vote la loi du 19 octobre 1946, relative au statut général des fonctionnaires de l'Etat. Elle sera suivie de l'ordonnance du 4 février 1959 qui promulgue un nouveau statut largement inspiré par le texte précédent. Les statuts de 1946 et 1959 se contentent d'édicter des obligations générales pour le fonctionnaire, sans entrer dans le détail des obligations particulières à chaque catégorie de fonctions. En outre, ils ne concernent que les fonctionnaires de l'Etat. Le statut général du personnel communal qui se voit soumis aux mêmes obligations que les fonctionnaires de l'Etat sera créé par la loi du 28 avril 1952. Enfin, les agents hospitaliers qui, à l'époque, n'étaient pas considérés comme des fonctionnaires, sont soumis à un statut général depuis le décret du 20 mai 1955.

Les obligations essentielles s'imposant désormais aux fonctionnaires sont diverses :

désintéressement, discrétion professionnelle, loyauté et intégrité, notamment.

Le désintéressement

Les statuts interdisent " à tout fonctionnaire, quelle que soit sa position, d'avoir, par lui-même ou par personne interposée et sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service, des intérêts de nature à compromettre son indépendance. " Un règlement d'administration définit les activités privées qu'un fonctionnaire ne peut exercer, après sa cessation définitive de fonctions, pendant des délais variables allant de 2 à 6 ans. Pendant les mêmes délais, il ne peut prendre de participation financière dans des entreprises en relation avec son ancien service. Enfin, il ne peut cumuler une activité privée avec une fonction publique que dans les limites fixées par le décret du 29 juin 1936. L'obligation de désintéressement affecte également l'activité professionnelle privée du conjoint du fonctionnaire, qui doit faire l'objet d'une déclaration auprès de l'administration.

La discrétion professionnelle

La discrétion professionnelle s'applique à " tout ce qui concerne les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ". Elle se traduit aussi dans le fait que les fonctionnaires sont " tenus au secret professionnel dans le cadre des règles édictées par le Code pénal ". Cette disposition vise, comme les précédentes, à éviter tout risque de conflit d'intérêts. Au-delà de cette recommandation d'ordre général, les informations classées " secret défense nationale " font l'objet de prescriptions particulières.

La loyauté et la neutralité

La loyauté et la neutralité restent visées par les statuts de 1946 et 1959, qui prévoient également la possible application de sanctions disciplinaires en cas de non-respect de l'ensemble des obligations précitées. Le devoir de loyauté existe à l'égard de l'administration. Il se manifeste également à l'égard des usagers avec lesquels le fonctionnaire doit être impartial et neutre. Cette obligation se traduit, par exemple, pour tout administré de demander la récusation des membres des juridictions administratives qui seraient susceptibles de faire preuve de partialité dans leurs jugements.

L'intégrité

L'intégrité dont doit faire preuve le fonctionnaire suppose l'honnêteté, l'incorruptibilité, l'honorabilité et la probité de l'agent public. Cela interdit aux fonctionnaires de prendre des intérêts de nature à compromettre leur indépendance dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent. Ils ne peuvent donc pas utiliser leur fonction pour servir leurs propres intérêts, ce qui réduit sensiblement les risques de conflit. Les obligations d'honneur et de probité, sont expressément citées par les juges administratifs pour sanctionner sévèrement les fonctionnaires qui auraient manqué à leurs devoirs. Ces obligations concernent principalement l'interdiction absolue de se faire rémunérer par les usagers du service public. Le juge ne tient compte, ni de la modicité des sommes détournées ou de l'objet emprunté, ni de la restitution éventuelle des sommes ou des biens, sauf si elle a lieu de manière spontanée et avant le début de la procédure disciplinaire. Le fonctionnaire peut également être sanctionné pour l'usage personnel des moyens mis à sa disposition par le service.

Le Statut général met donc en œuvre de nombreuses mesures qui ont pour objectifs majeurs de réduire les possibilités d'abus de fonctions et d'éviter les conflits d'intérêts. Il est, depuis toujours, appliqué de manière stricte au sein des administrations. L'ancienneté de cette réglementation et son application sans complaisance expliquent très largement les raisons pour lesquelles, jusqu'à ce jour, l'élaboration de codes de conduite ou d'éthique n'a pas été jugée nécessaire au sein de l'administration française. Seuls certains codes de déontologie viennent compléter ce statut en apportant aux agents exerçant des métiers spécifiques, les réponses aux questions qu'ils doivent se poser lors de certaines phases particulières de l'exercice de leurs fonctions.

2. LES RESTRICTIONS D'ACCES A CERTAINES FONCTIONS

Pour pallier tout risque de conflit d'intérêts, l'agent public se voit également interdire l'accès à certaines fonctions électives et l'exercice de certaines responsabilités, notamment, l'exercice d'une activité privée lucrative.

2.1 Interdiction de cumuler activité lucrative et emploi de fonctionnaire

L'article 25 du statut général des fonctionnaires " *interdit à tout fonctionnaire d'exercer une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit* ". Cet article vise donc, d'une part, à faire en sorte que le fonctionnaire consacre toute son activité professionnelle au service de son employeur (Etat, collectivité territoriale, milieu hospitalier) et, d'autre part, à éviter qu'il use de ses fonctions pour servir ses intérêts personnels ou pour exercer une activité privée rémunérée.

Le Conseil d'Etat a précisé qu'un fonctionnaire ne peut être membre, ni du conseil d'administration d'une société anonyme (sauf si la société a un but désintéressé ou s'il s'agit d'une société de famille), ni du comité de surveillance d'une société à responsabilité limitée (sauf si la société n'attache aucune rémunération ni aucun avantage matériel à cette participation). De même, il ne peut pas être président d'une société anonyme, à moins que la société soit à but non lucratif et que ses fonctions ne soient pas rémunérées. Enfin, même dans le cas d'une participation licite, le supérieur hiérarchique peut toujours, par une décision individuelle prise dans l'intérêt du service, restreindre ou interdire l'exercice des fonctions en cause. Cette dernière disposition prend tout son sens si l'on considère que, même non rémunéré, le fonctionnaire peut, de par l'usage de ses fonctions, favoriser une société dans laquelle il aurait un intérêt non plus financier, mais moral.

Le système comporte un certain nombre d'exceptions qui sont fixées par le décret-loi du 29 octobre 1936 dont l'essentiel des dispositions reste toujours en vigueur. En dehors de la libre production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques, les fonctionnaires peuvent effectuer des expertises ou donner des consultations sur la demande d'une autorité administrative ou s'ils y sont autorisés par le ministre ou le chef de l'administration dont ils dépendent. Ils peuvent, dans les mêmes conditions, être appelés à donner des enseignements ressortissant de leur compétence. L'exercice de telles activités suppose donc l'autorisation écrite ou verbale du supérieur hiérarchique du fonctionnaire.

Cette dérogation au principe de l'interdiction des cumuls permet aux enseignants, par exemple, d'exercer " *les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions* " sans devoir solliciter l'autorisation préalable de l'administration. Cependant, l'autorité administrative peut enjoindre le fonctionnaire de mettre un terme à son activité privée, lorsque celle-ci n'est pas conforme aux dispositions de l'article 3 du décret de 1936. L'administration dispose donc d'un contrôle a posteriori sur les activités exercées par l'agent.

Il faut noter que cette exception profite surtout aux universitaires car le Conseil d'Etat considère que le contenu et le niveau des cours dispensés permet de regarder l'exercice d'une profession privée comme découlant de la nature de leurs fonctions. A l'inverse, un avocat peut être professeur de droit, le professionnel pouvant apporter une vision concrète par des exemples éclairant la pure théorie. Toutefois, si les professeurs des facultés de droit peuvent exercer la profession d'avocat, c'est à la condition de ne pas plaider contre l'Administration. Il s'agit là d'une interdiction permanente et absolue, qui ne souffre aucune dérogation. Cette dernière doit être étendue aux professeurs de droit, qui donnent des consultations aux gouvernements étrangers ou plaident devant les cours et tribunaux internationaux, sauf autorisation préalable donnée par le ministre compétent.

Il ne fait pas de doute qu'une telle limitation découle d'impératifs d'éthique professionnelle et s'explique par le fait qu'il ne saurait être toléré qu'un fonctionnaire agisse contre les intérêts de son employeur. La question de la prohibition des conflits d'intérêts apparaît ici au cœur du problème, comme le souligne la circulaire du 25 avril 1988, qui interdit l'exercice de toutes les activités secondaires plaçant l'enseignant dans une situation de salarié de droit privé, c'est-à-dire le situant dans un lien de dépendance envers un employeur. La violation par le fonctionnaire de cette interdiction constitue une faute disciplinaire de nature à justifier une sanction pouvant aller jusqu'à la révocation. Le manquement à cette obligation entraîne aussi la retenue sur son traitement principal de la somme effectivement perçue au titre de l'activité privée irrégulièrement exercée.

Enfin, concernant le secteur médical, il faut signaler que la loi du 27 janvier 1987 a réintroduit à l'hôpital le " secteur privé " qui permet aux médecins des hôpitaux publics de déroger à l'interdiction d'exercer une activité privée lucrative. Cette dérogation les autorise ainsi, à recevoir, à titre privé, leurs patients dans les locaux mêmes de l'établissement public, à faire assurer leur secrétariat, à s'entourer de collaborateurs appartenant à la fonction publique hospitalière et, enfin, à utiliser le matériel de l'établissement pour des opérations relevant du secteur privé. L'explication d'une telle mesure accordée aux médecins hospitaliers réside très probablement dans la volonté des pouvoirs publics de retenir à l'hôpital des médecins de qualité. Précisons tout de même que les médecins concernés doivent reverser une partie de leurs recettes en contrepartie de l'utilisation des locaux et matériels.

2.2 Incompatibilités et inéligibilités

S'il est reconnu aux agents publics la possibilité d'exercer des responsabilités politiques, ceux-ci ne doivent pas utiliser leurs fonctions professionnelles pour asseoir leurs ambitions électorales. Ils sont donc amenés dans certains cas, à choisir entre les unes et les autres et ce, en fonction de règles déterminant des régimes d'incompatibilités et d'inéligibilités. Celles-ci sont d'interprétation stricte et ne peuvent être établies que par la loi.

Les cas d'inéligibilités du fonctionnaire

Les mesures d'inéligibilités sont plus strictes que celles concernant les incompatibilités. Elles visent essentiellement des fonctionnaires d'autorité : chefs de service ou responsables d'unités territoriales. Il est toutefois important de signaler que ces interdictions ne sont pas homogènes suivant les ministères et les administrations. En l'absence d'incompatibilité, l'exercice effectif du mandat électif est, non seulement, autorisé, mais facilité.

Si aucune impossibilité ne frappe les fonctionnaires pour présenter leur candidature aux élections présidentielles, ce n'est pas le cas, en revanche, pour les élections législatives. En effet, les candidats aux élections législatives ont l'obligation d'avoir cessé leurs fonctions, depuis une période comprise entre six mois et trois ans, dépendant du rang et des responsabilités du fonctionnaire, pour pouvoir se présenter dans le ressort dans lequel ils ont exercé leurs fonctions. Ils peuvent toutefois se présenter dans un autre ressort sans respecter aucun délai. Dans le cas où un fonctionnaire frappé d'inéligibilité serait élu, l'élection se verrait invalidée par le juge compétent. Le contrôle de l'éligibilité s'effectue donc toujours postérieurement au scrutin.

Les cas d'inéligibilités aux élections locales prévus par le Code électoral sont nombreux. En effet, les possibilités d'influence sont plus fréquentes à ce niveau en raison de la plus grande proximité existant entre la population et le fonctionnaire, futur élu et aussi de son implication possible dans la gestion locale. Le contrôle des élections locales incombe aux juridictions administratives qui l'effectuent de façon très pragmatique puisqu'elles examinent, concrètement, la réalité des attributions des agents et des emplois occupés et ne se contentent, ni des titres, ni de l'interprétation littérale du Code électoral. Il est essentiel pour le juge de rechercher si le fonctionnaire occupe de véritables fonctions d'autorité et s'il est, par conséquent, en mesure d'exercer une influence réelle sur les électeurs.

Les agents salariés communaux qui, au jour du scrutin, travaillent effectivement pour la commune sont inéligibles aux élections municipales. Cependant, ce type d'inéligibilité ne se prolonge pas après la cessation des fonctions de l'agent. Le juge administratif veille à l'application du régime des inéligibilités. S'il ne reconnaît pas la qualité d'agents salariés aux fonctionnaires recevant une indemnité de la commune, il considère comme inéligibles des agents dont les fonctions et la rémunération sont parfois modestes.

Sont également inéligibles aux élections municipales, les comptables des deniers communaux. Ne peuvent se présenter aux élections dans le département où ils exercent leurs fonctions, les agents de la Comptabilité publique, les fonctionnaires des impôts, ainsi que, dans certains cas, les agents des douanes.

Dans les élections nationales et locales, le fonctionnaire ne peut donc pas mettre son activité professionnelle au service de ses intérêts politiques. Cette interdiction contribue nécessairement au maintien d'une éthique professionnelle de la Fonction publique qui est encore renforcée, sur cet aspect, par le régime des incompatibilités.

Les régimes d'incompatibilités

L'incompatibilité des fonctions interdit de cumuler un mandat électif avec des fonctions ou une profession qui pourraient en compromettre l'exercice. Le fonctionnaire peut se faire élire pendant qu'il exerce ses fonctions, mais, si c'est le cas, et si ces dernières se révèlent incompatibles avec l'exercice d'un mandat électif, il doit alors choisir entre ledit mandat et son emploi. S'il décide de conserver son mandat, il doit mettre fin aux fonctions incompatibles avec celui-ci, en demandant, le cas échéant, une mutation, une mise en disponibilité, un détachement...

Ce système des incompatibilités s'explique par la certitude que l'exercice simultané, par un même individu, de deux fonctions publiques dont l'une est élective, ne peut se faire qu'au détriment de l'une ou de l'autre, car leur titulaire pourrait avoir à défendre simultanément des intérêts contradictoires entre eux. Il s'agit donc d'une mesure importante pour prévenir les conflits d'intérêts qui s'interprète strictement car elle restreint le droit de tout citoyen d'assumer des fonctions électives et de participer à la vie politique.

Le Code électoral rappelle que l'exercice de fonctions publiques non-électives est incompatible avec un mandat de député et de sénateur. Le Conseil Constitutionnel estime toutefois que cette règle ne s'applique pas aux personnes exerçant des fonctions de président et de membre du conseil d'administration, de directeur général et de directeur général adjoint des entreprises et établissements publics régionaux ou locaux, ainsi qu'aux agents qui exercent des activités de conseil de manière permanente auprès de ceux-ci (alors qu'elle s'applique pour les mêmes individus membres d'entreprises nationales ou d'établissements publics nationaux). De plus, le Code électoral, en ce qui concerne les fonctionnaires, prévoit expressément une exception importante au régime des incompatibilités, au bénéfice des professeurs titulaires de chaires ou chargés de direction de recherche. Une telle exception est justifiée au nom du principe de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur reconnue par le Conseil constitutionnel.

De manière générale, si le fonctionnaire est élu, il dispose d'un délai de huit jours, à compter de son entrée en fonction, pour opter entre son activité professionnelle et son mandat. S'il choisit une carrière politique, il est placé de plein droit en position de disponibilité, avec droit à réintégration dans son corps à l'expiration de son mandat, mais il ne pourra bénéficier d'aucune promotion ou nomination.

Le Code électoral fixe la liste exhaustive des incompatibilités parmi lesquelles, à titre d'exemples, on peut mentionner que :

- les fonctions de préfet, de sous-préfet et de secrétaire général de préfecture, ainsi que celles de fonctionnaire des corps actifs de police, sont

incompatibles avec les fonctions de conseiller municipal,

- le mandat de conseiller régional est jugé incompatible avec les fonctions d'agent salarié de la région et des établissements publics et agences créées par elle,

- les agents des administrations financières ayant à connaître de la comptabilité communale, de l'assiette, du recouvrement, du contrôle de tous impôts et taxes ne peuvent être maire ou adjoint, ni en exercer même temporairement les fonctions, dans toutes les communes, qui, dans leur département de résidence administrative, sont situées dans le ressort de leur service d'affectation...

Ces incompatibilités ne font pas double emploi avec les inéligibilités. Ces dernières ne valent, que dans le ressort où le fonctionnaire exerce ses fonctions, tandis que le champ d'application de l'incompatibilité demeure beaucoup plus large. Ainsi, même s'il n'existe aucune législation réprimant explicitement les conflits d'intérêts, les fonctionnaires et agents publics se trouvent encadrés par un certain nombre d'obligations et de restrictions qui permettent d'éviter qu'ils ne se trouvent dans une telle situation.

3. LES LIMITATIONS AU PASSAGE DES FONCTIONNAIRES VERS LE SECTEUR PRIVE

Le risque pour un agent public de se retrouver en situation de conflit d'intérêts se manifeste souvent lorsque celui-ci abandonne momentanément ou définitivement ses fonctions publiques pour intégrer le secteur privé. Le législateur, conscient de possibles dérives est intervenu pour réglementer ce " passage aux affaires ". Des commissions de déontologie ont été mises en place afin d'encadrer la pratique de ce que l'on appelle couramment le " pantouflage ".

Le " pantouflage " consiste pour un fonctionnaire, à quitter temporairement ou définitivement ses fonctions publiques afin d'occuper un poste dans le secteur privé. La réglementation de cette pratique, intéressante a priori aussi bien pour l'administration que pour le secteur privé, n'a pas pour objectif de dresser entre la fonction publique et le secteur privé une barrière infranchissable, mais seulement d'en limiter les abus. Les circulaires d'application précisent, en effet, que *" pour des motifs éthiques autant que juridiques, les règles régissant le passage d'agents publics dans le secteur privé, si elles ne doivent pas mettre obstacle par principe à ce passage, doivent éviter ceux des départs qui seraient critiquables au regard tant de l'impératif d'impartialité qui s'impose aux agents publics, que de la dignité des fonctions qu'ils exercent. "*

3.1 Le rôle des commissions de déontologie

Avant la création des " commissions de déontologie ", le pantouflage avait déjà fait l'objet de plusieurs tentatives de réglementation pour en limiter les abus. Ainsi, la loi a posé, à l'égard des trois fonctions publiques, le principe de l'interdiction, pour les fonctionnaires cessant leurs fonctions de façon temporaire ou définitive, d'exercer des activités dans le secteur privé, qui seraient incompatibles avec leurs précédentes fonctions. Mais, jusqu'en 1991, ces activités n'étaient pas définies.

Aujourd'hui, il existe une commission pour la fonction publique de l'Etat, une pour la fonction publique territoriale, une pour la fonction publique hospitalière et, depuis 1996, une commission particulière pour les militaires. Les différentes commissions, sont placées auprès du Premier ministre auquel elles doivent remettre un rapport annuel d'activité.

La procédure de contrôle du "pantouflage" est prévue par le décret n° 95-168 du 17 février 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions et aux commissions [de déontologie] instituées par la loi n° 94-530 du 28 juin 1994.

L'initiative de la procédure appartient au fonctionnaire lui-même, qui doit informer, par écrit, l'autorité dont il relève, lorsqu'il envisage d'exercer une activité privée. La commission de la fonction publique d'Etat estime, depuis 2002, que si l'activité privée s'exerçait régulièrement avant la mise en disponibilité, ou la cessation d'activité, le simple changement de position ou de situation statutaire ne peut justifier une interdiction et que, par conséquent, elle n'a pas à être saisie à cette occasion. Cette nouvelle jurisprudence permettra d'éviter des saisines massives et peu utiles, en cas de transformation de services administratifs, d'établissements publics ou d'entreprises publiques en entreprises privées. Cependant, la commission reste compétente si la modification de situation administrative de l'agent s'accompagne d'un changement d'activité privée, soit au sein de la même entreprise, soit dans le cas où il y a changement d'employeur.

L'autorité administrative qui a reçu la déclaration de la part de l'agent a l'obligation de saisir, dans les quinze jours, la commission compétente de la fonction publique concernée. La commission dispose alors d'un délai d'un mois pour rendre son avis. Son silence pendant ce délai d'un mois vaut avis favorable à l'égard de l'activité privée envisagée.

La commission détient un véritable pouvoir d'instruction et peut convoquer le fonctionnaire pour entendre ses explications, ou recueillir auprès des personnes publiques et privées les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Le fonctionnaire peut également être entendu sur sa demande. Lorsque la demande est recevable et la commission compétente, elle peut rendre trois types de décisions :

- **incompatibilité** lorsque l'activité privée envisagée par le fonctionnaire n'est pas compatible avec la fonction publique précédemment exercée,
- **compatibilité sous réserve** qui permet d'opposer une incompatibilité à un agent dont le projet ne soulèverait de difficulté que s'il était mis en œuvre dans certains lieux ou selon certaines modalités,
- **compatibilité** entre l'activité privée envisagée et la fonction publique précédente.

L'avis rendu par la commission est ensuite transmis à l'autorité dont relève le fonctionnaire, qui en informe l'intéressé. Cet avis ne lie pas l'autorité administrative. Celle-ci dispose d'un délai d'un mois pour rendre sa décision. Au terme de ce délai, le silence gardé par l'autorité administrative vaut décision conforme à l'avis de la commission. Ces délais de procédure relativement courts garantissent à l'agent de voir son cas étudié avec célérité et ne ralentissent pas la poursuite de sa carrière.

3.2 Les décisions rendues par les commissions de déontologie.

Le décret du 17 février 1995 prévoit deux types d'activités qui sont incompatibles avec les fonctions antérieurement exercées : d'une part, celles interdites en raison des liens ayant pu exister dans le passé entre le fonctionnaire et l'entreprise, et, d'autre part, celles prohibées en raison des liens futurs susceptibles de se nouer entre le fonctionnaire et l'entreprise qui souhaite le recruter.

Les incompatibilités en raison des liens passés avec l'entreprise

L'interdiction vise les liens qui ont pu exister, au cours des cinq années précédant la cessation des fonctions, entre le fonctionnaire et l'entreprise dans laquelle il envisage d'aller travailler. Il s'agit de l'entreprise avec laquelle il a été chargé de passer des marchés ou des contrats ou d'exprimer un avis sur de tels marchés ou contrats ou de l'entreprise qu'il était chargé de contrôler ou de surveiller.

Cette interdiction s'étend aux activités exercées dans une entreprise détenant au moins 30% du capital de l'entreprise précitée ou dans une filiale, à 30% au moins, de cette dernière.

La commission a décidé par exemple qu'il n'est pas nécessaire pour justifier l'interdiction que le fonctionnaire ait effectivement et personnellement contrôlé l'entreprise ; il suffit qu'il ait seulement eu vocation à exercer ce contrôle. C'est ainsi qu'un sous-directeur à la direction de l'architecture de Paris chargé de passer des marchés n'a pas reçu d'avis favorable pour aller travailler dans une filiale d'une société concluant habituellement des marchés avec cette direction.

Les interdictions ne s'appliquent qu'aux activités professionnelles accomplies dans une entreprise privée, ou une entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé.

Les incompatibilités en raison des liens futurs avec l'entreprise

Ces incompatibilités visent les activités lucratives, salariées ou non, dans un organisme ou dans une entreprise privés et les activités libérales si, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et, eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé :

- ces activités portent atteinte à la dignité desdites fonctions,
- ou risquent de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

Par conséquent, les activités bénévoles sont exclues du champ d'interdiction.

La dignité des fonctions est interprétée de manière restrictive et un avis d'incompatibilité n'est donné que lorsque l'activité envisagée est interdite par la loi et passible de sanctions pénales. Un cas typique concerne l'activité de magnétiseur, parce qu'elle constitue un exercice illégal de la médecine. Il en va de même pour un gardien de la paix exerçant ses fonctions au sein d'un commissariat de police et désireux de créer un salon de tatouage dans la même ville. Selon la commission, cette activité est incompatible avec les fonctions précédentes car susceptible de porter atteinte à la dignité de celles-ci. En revanche, l'activité d'astrologue ne porte pas atteinte à la dignité des fonctions d'un ancien agent de l'Agence nationale pour l'emploi.

Les notions de mise en cause du fonctionnement normal du service, d'indépendance et de neutralité du service sont considérées par la commission comme indissociables. Aussi, la commission rend-elle un avis défavorable lorsque le fonctionnaire qui souhaite partir risque d'avoir, dans sa nouvelle activité professionnelle, des liens avec son ancien service et ses anciens collègues. La commission souhaite aussi empêcher qu'une entreprise recrute un fonctionnaire, uniquement pour son entree et sa connaissance du milieu administratif. Il est donc essentiel aux yeux des membres de la commission qu'un agent n'exerce pas sa nouvelle profession dans le même secteur d'activité et dans le même ressort territorial que lors de ses fonctions antérieures.

La commission a souvent recours à la technique des réserves pour encadrer les modalités d'exercice de l'activité privée en liaison avec les administrations d'origine. Il est demandé à l'intéressé de s'abstenir d'avoir des relations d'affaires avec son ancien service Il est également demandé de ne pas avoir de relations professionnelles avec des personnes physiques ou morales avec lesquelles l'agent a été en contact dans ses anciennes attributions, afin que l'on ne puisse pas considérer qu'il s'est " constitué une clientèle " grâce à son passage dans l'administration. Enfin, aux agents en service dans des corps de contrôle ou des juridictions, il est demandé de s'abstenir de traiter des affaires relevant ou ayant relevé de la compétence de leur ancien service, afin qu'ils ne se trouvent pas confrontés à leurs anciens collègues.

Ainsi, à titre d'exemple, une activité de gérant d'une société d'investissement immobilier dans une région est incompatible avec des fonctions de conseiller à la chambre régionale des comptes, l'intéressé étant nécessairement amené à avoir des contacts avec les collectivités territoriales ou organismes soumis au contrôle de ladite chambre.

Le contrôle de la pratique du pantouflage, exercé par les commissions de déontologie, contribue, à la moralisation de la fonction publique, puisque l'exercice d'activités interdites constitue une faute disciplinaire susceptible de sanctions, ou peut entraîner des retenues sur pension ou encore la déchéance de ces mêmes droits, sans compter l'éventualité de poursuites pénales dans le cadre du délit de prise illégale d'intérêts prévu et réprimé à l'article 432-13. Les différentes commissions de déontologie sont de plus en plus souvent saisies par les administrations et les agents publics eux-mêmes. Cependant, il ressort de leurs rapports annuels qu'elles souffrent encore d'un défaut de publicité et d'un manque " d'assiduité " de la part des autorités compétentes, qui ne respectent pas toujours l'obligation légale de les saisir lorsque l'un de leurs agents envisage de rejoindre le secteur privé. Ce phénomène nuit à l'efficacité des commissions de déontologie, d'autant plus qu'aucune procédure ne semble avoir été mise en œuvre concernant la vérification de l'obligation qui pèse sur les administrations d'origine.

4. LES DECLARATIONS DE PATRIMOINE DE CERTAINS ELUS ET AGENTS PUBLICS

Parmi les outils permettant de lutter contre les conflits d'intérêts figure la déclaration de patrimoine à laquelle sont tenus certains fonctionnaires et élus. Il s'agit de faire état, à différentes phases d'une carrière, de l'inventaire de son patrimoine personnel.

4.1 L'obligation de déclaration : mise en place et champ d'application

Le système des déclarations de patrimoine a été mis en place par deux lois du 11 mars 1988, parallèlement à l'instauration d'un régime juridique du financement des campagnes électorales et des partis politiques. Le but de la législation est de s'assurer que l'exercice d'un mandat ou d'une fonction publique n'a pas fourni l'occasion d'un enrichissement illicite à la personne intéressée.

Ces lois concernaient à l'origine uniquement les candidats à l'élection présidentielle, les membres du Gouvernement, les parlementaires et

certaines élus locaux dotés de responsabilités exécutives. La loi organique du 19 janvier 1995 et la loi ordinaire du 8 février 1995 ont complété ce dispositif sur trois points : élargissement du champ d'application, renforcement des modalités du dépôt de déclaration et instauration de la Commission pour la transparence financière de la vie politique comme organe unique de contrôle (ou C.T.F.V.P.).

L'obligation de déclaration a été étendue non seulement à de nouvelles catégories d'élus (représentants français au Parlement européen, conseillers régionaux, par exemple) mais aussi à des personnalités exerçant certaines fonctions dans le secteur public et parapublic : les présidents, les directeurs généraux et directeurs généraux adjoints des entreprises nationales, des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial, des organismes publics d'habitation à loyer modéré gérant plus de 2000 logements et des sociétés d'économie mixte dont le chiffre d'affaire annuel est supérieur 750 000 euros.

4.2 Les modalités du contrôle du dépôt de la déclaration.

Le contrôle du dépôt des déclarations de patrimoine relève exclusivement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique. Le bilan qui peut être fait à l'heure actuelle montre que globalement (élus et dirigeants d'organismes publics pris ensemble) les délais de dépôt des déclarations sont mieux respectés que dans le passé, les mises en garde successives de la Commission ayant produit les effets attendus. En outre, la création de formulaires de déclaration a contribué à rendre ces déclarations plus homogènes et plus exhaustives. De plus, il est possible désormais de télécharger le formulaire de déclaration sur le site Internet de la Commission.

Des procédures de sanction peuvent être déclenchées dès lors que l'intéressé s'est soustrait à ses obligations déclaratives, soit en ne déposant pas de déclaration, soit en la déposant hors délai, soit en ne fournissant pas à la Commission les explications nécessaires pour apprécier utilement les évolutions de patrimoine.

Ainsi, la nomination des dirigeants des organismes publics est considérée comme nulle si, à l'issue du délai d'un mois, la déclaration prévue lors de l'entrée en fonction n'a pas été déposée.

Par ailleurs, la possibilité pour la Commission de transmettre un dossier au parquet a été prévue par l'article 3 - II (dernier paragraphe) de la loi du 11 mars 1988 modifiée : "*Dans le cas où la Commission a relevé, après que l'intéressé aura été mis en mesure de faire ses observations, des évolutions de patrimoine pour lesquelles elle ne dispose pas d'explications, elle transmet le dossier au parquet.*" La Commission relève ainsi dans son huitième rapport, sans citer le nom des intéressés, qu'elle "*a procédé, entre 1996 et 1998, à l'audition de trois personnes soumises à l'obligation de déclaration et dont les explications écrites sur leur situation patrimoniale, au terme de nombreuses demandes de précisions ne paraissaient pas suffisantes.*" Ces auditions n'ayant pas "*permis de lever certaines incohérences et contradictions sur l'évolution du patrimoine des intéressés*", la Commission a décidé de transmettre ces trois dossiers au parquet.

4.3 Les limites du dispositif

4.3.1 limites générales

La Commission pour la transparence financière de la vie politique n'a pas obtenu le statut d'autorité administrative indépendante et ne dispose pas de moyens d'investigations et d'enquêtes. Ce n'est que de façon exceptionnelle que des explications écrites jugées insuffisantes conduisent l'institution à procéder à l'audition des personnes intéressées.

Par ailleurs, la loi n'a prévu aucune sanction spécifique en cas de déclarations de patrimoine fausses ou inexactes.

En outre, les revenus n'entrent pas dans la déclaration de patrimoine ce qui peut rendre difficile l'appréciation de la variation d'un patrimoine sans connaître la capacité d'épargne des intéressés.

Enfin, ce système de déclaration souffre d'un manque de transparence à l'égard des citoyens. En effet, le législateur a limité la publicité des déclarations au Journal Officiel aux seules déclarations de début et de fin de mandat du Président de la République. Pour tous les autres assujettis, le législateur a fait prévaloir une logique de confidentialité des déclarations à l'égard des tiers. La loi du 8 février 1995 a confirmé cette logique et a même, contre l'avis du Gouvernement, interdit à la Commission de mentionner dans son rapport public toute "*indication nominale quant aux situations patrimoniales.*" Bien plus, des sanctions pénales ont été prévues à l'encontre de ceux qui publieraient ou divulgueraient, "*de quelque manière que ce soit, tout ou partie des déclarations ou des observations*" des personnalités assujetties. En l'état actuel de la législation, la transparence externe est donc limitée.

Cependant dans son douzième rapport relatif aux années 2002 et 2003, la Commission a constaté qu'un petit nombre d'assujettis n'ont pas rempli de manière satisfaisante leurs obligations déclaratives, malgré de nombreux rappels écrits ou téléphoniques, et, comme elle l'avait déjà envisagé dans des rapports précédents, elle a mentionné les noms et fonctions de quatre dirigeants d'organismes publics concernés.

4.3.2 le cas particulier des "agents publics"

Dans son rapport de l'année 2001, la Commission a indiqué que "*comme les années précédentes le constat reste très mitigé pour les dirigeants d'entreprises publiques*", la majorité d'entre eux ne respectant pas le délai légal de dépôt de déclaration. En outre, elle s'est interrogé sur "*le manque d'information dont les grands groupes nationaux font preuve à son égard*" et elle a considéré qu'elle rencontre "*de réelles difficultés lorsqu'il s'agit de connaître l'identité de dirigeants nommés ou renouvelés dans leurs fonctions, les créations ou liquidations de sociétés.*"

D'une manière générale, la Commission faisait observer que le nombre d'organismes publics, et par suite le nombre des dirigeants concernés, étaient très nombreux et laissait entendre que seule une réforme d'ordre technique lui permettrait d'exercer un contrôle efficace sur un nombre raisonnable de sociétés.

Dans son dernier rapport d'activités de 2002-2003 (déjà cité supra), la Commission a réitéré ses préoccupations et a indiqué que compte tenu de la difficulté fréquente "*d'identifier les organismes dont les dirigeants sont assujettis à cette obligation* [de déclaration de patrimoine] *puis d'obtenir que ces dirigeants y satisfassent*" il était nécessaire de concentrer le contrôle en restreignant le champ des dirigeants d'organismes et d'entreprises publics assujettis.

Par conséquent, il ressort de ces rapports que l'organisme chargé du contrôle de déclaration de patrimoine concernant certains très hauts agents publics manque manifestement de moyens de contrôle et de persuasion et que l'efficacité du dispositif soulève des interrogations.

Cependant l'un des remèdes préconisés serait de limiter le nombre des personnes soumises à l'obligation de déclaration, alors même que le nombre de responsables publics est déjà fort limité au regard du nombre total des agents publics, ce qui constitue une méthode particulière pour résoudre la difficulté.

* * *

L'administration a mis en place, depuis fort longtemps, de nombreuses mesures qui permettent de limiter sensiblement les risques de conflits d'intérêts. Ces mesures complètent les sanctions administratives ou pénales qui s'appliquent à ceux qui ont opté pour leur intérêt personnel aux dépens de l'intérêt public.

Les transgressions persistent néanmoins. Cela ne signifie pas que la répression n'est pas assez sévère car la réglementation est appliquée, en règle générale, de manière stricte. Cela peut, en revanche, signifier que les mesures préventives ne sont pas suffisamment contraignantes et qu'un certain nombre d'entre elles pourraient effectivement être améliorées : ainsi, à ce jour, la déclaration de patrimoine s'impose (en dehors des élus) seulement à un petit nombre de dirigeants d'organismes publics. Cela peut signifier aussi que l'information des personnels et de l'encadrement sur les situations de conflits et sur les risques encourus est insuffisante.

III - LES CONFLITS D'INTERETS DES PROFESSIONNELS DE JUSTICE

Les médias dénoncent régulièrement des comportements déviants imputables à des professionnels de justice. Les faits qui attirent l'attention sont, le plus souvent, ceux qui sont pénalement sanctionnables, tels le faux en écriture, l'abus de confiance, le trafic d'influence voire la corruption. Au-delà de l'intérêt médiatique suscité par ces dérives, une certaine prise de conscience des pouvoirs publics peut être observée.

Ainsi, dès 1997 un rapport commandé par la chancellerie au sujet des professions juridiques et judiciaires insistait sur la nécessité d'instaurer une déontologie commune et exigeante. En 1998, le rapport de la commission d'enquête parlementaire sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce mettait l'accent sur les dysfonctionnements et plus particulièrement sur les nombreuses situations de conflits d'intérêts constatées dans l'activité des juges consulaires et des administrateurs et mandataires judiciaires. Plus récemment, le garde des Sceaux créait une commission de réflexion sur l'éthique de la magistrature, suite à la "*révélation de faits ou de comportements isolés, commis par une infime minorité de certains de ses représentants [...] susceptibles de constituer de graves manquements aux devoirs de leur charge*". Dans son rapport remis le 27 novembre 2003, cette commission insistait sur le fait que les procédures qui mettent en cause les magistrats risquaient "*d'affecter gravement et durablement la confiance que tous les Français accordent à la justice*."

Une partie de la doctrine dénonce, elle aussi, des comportements problématiques tels que l'exercice en réseau de la profession d'avocat qui comporte "*les risques du mélange des genres, de la confusion et de l'intérêt commun à faire que finalement tout marche bien*", cette attitude étant de nature à conduire dans certaines affaires à des "*catastrophes*". La pratique du "*pantouflage*" des magistrats est, elle aussi, dénoncée comme pouvant conduire à des situations de conflit d'intérêts si elle n'est pas correctement accompagnée.

Les pratiques déviantes observées dans le monde de la justice, et plus particulièrement celles qui prennent la forme du conflit d'intérêts, font partie intégrante des préoccupations actuelles concernant l'exercice des professions de justice.

Littéralement et par opposition à l'amateur, le professionnel peut se définir comme la personne qui a fait d'une activité son métier et qui en vit. Cela suppose qu'il en maîtrise la théorie et la pratique, qu'il en partage la culture et les valeurs et qu'il en respecte l'éthique. Ces premiers éléments permettent de comprendre que le professionnel inspire naturellement la confiance à ceux qui sont susceptibles de faire appel à ses services.

L'expression "*professionnels de justice*" pourrait donc être comprise comme englobant toutes les personnes vivant d'une activité relative au domaine du droit et qui concourent ainsi au fonctionnement du système juridique. Cette notion a fait l'objet d'une définition dans le cadre d'un rapport sur les professions judiciaires et juridiques, rendu public en 1997, qui englobait de très nombreux professionnels mais ne prenait pas en compte les magistrats qui participent pourtant, au premier chef, au fonctionnement de la justice.

La définition intègre également les personnes qui interviennent dans le fonctionnement de la justice de façon non permanente. Tel est le cas des arbitres, des experts judiciaires ou encore des juges non professionnels tels que les juges consulaires ou les juges de proximité.

Toutefois, compte tenu du nombre et de la diversité des professionnels concernés, le champ d'analyse a été réduit à l'étude des professions suivantes : magistrats, avocats, notaires, administrateurs et mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, experts judiciaires et arbitres.

LES MAGISTRATS

1.1 L'impartialité et l'indépendance

Les situations de conflits d'intérêts constituent une menace pour l'indépendance ou l'impartialité du professionnel concerné. En cela, elles mettent en cause les fondements du système judiciaire. Comme le souligne un auteur "*Qu'attend en effet l'usager de la justice, si ce n'est d'abord l'objectivité de celui devant lequel il se présente et entre les mains duquel il remet sa vie familiale, ses engagements contractuels, sa liberté ou son honneur ?*".

La relation entre le magistrat et le justiciable se caractérise par la confiance accordée par ce dernier et que le premier se doit de respecter en faisant preuve d'indépendance et d'impartialité. Le respect de ces exigences est d'autant plus important que le professionnel se voit confier des pouvoirs qui touchent à l'essentiel à savoir "*les liens familiaux et sociaux, économiques et commerciaux, la disposition et l'échange de biens matériels ou intellectuels, les relations de travail, celles de l'usager et de l'administration ou encore les champs plus individuels mais non moins importants de l'exercice effectif des droits, de la responsabilité, de la liberté, l'enfermement ou la censure, enfin de la considération ou l'infamie*".

Les notions d'impartialité et d'indépendance ne sauraient être confondues. Elles recouvrent des réalités différentes.

Dans le cadre des fonctions de magistrat, la notion d'indépendance est souvent appréhendée de façon concomitante avec la notion d'impartialité. Traditionnellement, la doctrine enseigne que l'indépendance serait une donnée objective qui s'apprécierait par rapport à des liens structurels alors que l'impartialité serait essentiellement subjective, c'est-à-dire fonction de références éthiques. L'indépendance implique l'absence de subordination, elle renvoie à un état lié au statut du juge alors que l'impartialité est une attitude à tenir dans le cadre de l'instance.

Au niveau européen, l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial.

La Cour européenne des droits de l'homme a précisé que l'indépendance devait se comprendre comme la traduction institutionnelle du principe de séparation des pouvoirs permettant de garantir le juge contre toute forme de pression, qu'elle émane d'autres pouvoirs (législatif ou exécutif) ou de n'importe quel groupe d'intérêts et même des parties. L'impartialité renvoie quant à elle à l'absence de préjugé ; elle correspond plus à un état d'esprit du juge au cours du déroulement du procès..

De même, la Cour accorde une importance toute particulière à l'exigence d'impartialité considérée comme une composante essentielle du droit à un procès équitable, lequel constitue l'un des droits de l'homme auquel la Cour est attachée.

La situation de conflit d'intérêts pose problème par rapport à l'impartialité du magistrat. Par exemple lorsqu'il est amené à trancher un litige, alors qu'il a conseillé auparavant l'un des plaideurs, ou lorsque l'une des parties en cause est le débiteur de son conjoint, c'est bien le comportement personnel du magistrat qui est en cause et qui permet de penser que la justice n'est pas rendue de façon impartiale.

Si l'exigence d'impartialité s'impose au juge par le truchement du droit européen, force est de constater que le principe d'impartialité n'est pas expressément formulé dans les textes de droit interne relatifs au statut des magistrats. Cela est lié au fait que le droit français avait une conception extensive de la notion d'indépendance qui recouvrait largement celle d'impartialité avant que le droit européen n'acquière l'importance qu'on lui connaît aujourd'hui. L'impartialité s'apprécie donc comme une exigence fondamentale dans le statut des magistrats et constitue une " *référence déontologique majeure du magistrat* ".

1.2. La notion de conflit d'intérêts

Plus spécifiquement, le conflit d'intérêts est envisagé dans le cadre de la profession de magistrat au travers des mécanismes de l'abstention et de la récusation figurant au nouveau code de procédure civile.

1.2.1 L'exercice d'un pouvoir sur les intérêts d'autrui

" Le juge (*civil*) tranche les litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ". La mission du juge consiste essentiellement à décider entre des intérêts opposés que lui soumettent des justiciables en litige. Cette mission prend la forme d'une obligation dans la mesure où l'article 4 du code civil prohibe le déni de justice. Le juge dispose donc d'un pouvoir important sur les intérêts d'autrui et de ce fait, se trouve dans une position dominante par rapport aux intérêts des justiciables.

1.2.2. L'opposition d'intérêts

Des intérêts différenciés ne sont pas forcément contraires. En revanche, l'existence d'une opposition d'intérêts est indispensable à la formation du conflit d'intérêts. Il est inutile de relever l'existence d'une atteinte effective aux intérêts du justiciable. Peu importe que le magistrat exploite ou non cette situation de conflits aux dépens des intérêts du justiciable. Le simple risque est en lui-même problématique.

Le conflit d'origine interne

Le conflit d'origine interne survient lorsque l'intérêt personnel du magistrat est en jeu à l'instance et qu'il devient à la fois juge et partie.

Cette situation est la plus fréquente. En effet, la plupart des causes de récusation prévues par les codes de procédure civile ou pénale concernent des conflits d'intérêts d'origine interne. Certaines causes de récusation sont liées au fait le juge est par exemple créancier ou débiteur de l'une des parties, ou qu'il existe une amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties .

Le conflit d'origine externe

Le conflit d'intérêts peut trouver son origine à l'extérieur de la relation qu'entretient le professionnel avec la personne qui lui soumet ses intérêts. Ainsi, les liens entretenus de façon plus ou moins occulte par le magistrat avec des tiers, c'est-à-dire avec des personnes autres que le client ou les parties à l'instance, sont susceptibles de l'empêcher de mener convenablement sa mission

Le conflit d'intérêts d'origine externe est largement absent des dispositions qui régissent l'activité juridictionnelle des magistrats. Cela s'explique par le fait que leur statut leur assure une protection importante par rapport aux pressions extérieures : leur régime d'incompatibilité les place, en effet, dans une véritable situation d'autonomie professionnelle.

1.2.3. Les Limites du conflit d'intérêt

Les limites du conflit d'intérêt chez les magistrats sont fondées sur ses convictions personnelles notamment ses engagements en tant que citoyen : engagements religieux, syndicaux ou politiques.

La question de l'incidence des convictions religieuses du magistrat sur son impartialité fait depuis peu l'objet d'un regain d'intérêt notamment en raison de l'importante publicité donnée à la décision de la cour d'appel de Paris du 3 novembre 2003. Dans cette affaire intervenant en matière pénale, un requérant se présentant comme " d'origine arabe et de confession musulmane " et se référant au conflit israélo-palestinien avait formé une demande de récusation contre un magistrat au motif qu'il était de confession juive et qu'il ne pouvait donc pas aborder avec impartialité l'affaire opposant le requérant à une " société dont les intérêts sont étroitement liés avec ceux de son fondateur, de confession juive ". Cette requête a été rejetée au motif que le requérant n'apportait " aucun élément de nature à démontrer la réalité de l'allégation de partialité avancée ".

Il n'y a donc aucun conflit d'intérêts dans l'hypothèse où un magistrat doit trancher un litige alors qu'il appartient à une confession religieuse

différente de celle de l'un des requérants. Dans ce cas, l'opposition d'intérêts fait défaut : le seul fait d'appartenir à une confession religieuse ne fait pas naître d'intérêts opposés à ceux de la partie de religion différente. Aucune considération d'ordre moral ou économique permettant à la communauté religieuse à laquelle appartient le magistrat de retirer un avantage ou un bénéfice de la décision de ce dernier, n'entre en opposition avec les intérêts du plaideur qui appartient à une autre religion.

Cette importante limite permet de comprendre que la notion " d'intérêts opposés " ne doit pas être étendue de façon abusive sous peine de perdre toute signification et de permettre la mise en cause systématique de l'impartialité du juge. Un certain nombre de décisions mettent en évidence le fait que les engagements religieux du juge auxquels on peut assimiler ses engagements politiques et syndicaux, relèvent par principe de sa liberté d'opinion et de sa vie privée.

Faire partie de tel ou tel parti politique, être fidèle d'une religion, adhérer à une loge maçonnique sont autant de libertés reconnues à tout individu (liberté politique, liberté religieuse, liberté d'association...). Rien ne semble justifier que ces droits fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'homme soient restreints sous prétexte qu'ils concernent un magistrat.

1.3 Les conflits d'intérêts financiers

L'organisation juridictionnelle française est fondée sur le principe d'une magistrature professionnelle. Par exception, il existe un certain nombre de juridictions composées de magistrats non professionnels, qui ont été créées en raison des besoins particuliers inhérents à la matière dans laquelle ils interviennent. De façon générale, la création de ces juges non professionnels s'explique par la recherche d'une proximité aussi bien géographique que psychologique (les justiciables doivent avoir l'impression d'être écoutés et compris) entre le juge et le justiciable. En ce sens, les défenseurs de la juridiction consulaire portent au crédit de celle-ci le fait que les juges non professionnels issus du monde économique qui la composent sont plus à même de traiter des litiges commerciaux en raison de leur connaissance pratique du monde des affaires. Dans la même optique, la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice a créé des juges de proximité afin de répondre aux besoins qu'éprouvent les particuliers confrontés à de petits litiges de pouvoir saisir facilement un juge et de voir leur affaire traitée avec rapidité et efficacité.

Cette proximité, tout à fait louable dans son principe, pose toutefois un certain nombre de problèmes par rapport au principe d'impartialité, lequel s'impose à l'ensemble des magistrats professionnels et non professionnels.

1.3.1. Les juges consulaires

La question se pose de savoir si les juges consulaires, en dépit des avantages qu'ils offrent, présentent toujours les garanties d'impartialité inhérentes à l'exercice de leur fonction.

Si les juges consulaires sont généralement des chefs d'entreprise en province, en région parisienne, ce sont souvent des cadres qui, en tant que salariés, doivent rendre des comptes à leur employeur. Si ces cadres sont fréquemment des juristes de haut niveau et s'ils apportent une certaine professionnalisation aux tribunaux de commerce, les entreprises peuvent les utiliser pour défendre leur politique et s'informer sur l'état du marché et des concurrents. Une telle pratique révèle l'existence d'un conflit d'intérêts d'origine interne.

Par ailleurs, les juges consulaires sont proches des justiciables en raison de leur recrutement géographique. La justice consulaire court alors le risque de devenir une " justice de l'entre soi et une justice de connivence ". Cette proximité favorise, elle aussi, l'apparition de conflits d'intérêts d'origine interne. A titre d'illustration, le rapport Colcombet cite l'exemple d'un juge consulaire qui n'était autre que le cadre d'une banque créancière dans l'affaire qu'il était amené à connaître, ou encore celui d'un juge commissaire placé dans une situation telle qu'il pouvait être conduit à rendre une décision mettant en liquidation l'un de ses concurrents.

Dans un certain nombre de cas, le conflit d'intérêts s'est mué en prise illégale d'intérêts sanctionnée par la justice.

Exemple : La gérante d'un commerce faisant l'objet d'un dépôt de bilan trouve un repreneur qui lui propose deux millions de francs. Le juge-commissaire cède le commerce à un autre repreneur pour le prix de sept cent mille francs. Il avait été embauché quelques jours auparavant pour une rémunération annuelle de deux cent mille francs par le repreneur favorisé.

1.3.2. Les juges de proximité

Dans la loi organique du 26 février 2003 intégrée au statut de la magistrature, il est précisé que les juges de proximité, contrairement aux juges professionnels, peuvent exercer une activité professionnelle concomitamment à leurs fonctions judiciaires. Cependant, ils ne peuvent exercer leurs fonctions dans le ressort du tribunal de grande instance où ils ont leur domicile professionnel.

Or, la distance séparant certains tribunaux de grande instance peut paraître insuffisante pour garantir efficacement l'impartialité de ces nouveaux juges et pour limiter l'émergence d'une situation de conflits d'intérêts.

On peut craindre également que les juges de proximité ne soient amenés à statuer sur des faits ayant un rapport avec leurs fonctions.

En définitive, alors même que la légitimité des juges consulaires et des juges de proximité est fondée sur le fait qu'ils sont proches du justiciable, une telle proximité peut devenir un inconvénient et être propice à l'apparition de conflits d'intérêts.

2. LES AVOCATS

2.1 L'impartialité et l'indépendance

La notion d'impartialité est par définition inopérante pour les professions qui n'exercent pas des fonctions de jugement. En revanche, s'agissant de la profession d'avocat, l'indépendance se présente comme une obligation déontologique fondamentale qui exige que le professionnel exerce seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés,

Les termes mêmes du serment de l'avocat, conjugués au fait que le principe d'indépendance est consacré dans le statut de la profession, suffisent pour comprendre que la notion d'indépendance est essentielle. Les avocats se doivent d'exercer leurs fonctions respectives en toute liberté sans se laisser atteindre par quelque forme de pression que ce soit.

2.2 La notion de conflit d'intérêts

La profession d'avocat est la seule qui fasse apparaître explicitement la notion de conflit d'intérêts dans le cadre de ses règles professionnelles. Elle est aussi la seule à opérer une véritable analyse de la question permettant de dégager une définition pour l'ensemble de la profession. Le conflit d'intérêts est traité dans le décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, à son article 155. Ce décret ne propose pas de définition générale mais décrit un certain nombre de situations de conflit d'intérêts et impose le comportement à suivre dans ces circonstances.

Les dispositions du décret du 27 novembre 1991 ont été reprises à l'article 4 du règlement intérieur unifié du 24 avril 2004 qui donne en outre une définition générale du conflit d'intérêts.

2.3 Les caractéristiques et limites du conflit d'intérêts

2.3.1 Vers une définition spécifique du conflit d'intérêts chez les avocats

Les textes permettent de distinguer plusieurs hypothèses de conflit d'intérêts selon que celui-ci survient dans le cadre d'une seule et même affaire ou dans le cadre d'une pluralité d'affaires.

En cas d'unicité d'affaire, il s'agit de savoir si un même avocat peut prendre en charge les intérêts de plusieurs clients concernés par une même affaire. La réponse apportée est nuancée et dépend de l'intensité et du degré du conflit. Celui-ci peut être manifeste ou seulement présenter un risque sérieux.

Un conflit d'intérêts manifeste survient lorsque les parties en litige saisissent un seul et même avocat après la naissance de leur différend. Il est purement et simplement interdit à l'avocat d'être le conseil des deux parties en conflit. L'éventuel accord des parties pour saisir un seul et même avocat est sans effet. Si le conflit est né et que les parties en litige avaient saisi auparavant un seul et même avocat, l'intervention de l'avocat est interdite, sauf si les deux parties l'autorisent expressément à défendre les intérêts de l'une des parties.

Le risque sérieux de conflit d'intérêts se présente lorsqu'un avocat est saisi simultanément ou successivement par deux clients entre lesquels existe un risque de conflit d'intérêts ; l'avocat peut alors demeurer le conseil des deux parties à condition qu'il obtienne leur accord exprès. Cette hypothèse renvoie notamment à la demande de divorce sur requête conjointe formée par deux époux ou au domaine de la rédaction de contrats.

En cas de pluralité d'affaires, il s'agit de savoir si un avocat qui défend un client pourra :

- plaider contre ce client dans une autre procédure
- utiliser les informations confiées par ce client dans une autre procédure qui ne le concerne pas,

Le décret de 1991 impose l'abstention de l'avocat lorsque ce dernier pourrait utiliser des informations confiées par son ancien client qui favoriseraient de façon injustifiée le nouveau client ou qui emporteraient violation du secret professionnel.

Le règlement intérieur unifié des Barreaux de France du 24 avril 2004 a donné une définition du conflit d'intérêts opérationnelle pour l'ensemble de la profession. Cette définition repose sur la distinction entre les fonctions de conseil et les fonctions de représentation et de défense (activité juridique et activité judiciaire). Selon ce texte, il y a conflit d'intérêts dans la fonction de représentation et de défense, lorsque au jour de sa saisine, l'assistance de plusieurs parties conduirait l'avocat à présenter une défense différente, notamment dans son développement, son argumentation et sa finalité, de celle qu'il aurait choisie si lui avaient été confiés les intérêts d'une seule partie.

Il y a un conflit d'intérêts dans la fonction de conseil, lorsque au jour de sa saisine, l'avocat qui a l'obligation de donner une information complète, loyale et sans réserve à ses clients ne peut mener sa mission sans compromettre, soit par l'analyse de la situation présentée, soit par l'utilisation des moyens juridiques préconisés, soit par la concrétisation du résultat recherché, les intérêts d'une ou plusieurs parties.

2.3.2 Les limites du conflit d'intérêts

Le règlement intérieur unifié des Barreaux dispose qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts lorsque l'avocat cherche à concilier les contrariétés d'intérêts de plusieurs clients ou lorsqu'il leur conseille, à partir de la situation qui lui est soumise, une stratégie commune. Le règlement précise que les clients en cause doivent avoir été informés et avoir donné leur consentement.

La conciliation menée par l'avocat

Il ne saurait y avoir de conflits d'intérêts " lorsque après avoir informé ses clients et recueilli leur accord, l'avocat dans ses différentes fonctions cherche à concilier leur contrariété d'intérêts ". Par cette formule, le Conseil national des barreaux pose une importante limite à la notion de conflit d'intérêts. Cette justification paraît largement fondée sur des considérations pratiques dues à l'intérêt croissant de la médiation.

Le règlement prend, cependant, soin de préciser qu'en cas d'échec de la conciliation, l'avocat ne pourra être le défenseur ni le conseil d'aucune des parties dans la même affaire car, dans ce cas, il retrouve sa fonction traditionnelle.

Cela ne signifie pas que le règlement pose comme principe l'absence de tout conflit d'intérêts lorsque l'avocat exerce une mission de conciliation. Ainsi un conflit d'intérêts d'origine interne est tout à fait concevable, par exemple, parce que l'avocat médiateur est directement concerné par l'objet du différend ou entretient des relations privilégiées avec l'une des parties en cause. L'avocat devrait alors refuser d'exercer les missions de conciliation conformément aux règles de sa profession qui lui défendent d'intervenir lorsqu'il a un intérêt à la prestation fournie.

L'élaboration d'une stratégie commune

Il ne saurait y avoir de conflit d'intérêts lorsque l'avocat, en plein accord avec ses clients, leur conseille une stratégie commune. Par ailleurs, lorsque dans le cadre d'une négociation, des avocats membres d'une même structure interviennent séparément pour des clients différents informés de cette commune appartenance, le conflit d'intérêts n'existe pas.

Ainsi, le conflit d'intérêts d'origine externe ne saurait être caractérisé lorsqu'en matière gracieuse, l'avocat représente et défend les intérêts de

deux époux dans le cadre d'une procédure de divorce sur requête conjointe. Si les intérêts des époux sont par hypothèse divergents (chacun a par exemple intérêt à obtenir le maximum d'avantages sur le plan patrimonial au détriment de l'autre), leur objectif commun est d'aboutir au divorce sur le principe duquel ils se rejoignent. L'avocat qui devient le conseil des époux ne se place pas dans une situation de conflit d'intérêts puisque sa mission ne consiste pas à défendre les intérêts opposés de chacun des époux mais à les rapprocher pour leur permettre de réaliser leur objectif commun. En revanche l'avocat qui a été conseil commun de deux époux dans une procédure de divorce par requête conjointe doit ensuite refuser d'être le conseil de l'un des époux, dans une autre procédure de divorce pour faute, car les intérêts pécuniaires des époux sont alors en opposition.

2.4 Les conflits liés à la fixation des honoraires

Les conflits d'intérêts économiques liés à la rémunération du professionnel supposent naturellement que le professionnel soit rémunéré directement par le justiciable.

Selon le principe posé par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, les honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client. L'avocat ne peut être tenu de respecter un barème d'honoraires, même indicatif, publié par exemple par les barreaux. Le même texte n'impose pas la conclusion d'une convention préalable d'honoraires entre l'avocat et son client.

En pratique, dans l'hypothèse où le prix de la prestation de l'avocat n'a pas été fixée au jour de la conclusion du contrat, le professionnel adopte le plus souvent une attitude pragmatique qui consiste à demander une première provision au début de l'affaire puis d'autres provisions en cours de procès selon les développements pris par l'affaire et enfin le solde des honoraires une fois le jugement rendu. C'est au moment où l'avocat réclame le solde de ses honoraires que le client peut en contester le montant : si ce conflit ne peut être réglé à l'amiable, il sera soumis au bâtonnier. La fixation judiciaire du montant des honoraires est alors guidée par les critères limitatifs énoncés à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 (situation de fortune du client, difficulté de l'affaire, frais exposés par l'avocat, notoriété et diligence de l'avocat).

La fixation des honoraires de l'avocat obéit à un second grand principe, celui de la prohibition de l'honoraire de résultat encore appelé pacte de quota litis. Cette méthode de calcul des honoraires consiste à fixer exclusivement le montant des honoraires à un pourcentage de la somme accordée par le tribunal. Cette méthode de rémunération très répandue aux Etats-Unis entre en totale contradiction avec la conception française traditionnelle du rôle de l'avocat qui considère comme immoral le fait que l'avocat identifie son intérêt à celui de son client. Néanmoins la jurisprudence admet qu'un honoraire de résultat puisse être réclamé par l'avocat en complément de l'honoraire principal.

La fixation du montant des honoraires est par nature source de tension entre le client et l'avocat car la recherche d'une solution acceptable pour les deux parties ne doit pas occulter le fait que chacun obéit à des attentes et à des impératifs différents. Cette situation d'intérêts en conflit est susceptible de dégénérer en conflit d'intérêts lorsque l'avocat utilise une méthode de calcul de ses honoraires principalement comme un moyen de faire prévaloir son intérêt financier au détriment des intérêts de son client.

Dans ces circonstances, il apparaît que le choix de la méthode de calcul d'honoraires n'est pas sans influence sur l'apparition du conflit d'intérêts. Certaines méthodes sont, en effet, de nature à limiter les conflits d'intérêts alors que d'autres les favorisent parce qu'elles ne permettent pas de trouver un équilibre satisfaisant entre les intérêts du client et ceux de l'avocat.

Ainsi, la facturation horaire, qui est la méthode de calcul des honoraires la plus largement répandue, semble tout à fait propice à créer des situations de conflits d'intérêts économiques d'origine interne. Dans ce système, l'avocat peut être tenté d'accepter des affaires qui n'ont aucune chance d'aboutir en privilégiant le volume à la qualité.

La méthode de l'honoraire fixe relatif est, elle aussi, de nature à favoriser l'apparition des conflits d'intérêts : le fait d'accorder à l'avance une somme fixe à l'avocat risque de l'inciter à manquer de diligence envers les intérêts de son client.

En revanche, la facturation à l'heure avec taux variable semble de nature à limiter le conflit d'intérêts. Elle se présente comme une combinaison d'une facturation à l'heure avec un facteur de valorisation en fin de processus. En ce sens, elle entraîne un partage plutôt satisfaisant des risques entre le client et l'avocat puisqu'ils bénéficieront ensemble des conséquences d'un éventuel succès mais supporteront ensemble les charges d'un échec.

De même, la méthode des honoraires de résultat telle qu'elle est autorisée en France présente des avantages significatifs à la fois au profit des clients et des avocats puisqu'elle va dans le sens d'une bonne administration de la justice. A la différence d'autres systèmes de rémunération, cette méthode facilite l'accès aux modes amiables ou judiciaires de règlement des conflits pour des personnes ayant des ressources limitées qui pourront s'adresser à de meilleurs avocats pour des litiges à fortes chances de succès.

3. LES NOTAIRES

S'agissant de la profession de notaire, le principe d'indépendance figure de façon incidente à l'article 1^{er} ter de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat modifiée par la loi du 31 décembre 1990 qui traite du notaire salarié. On peut toutefois noter que le préambule du règlement national élaboré par le Conseil Supérieur du Notariat et approuvé le 24 décembre 1993 contient la formule suivante : *" Il est l'arbitre impartial des contrats qu'il reçoit "*. Cette formule s'explique par l'importance de l'obligation de conseil dans le cadre de la profession de notaire. Ce devoir de conseil conduit le notaire à éclairer les parties sur leurs droits respectifs afin d'aboutir à une convention équilibrée. En ce sens, il joue le rôle d'une sorte de médiateur impartial et équitable qui se doit d'exercer leurs fonctions respectives en toute liberté sans se laisser atteindre par quelque forme de pression que ce soit.

3.1 Caractéristiques et limites du conflit d'intérêts

Une disposition susceptible d'être rattachée à la question du conflit d'intérêts est l'article 13-4° du décret du 19 décembre 1945 qui interdit au notaire de prêter son ministère lorsqu'il a un intérêt à l'affaire en cause. Par ailleurs, le règlement national du Conseil Supérieur du Notariat,

dans son article 5 alinéa 2, précise que l'intérêt du client prime toujours celui du notaire.

La fonction première du notaire est d'assurer la force probante des actes et contrats qu'il reçoit en minute en leur conférant valeur authentique. Les notaires ont par ailleurs l'obligation de conseiller les parties lors de la préparation de l'acte à dresser. Le devoir de conseil signifie que les notaires ont l'obligation d'éclairer leurs clients sur le contenu et les effets des engagements qu'ils souscrivent. Le règlement national du Conseil Supérieur du Notariat indique quant à lui que le notaire est " l'arbitre impartial des contrats qu'il reçoit et le conseil des personnes, des entreprises et des collectivités ; il assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle ".

Le notaire a donc le devoir d'orienter son client vers la solution la plus avantageuse pour lui tout en garantissant l'efficacité juridique de l'acte adopté.

Par le biais du devoir de conseil, le notaire se voit donc imposer l'obligation d'agir dans une perspective de sauvegarde, promotion voire défense des intérêts de son client.

La profession de notaire est sensiblement différente de celle d'autres professionnels de justice. En effet, les rares dispositions qui renvoient à la question du conflit d'intérêts ont exclusivement trait à l'hypothèse du conflit d'intérêts d'origine interne : notamment l'article 5 alinéa 2 du règlement national des notaires et l'article 13-4° du décret du 19 décembre 1945 déjà cités. Il convient d'ajouter l'article 55 alinéa 4 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques qui dispose notamment : "toute personne autorisée à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé, pour autrui, de manière habituelle et rémunérée, doit (...) s'interdire d'intervenir si elle a un intérêt direct ou indirect à l'objet de la prestation fournie."

En revanche, la question du conflit d'intérêts d'origine externe est purement et simplement éludée dans les textes réglementant l'exercice de la profession de notaire si l'on excepte les dispositions relatives aux incompatibilités qui visent à prévenir un type particulier de conflit d'intérêts d'origine externe (dispositions se retrouvant dans toutes les professions juridiques). Or, de nos jours, les notaires sont également des "conseils" pour les parties faisant appel à leur service. Le conflit d'intérêt, même s'il est plus difficile à repérer en matière juridique n'en est pas moins présent. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que ce risque de conflit d'origine externe est pris en compte de façon importante pour les avocats alors qu'il est ignoré chez les notaires.

4. LES ARBITRES, EXPERTS, ADMINISTRATEURS ET MANDATAIRES JUDICIAIRES

4.1 Les arbitres

L'arbitrage est un mode original de règlement des conflits : il procède de la volonté des parties de confier à un tiers le pouvoir de juger. Cette pratique soulève des interrogations relatives à l'exigence d'impartialité inhérente à l'activité juridictionnelle. Il apparaît ainsi qu'un certain nombre d'usages ayant cours en matière d'arbitrage font naître des conflits d'intérêts dans la personne de l'arbitre.

Dès lors, face au silence du nouveau code de procédure civile et sachant que l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme au statut d'arbitre est très discutée, on peut se demander si l'exigence d'impartialité s'impose aux arbitres. Les auteurs s'accordent pour affirmer que l'arbitre est soumis à l'exigence d'impartialité au même titre que tout autre juge. Cette position exprime l'idée que l'arbitrage doit suivre les mêmes règles que celles fixées pour les magistrats professionnels. En effet, toute pratique juridictionnelle exige un minimum de garanties pour les plaideurs. L'impartialité est " *consubstantielle au pouvoir juridictionnel* ".

4.1.1. L'arbitre partie

Dans les arbitrages internationaux où les intérêts en jeu sont souvent importants, il est fréquent de constituer un tribunal arbitral composé d'au moins trois arbitres, ce qui donne la possibilité à chaque partie de choisir un arbitre. Les deux arbitres ainsi désignés en choisiront un troisième qui sera le président du tribunal arbitral. Dans cette optique, chaque partie est tentée de désigner un arbitre non seulement compétent mais également susceptible de contribuer à la solution la plus équitable du litige telle qu'elle est conçue par cette partie qui le désigne. On comprend alors que la désignation est basée sur l'idée selon laquelle chaque partie a " son " arbitre. Il s'agit pour les parties de désigner l'arbitre qui sera le mieux disposé à leur égard sachant qu'une fois en place, ce dernier ne pourra oublier les conditions de sa nomination.

L'arbitre est alors considéré comme l'avocat de la partie qui l'a désigné, ayant pour fonction de soutenir ses intérêts lors du délibéré : il devient le défenseur d'une thèse au sein du tribunal arbitral. Certains soutiennent que cette pratique permet de garantir que le point de vue de la partie sera dans tous les cas bien compris par le président du tribunal arbitral. En pratique, l'arbitre partie ainsi désigné est souvent le conseil, un membre de l'entourage ou encore un technicien appartenant à l'entreprise du plaideur. L'arbitre désigné dans ces conditions doit donc faire face un conflit d'intérêts manifeste : il est à la fois juge et partie.

4.1.2 L'arbitrage corporatif

L'arbitrage corporatif désigne l'instance arbitrale dont l'objet a trait à des questions très précises et techniques. Le litige en cause ne peut être tranché que par des experts parce qu'il nécessite une compétence technique spécialisée. Mais le nombre d'experts aptes à cette fonction est très réduit de sorte que ce sont toujours plus ou moins les mêmes qui sont chargés des fonctions d'arbitrage.

Dès lors, il est fréquent qu'ils soient aussi eux-mêmes impliqués en tant que partie : un jour arbitre, ils sont le lendemain conseil ou partie. De plus, comme le souligne un auteur, toutes ces procédures arbitrales ne se succèdent pas forcément, elles peuvent se chevaucher, si bien que les mêmes personnes peuvent être arbitres, conseils ou parties selon les litiges.

Dans ce cadre, le choix de l'arbitre s'exerce dans une sphère professionnelle étroite, ce qui peut contribuer à créer des situations de conflits d'intérêts les plus divers.

4.2 Les experts judiciaires

La situation de l'expert judiciaire peut être rapprochée de celle des magistrats malgré les particularités de ses fonctions et de son statut. L'expert est un professionnel spécialisé. Désigné par le juge, il l'assiste dans sa fonction de juger. Si l'expert n'est pas investi du pouvoir de

juger et de décider, il trouve sa raison d'être dans son rôle d'informateur de ceux qui ont le pouvoir de décider.

C'est pourquoi l'expert peut être considéré comme un véritable collaborateur du juge, chargé de lui apporter les éclaircissements de nature technique ou de fait que ce dernier ne peut obtenir lui-même. L'expert est parfois considéré comme " *un véritable démembrement ou dédoublement du juge* ", c'est pourquoi il est soumis à l'obligation de prêter serment et de respecter les principes fondamentaux gouvernant la fonction de juger au premier rang desquels figure l'exigence d'impartialité.

Le conflit d'intérêts est plus explicitement évoqué dans les règles de déontologie de l'expert judiciaire qui énoncent que " *l'expert doit accomplir sa mission avec la plus stricte impartialité, faisant abstraction de ses opinions, de ses goûts ou de ses relations avec des tiers* " et " *conserver une indépendance absolue, ne cédant à aucune pression ou influence, de quelque nature qu'elle soit* ". Un article précise même que, en toute circonstance, " *l'expert consulté à titre privé ne peut ensuite accepter une mission d'expertise concernant la même affaire* ".

Cependant, seules des compagnies d'experts s'imposent des règles de déontologie. Les experts judiciaires qui ne sont pas inscrits auprès d'une compagnie d'experts et qui ne sont donc pas soumis à des règles de déontologie particulières restent soumis aux dispositions générales du décret du 31 décembre 1974 qui leur fait obligation d'apporter leur concours à la justice, d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et leur conscience.

De plus, les magistrats veillent particulièrement à ce que les experts judiciaires ne soient pas parallèlement experts auprès d'une compagnie d'assurance, afin d'assurer une réelle indépendance et impartialité des experts judiciaires.

4.3 Les mandataires et les administrateurs judiciaires

Dans le cadre des professions d'administrateur et de mandataire judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, l'exigence d'indépendance figure au nombre des principes fondamentaux constituant " *d'impérieux devoirs* " dans les règles déontologiques élaborées par le Conseil National.

Les règles déontologiques abordent la question du conflit d'intérêts lorsqu'elles prévoient par exemple que l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire " *ne peut user de ses fonctions pour rechercher un avantage indu pour son compte ou au bénéfice d'autrui, notamment auprès des établissements financiers, des entreprises sous mandat et plus généralement de toute personne physique ou morale avec laquelle il peut avoir un contact professionnel* " ou ne peut acquérir à l'amiable les actifs d'une personne, physique ou morale, soumise à une procédure collective.

4.3.1. Les caractéristiques du conflit

Le mandataire judiciaire a pour mission d'assurer la représentation des créanciers pendant la période d'observation et de procéder à la liquidation de l'entreprise lorsque celle-ci est décidée par le tribunal. Dans ce dernier cas, sa mission consiste plus précisément à déterminer les droits des créanciers, à réaliser l'actif en vue de procéder à l'apurement du passif, à mettre en œuvre les licenciements et enfin à effectuer la reddition des comptes lorsque le tribunal prononce la clôture de la liquidation. Le mandataire judiciaire est chargé de défendre les intérêts de l'ensemble des créanciers et non pas l'intérêt particulier de tel ou tel type de créancier.

S'agissant de l'administrateur judiciaire, pendant la période d'observation de la procédure, sa mission consiste à assister et surveiller le débiteur dans la gestion de ses biens.

Cette mission doit être exercée en conformité avec les objectifs fixés par l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 selon lequel la procédure de redressement judiciaire doit permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi ainsi que l'apurement du passif.

L'administrateur n'a pas à assurer la défense des intérêts de la personne physique ou morale qu'il assiste, contrôle ou représente. Il a pour mission de concilier le maintien de l'activité en vue d'un redressement avec une gestion prudente qui interdit tout nouveau passif tout en favorisant le maintien de l'emploi.

L'administrateur doit donc tenir compte des différents intérêts en présence au sein de la procédure collective afin d'adopter in fine la solution la plus conforme à l'intérêt général. Il n'a pas à protéger un intérêt en particulier ou à trancher entre les différents intérêts en jeu. Cette mission s'avère être des plus délicates ; elle confère incontestablement un pouvoir immense à l'administrateur judiciaire sur les intérêts du débiteur mais également sur les intérêts de toutes les personnes concernées par la procédure.

4.3.2 Les conflits d'intérêts liés aux modes de rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires

La rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires n'est pas assurée par l'Etat. Ceux-ci sont payés par l'entreprise en difficulté qui fait l'objet de la procédure collective dans laquelle ils ont été désignés. Le décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985 fixe le tarif des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires. L'article 19 de ce décret précise que les émoluments sont " *exclusifs de toute rémunération ou remboursement de frais pour les mêmes diligences* ". Il leur est, par ailleurs, interdit de " *réclamer ou percevoir aucune somme en dehors des émoluments et débours prévus dans ce décret* ". Contrairement aux honoraires des avocats, les honoraires des administrateurs et mandataires judiciaires ne sont pas libres.

Les administrateurs judiciaires perçoivent une rémunération basée sur quatre éléments :

- un droit fixe,
- une rémunération exprimée en taux de base proportionnelle au nombre de salariés employés par l'entreprise,
- un droit proportionnel dégressif calculé sur le montant du chiffre d'affaires,
- un droit proportionnel dégressif calculé sur le montant total du prix de cession.

La rémunération des mandataires est composée de cinq éléments :

- le droit fixe prévu pour les administrateurs judiciaires.
- un droit fixe par créance pour la vérification des créances autres que salariales,
- un droit fixe par salarié pour la vérification des créances salariales,
- un droit proportionnel pour toute créance contestée,
- un droit proportionnel pour tout recouvrement d'actif après l'intervention du jugement de liquidation.

Cette description sommaire de la composition ces rémunérations suffit à démontrer la complexité du système. En pratique, les problèmes d'interprétation rendent difficile le suivi de son application. L'inconvénient majeur de ce dispositif est qu'il favorise l'émergence de conflits d'intérêts économiques.

Dans un certain nombre d'hypothèses, le barème pousse le professionnel à mener sa mission en fonction du seul intérêt financier escompté et non plus en fonction de l'intérêt supérieur de l'entreprise en difficulté. Le conflit d'intérêts d'origine interne est alors manifeste ce que montrent bien les exemples suivants :

Pour toute créance contestée, le mandataire judiciaire perçoit un droit proportionnel de cinq pour cent calculé sur la différence entre le montant de la créance déclarée et celui de la créance définitivement admise. Ainsi une créance forclosée ou déclarée par erreur fera alors l'objet d'une contestation puis d'un rejet. Cette créance non fondée donnera lieu à la perception d'un droit proportionnel disproportionné par rapport au travail engagé par le mandataire qui n'aura qu'à constater la forclusion ou l'erreur, voire le simple retrait de la production. Cette situation constitue un détournement des fonds de la procédure dans la mesure où des sommes destinées à rembourser les créanciers ont finalement été encaissées par le mandataire de justice chargé de les représenter.

En second lieu, le fait pour le mandataire liquidateur de percevoir un droit fixe par créance vérifiée, autre que salariale, peut inciter ce dernier à vérifier toutes les créances chirographaires des procédures impécunieuses. Or, il sait par définition qu'elles ne pourront être réglées par l'entreprise en difficulté et qu'elles constitueront in fine des frais de justice à la charge du trésor public ; en outre un texte spécial (l'article 99 de la loi du 25 janvier 1985 précitée devenu l'article L.621-102 du code de commerce) autorise le liquidateur à ne pas procéder à ces vérifications de créances quand les procédures sont manifestement impécunieuses.

De même, la mise en œuvre des règles du barème permet de constater que si le mandataire procédait à une cession, il serait mieux payé que s'il mettait en place un plan de continuation et de sauvegarde des emplois. En effet, en cas de cession, le barème prévoit qu'il percevra un pourcentage sur la vente des actifs. Pourtant l'objectif principal de la procédure collective clairement affirmé dans la loi de 1985 est de permettre l'apurement du passif en sauvegardant l'entreprise et l'emploi.

Le mandataire peut être confronté à une opposition entre ses intérêts financiers personnels, à savoir favoriser la cession, et un intérêt général différent, à savoir favoriser le redressement de l'entreprise en difficulté dans des conditions telles qu'elle puisse poursuivre son activité avec succès ; voire cet intérêt général peut commander d'accompagner sa disparition mais dans le respect des intérêts des créanciers et des salariés.

En outre, les enquêtes réalisées à ce sujet déplorent que le système tarifaire incite globalement les mandataires judiciaires à allonger la durée des procédures et donc à accroître d'autant le montant de leur rémunération.

Ces exemples permettent de montrer que certains professionnels pourraient être enclins à prendre des décisions, pourtant primordiales pour chacun des intervenants à la procédure et pour l'intérêt économique du pays, en fonction de leur propre intérêt financier. Au total, les créanciers sont perdants et ces auxiliaires de justice sont gagnants.

4.5 Les régulations

Le conflit d'intérêts met en cause l'indépendance et l'impartialité des professionnels de justice et nuit plus généralement à la confiance que la justice doit inspirer au citoyen. Le législateur prévoit un certain nombre d'instruments qui permettent de prévenir les situations de conflits d'intérêts au sein des professions de justice. Parmi les différents moyens visant à limiter les conflits d'intérêts, il est possible de d'établir une distinction au regard de l'implication des différents acteurs : les professionnels eux-mêmes et les justiciables.

4.5.1 Les outils à disposition des professionnels de justice

Deux possibilités sont offertes à tous les professionnels de justice. Il s'agit en premier lieu du régime des incompatibilités qui permet de restreindre le champ des conflits d'intérêts d'origine externe et, en deuxième lieu, de la faculté pour les professionnels de refuser dans certains cas d'exercer leur mission. Ce second mode de régulation, laissé à l'initiative du seul professionnel, suppose l'analyse par ce dernier de sa propre impartialité et de son degré d'indépendance. Le professionnel est, en effet, le plus apte à apprécier la situation dans laquelle il se trouve et dont il connaît tous les paramètres.

Il existe une troisième possibilité propre aux arbitres qui est l'information du justiciable par le professionnel sur l'éventuelle situation de conflits d'intérêts (cf. notamment l'article 1452 du nouveau code de procédure civile). Ce mécanisme se présente plutôt comme un mode de régulation hybride qui associe le justiciable et le professionnel. En effet, le justiciable ne pourra effectivement prendre de l'initiative de régulation des conflits d'intérêts que s'il dispose de l'information nécessaire pour ce faire, sachant que c'est le professionnel qui en dispose.

4.5.2 L'action du justiciable

Le justiciable peut initier deux actions différentes afin de mettre un terme ou sanctionner une situation de conflits d'intérêts : la récusation et la mise en cause de la responsabilité du professionnel.

La récusation

La récusation permet au justiciable de mettre fin à sa relation avec le professionnel qui se trouverait en situation de conflit d'intérêts.

La procédure de récusation trouve son origine dans la passivité du professionnel qui, par hypothèse, a décidé de ne pas s'abstenir en toute connaissance de cause. Chez les magistrats, la procédure de récusation est très contraignante. Il s'agit ainsi d'éviter les mises en causes injustifiées qui pourraient nuire à l'image de la justice dans son ensemble. Au plan civil, la récusation d'un juge est prévue aux articles 341 et suivants du nouveau code de procédure civile, et au plan pénal, les causes de récusation sont prévues aux articles 668 et suivants du code de procédure pénale.

Cette rigueur procédurale ne se retrouve pas dans la récusation des experts judiciaires et des arbitres.

Enfin, il convient de souligner la facilité avec laquelle le client d'un avocat ou d'un notaire peut à tout moment le récuser sans formalisme particulier, s'il découvre que le professionnel se trouve dans une situation de conflit d'intérêts.

La mise en jeu de la responsabilité du professionnel

La mise en jeu de la responsabilité du professionnel de justice apparaît comme un second moyen de lutte contre les conflits d'intérêts entre les mains du justiciable. Alors que la récusation intervient pendant l'exercice de la mission du professionnel puisqu'elle y met fin par son éviction, la mise en œuvre de la responsabilité intervient au terme de la relation du professionnel et du justiciable.

Le professionnel peut voir sa responsabilité mise en cause sur le plan disciplinaire si la situation est constitutive d'un manquement déontologique et donc d'une faute disciplinaire. L'inconvénient de ce mode de régulation à l'initiative du justiciable est que ce dernier n'a pas véritablement les moyens de provoquer effectivement la sanction du professionnel, d'autant plus que les professions semblent favoriser le traitement pré-contentieux des plaintes.

Le professionnel peut, par ailleurs, voir engagée sa responsabilité civile. La jurisprudence admet en effet que les règles déontologiques peuvent être utilisées pour la qualification des fautes civiles. Elle admet même, dans certaines hypothèses particulières, que ces dernières doivent s'imposer au juge dans la qualification des fautes civiles. La mise en œuvre de la responsabilité civile du professionnel par le justiciable lésé semble constituer un moyen satisfaisant car potentiellement efficace, pour remédier aux conflits d'intérêts même si l'on peut regretter que les mécanismes d'assurances obligatoires en limitent quelque peu l'aspect punitif.

Enfin, le professionnel est susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée par le justiciable victime du conflit d'intérêts. Cette régulation permet une importante stigmatisation du professionnel en cause lorsque son comportement a porté préjudice à la société. En pratique, son champ d'application est toutefois assez limité.

Les limites de l'action du justiciable

La mise en œuvre effective de ces deux instruments de régulation suppose que le justiciable soit informé de la situation de conflit d'intérêts à laquelle est confronté le professionnel. Le justiciable doit pouvoir accéder à l'information qui lui permettra de remédier à une situation problématique.

Or, les conflits d'intérêts constituent généralement des situations occultes et souvent subtiles qui n'ont donc pas force d'évidence pour le justiciable. La clé de la lutte contre les conflits d'intérêts réside en définitive dans l'information du justiciable laquelle ne peut venir que du professionnel lui-même puisque lui seul dispose de tous les éléments permettant d'évaluer la situation. Le justiciable ne pourra faire usage des instruments de lutte contre les conflits d'intérêts que lorsque le professionnel aura laissé filtrer ou n'aura su empêcher la divulgation par des tiers des informations permettant au justiciable de prendre conscience de la situation. Celui-ci se trouvera bien souvent bien démuni.

* * *

Les conflits d'intérêts des professionnels de justice constituent des situations problématiques car ils menacent les fondements mêmes du système juridique et judiciaire. Ils mettent en cause " *bien au-delà d'intérêts particuliers, la prééminence du droit, valeur essentielle de la démocratie* ". P. Draï, premier président honoraire de la Cour de Cassation considère quant à lui que " *aller vers son juge en toute confiance, avec la seule volonté de convaincre par la force du raisonnement ou la richesse de ses arguments, c'est la seule démarche possible d'un homme libre dans un pays de liberté* ".

Cependant, la relation entretenue par le justiciable et le professionnel constitue un terrain favorable à l'apparition des conflits d'intérêts. Le justiciable qui s'adresse à un professionnel de justice remet toujours entre ses mains les intérêts principaux de son existence parce qu'il ne peut prendre en charge seul les problèmes juridiques qu'il rencontre. Cette relation renvoie à un déséquilibre des compétences : le justiciable s'en remet au savoir et au degré élevé de compétence du professionnel pour faire face à un monde qui lui est, le plus souvent, étranger. Toute relation qui se noue entre un professionnel de justice et un justiciable est ainsi marquée par la position dominante dans laquelle se trouve le premier par rapport au second parce que le savoir dont dispose le professionnel constitue, de fait, une véritable source de pouvoir. En effet, comme a pu le démontrer le sociologue L. Karpik à propos des avocats, la situation de " *pouvoir dissymétrique* " fondée sur la confiance qu'accorde le justiciable au professionnel présente " *la particularité éminente de favoriser les positions d'abus de l'avocat* ".

Ce sociologue insiste sur le fait que parmi tous ceux qui exercent une délégation, les avocats se distinguent par un pouvoir discrétionnaire très étendu parce qu'il suppose " *l'emploi de compétences qui ne peuvent être que difficilement anticipées* ". La solution que commande le problème particulier auquel est confronté le justiciable est, en effet, le plus souvent largement imprévisible, les possibilités de contrôle par le mandant sont donc très problématiques. De façon générale, il apparaît ainsi que la dissymétrie inhérente à toute relation nouée entre un professionnel de justice et un justiciable constitue un contexte particulièrement favorable à l'apparition des conflits d'intérêts.

En définitive, le respect des principes d'indépendance et d'impartialité au sein des professions de justice réside à la fois dans l'application des lois, des règles déontologiques propres à chaque catégorie et dans l'éthique personnelle des professionnels. Le justiciable ne peut jouer qu'un rôle marginal dans la régulation des conflits d'intérêts alors même que ce sont ses principaux intérêts qui sont en jeu. La vigilance des acteurs de la vie juridique doit rester soutenue car les situations de conflits d'intérêts sont souvent aussi largement méconnues que dangereuses pour les

justiciables.

DES LETTRES OU DES CHIFFRES ?

ou les risques de conflits d'intérêts dans les prix littéraires

Au commencement étaient les lettres. C'est dans ce contexte qu'Edmond Huot de Goncourt a institué par testament la Société littéraire des Goncourt qui a donné naissance en 1903 au prix du même nom afin de récompenser la qualité littéraire d'un roman publié dans l'année. Depuis cette date, les choses ont bien changé.

Selon l'hebdomadaire *Le Point*, "180 titres, dont 84 nouveautés, sont édités quotidiennement et 1 231 millions de livres vendus par 300 maisons d'édition. Le chiffre d'affaires quotidien de l'édition française est de 7,8 millions d'euros. Chaque jour, sont vendus 162 838 manuels scolaires et parascolaires, 118 715 dictionnaires et encyclopédies, 278 830 ouvrages littéraires (dont 273 822 romans), 188 909 livres pour la jeunesse, 91 912 bandes dessinées, 29 295 guides touristiques. 35 titres sont édités en poche chaque jour dont 17 nouveautés, 343 213 livres de poche sont produits chaque jour et 310 060 sont vendus".

Dans une livraison précédente, le même hebdomadaire rapportait que la seule annonce de la parution du sixième volume des aventures de Harry Potter avait fait progresser de 7,5 % l'action de la maison d'édition, les cinq premiers volumes, traduits en 60 langues, ayant été vendus à 525 millions d'exemplaires.

Ces chiffres "donnent le tournis" et révèlent les enjeux qui caractérisent le monde des lettres et de l'édition. Pour s'en convaincre, s'il en était besoin, il suffit de se reporter à certains succès récents de librairie aux thèmes douteux, exhumant les secrets d'alcôve ou les fantasmes sexuels de tel acteur, qui ne paraissent avoir d'autre justification que les sommes d'argent qu'ils rapportent à leurs auteurs et à leurs éditeurs. Il s'agit en l'espèce d'entreprises beaucoup plus mercantiles que littéraires. Les exemples sont multiples ; il n'est nul besoin de s'y attarder, d'autant que si cette littérature existe, c'est qu'elle a une clientèle. Car c'est bien de commerce dont il s'agit. Certaines pratiques l'attestent, telle la publication d'un pamphlet dont l'auteur est anonyme, ce qui déchaîne les interrogations médiatiques et offre une publicité à bon compte. On peut également citer l'exploitation qui est faite de certains événements dramatiques de l'histoire ou d'affaires criminelles dont les auteurs condamnés acquièrent une notoriété qui défie parfois les règles de la morale.

La question prend une acuité particulière chaque année en septembre au moment de ce qu'il est désormais convenu d'appeler la rentrée littéraire avant la distribution des prix du même nom à l'automne. Car nous vivons dans une société qui décerne des prix à défaut de ceux qui marquaient autrefois la fin de l'année scolaire. D'ailleurs, tout le monde a son prix, le boucher pour son boudin ou ses tripes, le vigneron, le restaurateur, le boulanger, etc.... Les gens du spectacle fêtent le retour du printemps en multipliant les cérémonies de congratulations réciproques, pendant que de multiples concours agricoles animent nos campagnes. Le monde littéraire n'échappe pas à ce déchaînement de récompenses souvent décernées dans des conditions obscures mais qui vont appâter le chaland, à tel point que certains livres sont recouverts d'une bande rouge pour attirer l'attention et laisser croire qu'ils ont été primés.

Notre propos n'est pas d'ajouter un pamphlet à ceux qui régulièrement viennent prendre à partie le monde de l'édition et qui cherchent eux-mêmes à devenir des succès littéraires et qui, volontairement ou non, alimentent ainsi le système.

Notre seul but est d'attirer l'attention sur des dérives possibles compte tenu de l'importance des sommes en jeu.

Chaque année, environ 600 romans nouveaux marquent la rentrée littéraire. Très peu d'entre eux sont élus et connaissent le succès : moins de 20 atteindront un tirage égal ou supérieur à 50 000 exemplaires. Dès lors, l'affirmation de Jérôme LINDON apparaît comme particulièrement pertinente : "L'édition est le seul secteur de l'économie qui répond à une baisse de la demande par une hausse de l'offre". Or les maisons d'édition ne sont pas des entreprises philanthropiques. Elles existent avant tout pour faire des bénéfices et rapporter des dividendes à leurs actionnaires. Elles vont donc pratiquer une sorte de mutualisation, de compensation. Elles vont devoir récupérer sur certains succès les gains modestes ou les sommes perdues sur d'autres, ce qui prend une importance nouvelle avec le développement des à-valoir, c'est-à-dire des avances, généralement non remboursables en cas d'insuccès.

C'est là que se situent les dérives possibles et qu'entrent en scène les prix littéraires. On en dénombrait 1150 par an, toutes catégories confondues (près de 2 000 en comptant les distinctions et concours littéraires divers), les prix les plus importants et les plus connus générant des tirages supérieurs à au moins 100 000 exemplaires, quelle que soit la qualité de l'œuvre primée, ce qui, de l'avis des spécialistes, représente un succès de librairie et assure des lendemains heureux à une maison d'édition.

En effet, il est difficile de faire la part des choses entre les membres des jurys, généralement tous auteurs d'œuvres littéraires, et les maisons qui les éditent. Il y a là bien évidemment un risque évident de conflits d'intérêts. Or, les conditions dans lesquelles sont recrutés, voire cooptés, les jurés, souvent désignés à vie, sont peu claires, ce qui les rend a priori suspects. Certains ont suggéré de renouveler chaque année les membres des jurys, à l'exemple du Booker prize britannique, sans pour autant faire des propositions précises sur leur mode de désignation, ce qui a au moins le mérite de pointer du doigt une réelle difficulté.

Quant au choix qui est effectué par les jurys, il ne manque pas de laisser perplexe, certaines maisons d'édition paraissant monopoliser, directement ou indirectement, les prix au détriment des autres, jamais ou rarement récompensées, sauf peut-être épisodiquement pour détourner l'attention.

On doit également accueillir avec une certaine prudence les palmarès ou les classements des meilleures ventes publiés par divers journaux, généralement hebdomadaires. En effet, il paraît évident que le classement devrait être, sinon le même, au moins très proche dans chaque publication ; or on note des différences significatives qui ne peuvent que laisser perplexe sur les conditions et les buts dans lesquels ils ont été établis.

Cette situation pourrait se trouver aggravée par la concentration qui s'opère dans le monde littéraire entre l'édition, la diffusion, la publicité et la critique, la diffusion étant le stade le plus important dans la chaîne ainsi constituée. Certaines maisons d'édition, soit directement, soit à travers le groupe auquel elles appartiennent, assurent la distribution d'autres maisons qui deviennent ainsi dépendantes des premières. Il y a un risque de rupture des règles de la concurrence, les maisons ou groupes distributeurs ayant tendance à privilégier leur propre distribution au

détriment des autres. Les récents incidents qui ont affecté une maison d'édition, "absorbée" par une autre, viennent illustrer ces craintes.

La technique des produits dérivés, déjà analysée par le service dans d'autres secteurs, vient elle-même contaminer, selon les mêmes techniques, le monde littéraire, notamment par l'adaptation au cinéma ou à la télévision de certaines œuvres avant de les vendre, autre mode de distribution, en DVD. De même, les "transferts" d'auteurs d'une maison à une autre, moyennant une somme d'à-valoir conséquente, et le recours au système des agents témoignent du fait qu'écrire est devenu un véritable sport.

Enfin, la mainmise qui paraît s'opérer sur le monde littéraire par certaines sociétés d'investissements, dont la vocation est peu littéraire, finit de jeter la suspicion sur un système qui n'est plus que mercantile puisque marqué par les rachats, les concentrations et la création de grands groupes qui sont l'apanage d'autres secteurs de l'économie.

Si au commencement étaient les lettres, à la fin sont les chiffres...