



تِراَنسِپَرانِسيِ المِغَرِبِ
transparency maroc

Le conflit d'intérêts

Rapport de :

Michèle Zirari et Mohamed Loukili

Professeurs à la Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales – Agdal – Rabat



Mars 2015

Sommaire

Introduction	5
1. QU'EST CE QU'UN CONFLIT D'INTÉRÊTS	6
1.1 Quelques définitions	6
➤ Le conseil de l'Europe.....	6
➤ L'OCDE.....	7
➤ La définition canadienne.....	7
➤ Le service central français de prévention de la corruption.....	7
➤ La définition égyptienne.....	8
1.2 Le conflit	8
1.3 Les intérêts	9
➤ L'intérêt personnel.....	9
➤ L'intérêt supérieur.....	10
2. LE CONFLIT D'INTÉRÊTS AU MAROC	11
2.1 Les conflits d'intérêts dans le secteur public	11
2.1.1 La prévention.....	11
◆ Les incompatibilités.....	11
➤ Les membres du gouvernement :.....	11
➤ Les membres de la chambre des représentants et de la chambre des conseillers.....	12
➤ Les élus des collectivités territoriales.....	12
➤ Les fonctionnaires.....	13
➤ Les magistrats.....	13
◆ La récusation de magistrat.....	13
2.1.2 La sanction pénale des conflits d'intérêt.....	14
◆ L'infraction de prise illégale d'intérêt.....	14
◆ La sanction.....	16
2.2 Les conflits d'intérêt dans le secteur privé	16
2.2.1 La prévention des conflits d'intérêts.....	16
◆ Dans les sociétés commerciales.....	16
➤ Les incompatibilités.....	16
➤ Les conventions réglementées.....	17
◆ Les incompatibilités prévues dans les statuts de diverses professions.....	17
➤ Les médecins :.....	17
➤ Les avocats.....	17

2.2.2 La sanction pénale des conflits d'intérêts.....	18
➤ L'abus de bien sociaux.....	18
➤ le délit d'initié.....	18
2.3 Les codes d'éthique.....	19
3. QUELQUES ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ.....	20
3.1 Le Canada.....	20
3.2 La France.....	21
3.3 L'Egypte.....	22
CONCLUSION.....	23

Introduction

Actuellement le conflit d'intérêt est fréquemment évoqué et dénoncé. Ce n'est pourtant pas une situation nouvelle, ce qui est relativement nouveau en revanche c'est l'intérêt porté à la notion, sa consécration juridique et l'abondante littérature sur le thème en témoigne. Ainsi la convention des Nations unies contre la corruption encourage les Etats parties à combattre ce phénomène dans l'alinéa 5 de son article 8 qui dispose que «*Chaque État Partie s'efforce, s'il y a lieu et conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, de mettre en place des mesures et des systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts avec leurs fonctions d'agent public*».

La convention vise également les conflits d'intérêts dans le secteur privé, en préconisant dans l'article 12 : b)»*La promotion de l'élaboration de normes et procédures visant à préserver l'intégrité des entités privées concernées, y compris de codes de conduite pour que les entreprises et toutes les professions concernées exercent leurs activités de manière correcte, honorable et adéquate, pour prévenir les conflits d'intérêts....*

c) La prévention des conflits d'intérêts par l'imposition, selon qu'il convient et pendant une période raisonnable, de restrictions à l'exercice d'activités professionnelles par d'anciens agents publics ou à l'emploi par le secteur privé d'agents publics après leur démission ou leur départ à la retraite, lorsque lesdites activités ou ledit emploi sont directement liés aux fonctions que ces anciens agents publics exerçaient ou supervisaient quand ils étaient en poste»;

Mais qu'est ce qu'un conflit d'intérêt ?

De nombreuses situations où nous devons choisir se présentent à nous chaque jour et chaque choix implique un conflit entre plusieurs possibilités, la préférence pour l'une d'entre elle et le sacrifice des autres. C'est le schéma même du conflit d'intérêt, situation fréquente et d'autant plus difficile à cerner que chacun de nous a des sphères d'activité diverses. Une conséquence directe de cet état de fait est que les intérêts familiaux, professionnels ou autres d'une même personne risquent d'entrer en opposition : ainsi, si je suis le supérieur hiérarchique de mon fils l'affection que je lui porte risque de me pousser à le favoriser par rapport à un autre de mes subordonnés. Si un magistrat siège dans une affaire où l'une des parties est son parent, son intérêt personnel entre en conflit avec l'impératif de bonne justice et d'impartialité qu'il est doit respecter. On peut multiplier les exemples : le médecin qui travaille pour un laboratoire et publie un article scientifique sur les spécialités de son employeur, le député qui vote une loi concernant directement l'activité professionnelle qui est la sienne....

Ce qui rend le conflit d'intérêt redoutable est que la situation risque d'influencer le comportement professionnel de l'agent qui peut être tenté de tirer un bénéfice personnel de sa fonction. Dès lors on peut redouter une mauvaise gestion, la corruption ou le trafic d'influence. En outre la constatation de tels conflits dans la sphère publique ébranle la confiance des citoyens et fait naître des soupçons sur la transparence et l'honnêteté des dirigeants.

Certes, tous les conflits ne sont pas dangereux ou à proscrire, ce qui serait d'ailleurs impossible. Un père ou une mère de famille qui souhaite un dimanche s'occuper de ses enfants mais a une obligation professionnelle importante se trouve face à un conflit mais celui-ci n'a rien de redoutable.

Comment différencier le conflit admissible de celui à surveiller et à proscrire ? Et peut-on discerner clairement le conflit d'intérêt qui doit être prévenu et, éventuellement sanctionné. Une approche juridique n'est pas suffisante, car il s'agit d'une notion qui, certes, a un aspect juridique mais en également beaucoup d'autres. «*Les conflits d'intérêt se situent au confluent du droit, de la morale et de la politique*»¹. Est-il cependant possible d'en donner une définition générale couvrant toutes les hypothèses possibles ?

1. Qu'est ce qu'un conflit d'intérêts

Une définition est difficile : Le conflit d'intérêt «*est malléable, abstrait, difficile à circonscrire; son interprétation est plutôt subjective à chaque individu, selon l'importance relative qu'il accorde à ses intérêts personnels par rapport à ceux de son employeur, de sa profession, de l'ensemble de la société et selon la frontière entre légitimité et illégitimité*»².

Quelques rares pays ayant adopté une législation relative à la prévention des conflits d'intérêts (Canada, Portugal), ainsi que certaines organisations internationales (OCDE, Conseil de l'Europe) proposent des définitions. Ces définitions sont plus ou moins larges selon les acteurs visés.

1. 1 Quelques définitions

La majorité des définitions concernent le conflit d'intérêt dans le secteur public. Pourtant le conflit peut également exister dans le privé.

➤ Le conseil de l'Europe

La définition du Conseil de l'Europe ne vise que le conflit d'intérêts dans le secteur public :

*« 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. »*³.

1 Mustapha MEKKI, «Introduction à la notion de conflits d'intérêts», *colloque de l'association Henri Capitant*, Dalloz, 2013, p. 3.

2 Catherine PICHE «, «Définir l'étendue des tentacules du conflit d'intérêt pour mieux les maîtriser», *ibidem*, p. 34 .

3 Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (2000)10 du Comité des ministres sur les codes de conduite pour les agents publics, 11 mai 2000.

➤ L'OCDE

donne du conflit d'intérêt dans la fonction publique la définition suivante⁴ :

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.

➤ La définition canadienne

que l'on trouve dans la loi sur les conflits d'intérêts du 16 décembre 2006 concerne elle aussi le seul secteur public :

La situation dans laquelle un titulaire de charge publique exerce un pouvoir officiel ou une fonction officielle qui lui fournit la possibilité de favoriser son intérêt personnel ou celui d'un parent ou d'un ami ou de favoriser de façon irrégulière celui de toute autre personne.

Le Portugal a également intégré dans la loi une brève définition, selon laquelle le conflit d'intérêts est l'antagonisme provenant de l'exercice de fonctions officielles, lorsque convergent intérêts publics et personnels, mettant en jeu des intérêts financiers ou patrimoniaux de nature directe ou indirect.

➤ Le service central français de prévention de la corruption

donne une définition plus large embrassant tous les types d'acteurs :

« 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 »⁵. (Service central français de prévention de la corruption, Rapport 2004).

⁴ <http://www.oecd.org/fr/gouvernance/ethique/2957354.pdf>

⁵ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2005-2.pdf

La définition égyptienne⁶

La loi Egyptienne relative à la prévention des conflits d'intérêts pour les responsables de l'Etat définit ainsi le conflit d'intérêt dans son article 2 :

Toute situation où le responsable gouvernemental ou un de ses proches (toute personne qui a une relation de parenté avec le responsable gouvernemental jusqu'au 4^e degré ainsi que les sociétés où il a des intérêts ou qu'il dirige) a un intérêt matériel ou moral qui est en contradiction absolue ou relative avec la probité, l'indépendance et la protection des biens publics qu'implique sa fonction ou sa charge, ou toute situation qui donne lieu à un enrichissement illégal pour lui ou pour les proches cités plus haut.

Ces définitions diffèrent mais font apparaître des caractéristiques communes :

- l'existence d'une opposition entre un intérêt que la personne doit défendre dans l'exercice de sa profession et un intérêt personnel
- l'importance des apparences
- la temporalité multiple des conflits d'intérêts, qui doivent être prévenus par rapport aux intérêts détenus avant, pendant et après l'exercice des fonctions.

Pour affiner la définition, il n'est pas inutile d'approfondir quelque peu le sens de chacun des termes conflit et intérêt :

1.2 Le conflit

La signification du terme ne soulève pas de difficulté, il s'agit⁷ d'un «*rencontre d'éléments contraires qui s'opposent*». La littérature sur le sujet distingue plusieurs types de conflits. Ainsi le Service central de prévention de la corruption français dans son rapport annuel 2004⁸, identifie :

- « le conflit réel » ou effectif : lorsqu'il est avéré qu'un intérêt personnel peut venir «influencer» le comportement de la personne exerçant ses fonctions professionnelles.
- « le conflit apparent » : les faits en cause ne sont pas certains : aucun intérêt particulier suspect n'a pu être prouvé, il n'est que « possible ». Une analyse de la situation devra être menée pour écarter tout doute sur la probité de la personne suspectée.
- 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 (prise de fonction, promotion, mutation), il convient de vérifier que ses intérêts privés ne sont pas de nature à influencer la façon dont il pourrait s'acquitter de ses nouvelles fonctions, et de s'assurer ainsi que le conflit reste seulement potentiel.

Le droit Egyptien fait la distinction entre le conflit d'intérêt absolu, qui a pour résultat un dommage direct et effectif contre l'intérêt supérieur et le conflit d'intérêt relatif qui se produit lorsque la situation peut générer seulement un dommage éventuel.

⁶ Loi n° 106/2013 Journal officiel égyptien n°45 bis du 13 novembre 2013.

⁷ Définition du Dictionnaire *Robert*

⁸ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2004.pdf

On retrouve ces distinctions dans la plupart des études et on peut a priori se demander pourquoi s'intéresser au conflit qui est seulement apparent. Les lignes directrices de l'OCDE l'expliquent très clairement :

«Il suffit qu'une situation ressemble à un conflit d'intérêts pour ébranler la confiance du public, même s'il s'avère qu'il n'y a pas de conflit ou qu'il a déjà été résolu. Par exemple, un haut fonctionnaire public est actionnaire d'une entreprise en concurrence pour fournir des services à l'organisme dans lequel il travaille. Cet organisme dispose probablement de règles internes officielles visant à l'exclure de toute prise de décision dans ce type de cas, mais si ces dispositions ne sont pas connues du public, il pourrait en résulter un scandale».

Par ailleurs, il n'est pas obligatoire que le conflit soit actuel. Il peut concerner la période présente ou passée.

«Les conflits d'intérêts doivent être prévenus aussi bien par rapport aux intérêts détenus avant et pendant qu'après l'exercice des fonctions. Ce sont les « trois temps des conflits d'intérêts ». Si le risque de conflit est a priori beaucoup moins élevé au regard d'intérêts détenus avant les fonctions, ou après la fin de l'exercice de celles-ci, les frontières sont à l'évidence poreuses : le comportement d'un acteur public au cours de ses fonctions peut avoir été guidé par le souci d'obtenir un avantage personnel à l'issue de celles-ci. Il n'y a pas nécessairement concomitance de la détention des intérêts publics et privés ou, à tout le moins, l'avantage personnel n'est pas nécessairement immédiat et direct. Mais, à l'inverse, il faut aussi admettre une « préemption » des intérêts en cause, dès lors que ceux-ci ne sont pas continus, comme le fait l'actuel article 432-13 du code pénal, qui prévoit un délai de viduité de trois ans entre la fin des fonctions publiques et l'exercice d'activités privées dans un secteur dont l'agent public concerné a eu en charge la surveillance, l'administration ou la gestion»⁹.

Mais pour apprécier l'existence du conflit, il est nécessaire de ne considérer qu'une durée raisonnable. Au-delà de cette durée on peut considérer que le lien unissant l'agent et l'entreprise extérieure est rompu ou suffisamment distendu pour ne plus poser de problème.

1.3 Les intérêts

Le conflit suppose l'opposition entre deux intérêts divergents : les intérêts que l'agent doit défendre dans l'exercice de sa profession et que l'on peut qualifier d'intérêts supérieurs et ses intérêts personnels.

➤ L'intérêt personnel

L'intérêt personnel est compris de façon très large. Il peut être direct, concerner la personne seule (dans ce cas, il est appelé intérêt propre). Il peut également concerner sa famille et ses proches. Dans ce cas il est nécessaire d'évaluer jusqu'où l'on peut considérer que va la famille. La question est tout aussi délicate pour les proches. Il est alors nécessaire d'évaluer la question au cas par cas en tenant compte de la force et de la nature des liens, qu'ils soient familiaux ou amicaux.

⁹ Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, France, 2011.

L'OCDE cite ainsi les activités et situations susceptibles de créer des conflits d'intérêts pour les agents publics :

- actifs
- passifs, dettes
- relations personnelles
- relations familiales
- intérêts commerciaux
- activités et fonctions externes
- cadeaux, avantages et marques d'hospitalité

Cependant, comme on l'a déjà souligné, tous les intérêts ne sont pas générateurs de conflits. Pour qu'ils le soient, il faut qu'ils revêtent un minimum d'importance. Il n'y a pas de conflit s'il est tellement minime que l'on ne peut raisonnablement redouter qu'il influence la décision de la personne. Ainsi, alors même que les agents du ministère de l'Économie sont des contribuables, cette qualité ne constitue pas un intérêt qui les empêcherait de traiter de politique fiscale.

Les intérêts visés sont principalement des intérêts matériels, concernant le patrimoine (avantages pécuniaires, contrats, cadeaux, avantages professionnels etc.), Il est beaucoup plus douteux que le conflit puisse naître d'opinions philosophiques, politiques, religieuses ou syndicales, mais cela n'est pas impossible et ici aussi il fut raisonner au cas par cas.

➤ L'intérêt supérieur

Curieusement les études sur le conflit d'intérêt sont peu prolixes sur l'intérêt supérieur qui risque d'être sacrifié au profit des intérêts personnels de l'agent. Les lignes directrices de l'OCDE indiquent seulement «*des décisions à prendre par les agents publics dans le cadre de leur mission*». Pour le Conseil de l'Europe il s'agit de «*l'exercice impartial et objectif des fonctions officielles*».

La définition canadienne mentionne «*l'exécution des fonctions et des responsabilités officielles*».

Et c'est bien parce que l'intérêt supérieur à protéger diffère suivant les fonctions envisagées que le problème se pose en termes différents suivant les sphères d'activité. Ainsi un colloque organisé par l'association Henri Capitant bien connue des juristes, sur les conflits d'intérêts consacre quatre interventions au problème général et onze à des secteurs spécifiques : professions juridiques et judiciaires, entreprises, droit financier, santé, droit constitutionnel.

Uniquement pour le secteur public, l'OCDE préconise l'élaboration de politiques de gestion des conflits d'intérêts spécifiques pour des catégories données d'agents publics à savoir :

- auditeurs
- personnel des cabinets ministériels
- agents chargés des marchés publics
- juges
- agents des impôts
- procureur
- gestionnaires de contrats

-
- agents des douanes hauts fonctionnaires
- ministres

La multitude des intérêts supérieur pouvant entrer en conflit avec des intérêts personnels rend donc très difficile l'élaboration d'une théorie générale du conflit d'intérêt et même si une telle théorie existe elle devra le plus fréquemment être complétée par des précisions spécifiques à certaines professions.

2. Le conflit d'intérêts au Maroc

Si la notion n'est pas absente de notre droit, l'expression n'y fait son entrée qu'en 2011, avec la constitution qui dispose dans son article 36 : «*Les infractions relatives aux conflits d'intérêts, aux délits d'initié et toutes infractions d'ordre financier sont sanctionnées par la loi*». Mais elle ne donne aucune définition de ce qu'il faut entendre par conflit d'intérêt.

Si l'on s'en tient aux définitions données plus haut, on constate qu'il existe des dispositions éparses dans divers textes dont le but est de prévenir ou de sanctionner les conflits d'intérêts. On s'attachera tout d'abord au secteur public pour s'intéresser ensuite au secteur privé.

2.1 Les conflits d'intérêts dans le secteur public

2.1.1 La prévention

La prévention se fait essentiellement par des dispositions législatives qui interdisent l'exercice de certaines activités aux personnes exerçant des responsabilités.

◆ *Les incompatibilités*

Il existe un certain nombre d'incompatibilités dont le but est d'éviter les conflits d'intérêts. Elles concernent les membres du gouvernement, les élus : représentants, conseillers, élus des conseils régionaux, provinciaux et communaux, et l'ensemble des fonctionnaires.

➤ *Les membres du gouvernement :*

Le «*Rapport National pour l'éthique et la lutte contre la corruption*» présenté et distribué par les membres de la délégation marocaine lors de la réunion des Etats parties tenue à Qatar, entre le 9 et 13 novembre 2009 cite sous la rubrique «*conflit d'intérêt*» l'article 2 bis du dahir du 23 avril 1975 relatif à la situation des membres du gouvernement qui «*interdit aux membres du gouvernement de s'engager dans une activité professionnelle ou commerciale dans le secteur privé et notamment par leur participation dans la gestion ou l'administration d'une entreprise privée*». Cet article 2bis n'a pu être trouvé malgré de longues recherches au Bulletin officiel. Mais dans la banque de données du ministère de la fonction publique et de la modernisation de l'administration figure une circulaire du Premier ministre datée du 5 juin 1998 mentionnant le dahir qui a (probablement) introduit cet article 2bis¹⁰.

¹⁰ Cette circulaire, adressée aux ministres et secrétaires d'Etat, est extrêmement brève. En voici le texte intégral : «*J'ai l'honneur de porter à votre connaissance que SA MAJESTE LE ROI que Dieu le Glorifie a bien voulu sceller le dahir n° 1-98-87 du 3 safar 1419 (29 mai 1998) qui précise que toute activité professionnelle ou commerciale des membres du gouvernement est suspendue durant l'exercice de leurs fonctions gouvernementales. Vous voudrez bien trouver, ci-joint, photocopie de ce dahir et m'informer des mesures que vous prendrez, le cas échéant, pour vous y conformer*».

Cet article interdit donc aux membres du gouvernement de s'engager dans une activité professionnelle dans le secteur privé pendant la durée de leur fonction mais rien n'est dit sur les activités qu'ils avaient avant d'être ministres. Doivent-ils y renoncer ? Selon la circulaire citée en note de bas de page, l'activité doit être suspendue. Qu'en est-il si les membres du gouvernement ne respectent pas cette prescription?¹¹

➤ Les membres de la chambre des représentants et de la chambre des conseillers

Un chapitre des lois organiques qui les régissent¹² prévoit des incompatibilités qui ont pour but d'éviter les conflits d'intérêts et d'assurer l'honnêteté des élections. Ainsi ils ne peuvent exercer aucune fonction publique non électorale dans les services de l'Etat, des collectivités locales ou des établissements publics (à l'exception de fonctions gouvernementales). Sont également incompatibles les mandats de représentants ou de conseillers et les fonctions de président du conseil d'administration, d'administrateur délégué, de directeur général ou de directeur, de membres de directoire ou de membre de conseil de surveillance, dans des sociétés anonymes dont le capital appartient directement ou indirectement pour plus de 30 % à l'Etat. En cas d'incompatibilité, faute de régulariser sa situation l'élu est démis de ses fonctions.

En outre, il est interdit aux représentants et aux conseillers de faire ou laisser figurer leur nom suivi de l'indication de leur qualité dans toute publicité relative à une entreprise financière, industrielle et commerciale. Le représentant ou le conseiller qui n'aurait pas respecté cette interdiction est déchu de plein droit (article 17 pour les représentants et 18 pour les conseillers)

➤ Les élus des collectivités territoriales

La loi prévoit également en ce qui les concerne des inéligibilités et des incompatibilités dans le but de prévenir les conflits d'intérêts¹³.

Ainsi le mandat de membre du conseil de la région est incompatible avec les fonctions de concessionnaire, gérant ou entrepreneur de services publics régionaux¹⁴. Il en va de même en ce qui concerne les membres des conseils de préfecture ou de province dont le mandat est incompatible avec les fonctions de concessionnaire, gérant ou entrepreneur de services publics préfectoraux et provinciaux¹⁵ (article 107)

Enfin en ce qui concerne les conseils communaux et d'arrondissement, ne sont pas éligibles au conseil de la commune où ils exercent leur fonction ou ont cessé de les exercer depuis moins d'un an à la date du scrutin ;

¹¹Une loi organique (n° 065-13, promulguée par dahir n° 1-15-33 du 19 mars 2015, Bulletin officiel du 2 avril 2015, p. 1132) relative à l'organisation et à la conduite des travaux du gouvernement et au statut de ses membres) a été publiée postérieurement à la table ronde qui fait l'objet de cette publication prévoit que la fonction gouvernementale est incompatible avec celle de :

- membre de l'une des deux chambres,
- responsable d'établissement public ou d'entreprise publique,
- la présidence d'un conseil de région, d'une chambre professionnelle, d'un conseil communal, préfectoral, provincial ou d'arrondissement communal,
- l'exercice de toute fonction publique non électorale dans les services de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des autres personnes morales de droit public ou des sociétés dans lesquelles l'Etat détient plus de 30 % du capital (article 32).

L'article 33 prévoit que les membres du gouvernement doivent, pendant la durée d'exercice de leur fonction, suspendre toute activité professionnelle ou commerciale dans le secteur privé, notamment leur participation dans les organes de direction, de gestion et d'administration des entreprises privées à but lucratif et, de manière générale, de toute activité pouvant entraîner un conflit d'intérêt, à l'exception des activités dont l'objet social porte exclusivement sur la prise de participation et la gestion de valeurs mobilières.

Est également incompatible avec la fonction gouvernementale celle de direction de publication d'un journal ou périodique ou d'une station de radio ou de télévision.

Tout membre du gouvernement qui se trouve dans l'un de ces cas d'incompatibilité doit régulariser sa situation dans un délai n'excédant pas soixante jours à compter de sa date de nomination.

Mais la loi est muette sur la procédure à mettre en œuvre si cette régularisation n'a pas lieu.

¹²Loi organique n° 27-11 relative à la chambre des représentants, promulguée par dahir n° 1-11-165 du 14 octobre 2011, *Bulletin officiel* du 3 novembre 2011, p. 2346. Le chapitre 3 articles 13 à 20 traite des incompatibilités; Loi organique n° 28-11 relative à la chambre des conseillers promulguée par dahir n° 1-11-172 du 21 novembre 2011, *Bulletin officiel* du 19 juillet 2012, p. 2411,

¹³Loi organique n° 59-11 relative à l'élection des membres des collectivités territoriales, promulguée par dahir n° 1-11-173 du 21 novembre 2011, Bulletin officiel du 19 juillet 2012, p. 2426.

¹⁴Articles 79 à 83 de la loi citée ci-dessus

¹⁵Articles 105 à 112 de la même loi

- les fonctionnaires de la commune et les agents rémunérés en tout ou en partie sur le budget de la commune,
- les comptables des deniers de la commune ;
- les concessionnaires de services publics communaux et les directeurs de services relevant ou recevant des subventions de la commune ;
- les délégués des terres collectives¹⁶.

En outre la charte communale interdit, à peine de révocation, à tout conseiller communal *«d’entretenir des intérêts privés avec la commune dont il est membre, de conclure des actes ou des contrats de location, d’acquisition, d’échange ou toute transaction portant sur des biens de la commune, ou de passer avec elle des marchés de travaux, de fournitures ou de services, ou des contrats de concession, de gérance et toutes autres formes de gestion des services publics communaux, soit à titre personnel, soit comme actionnaire ou mandataire, soit au bénéfice de son conjoint, ses ascendants ou ses descendants directs»*¹⁷.

➤ Les fonctionnaires.

Le statut de la fonction publique¹⁸ régit l’ensemble des fonctionnaires de l’Etat à l’exclusion des magistrats, des militaires des Forces armées royales et des administrateurs du ministère de l’intérieur.

L’article 16 de ce statut *« interdit à tout fonctionnaire, quelle que soit sa position, d’avoir, par lui-même ou par personne interposée et sous quelque dénomination que ce soit, des intérêts de nature à compromettre son indépendance dans une entreprise soumise au contrôle de l’administration ou service dont il fait partie ou en relation avec son administration ou service »*.

➤ Les magistrats

En ce qui les concerne l’article 15 de leur statut¹⁹ leur interdit *« d’exercer en dehors de leurs fonctions, même à titre occasionnel, une activité rémunérée ou non, de quelque nature que ce soit »*. Le ministre de la justice peut accorder, selon le texte, des dérogations individuelles dans l’intérêt de l’enseignement ou de la documentation juridique.

De même l’article 182 du code des juridictions financières²⁰ *«interdit à tout magistrat des juridictions financières d’exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit, et d’exercer toute activité le mettant en situation de dépendance»*.

◆ La récusation de magistrat

Dans le cadre d’un procès devant les tribunaux, les règles de procédure permettent de récuser un magistrat lorsqu’il y a conflit entre les intérêts de ce dernier et ceux des parties au procès. La récusation est prévue par le code de procédure pénale (articles 273 à 285) et le code de procédure civile (articles 295 à 299) en des termes identiques

¹⁶ Article 131 et 132 de la même loi.

¹⁷ Loi n° 78-00 portant charte communale, promulguée par dahir n° 1-20-297 du 3 octobre 2002, *Bulletin officiel* du 21 novembre 2002, article 22.

¹⁸ Dahir n° 1-58-008 du 24 février 1958, *Bulletin officiel* du 13 novembre 1974, p. 1578.

¹⁹ Dahir portant loi n° 1-74-467 du 11 novembre 1974 portant statut de la magistrature (plusieurs fois modifié et complété) *Bulletin officiel* du 13 novembre 1974, p. 1578.

²⁰ Loi n° 62-99 formant code des juridictions financières, promulguée par dahir n° 1-02-124 du 13 juin 2002, *Bulletin officiel* du 15 août 2002, p. 785

La récusation d'un magistrat peut être demandée :

- quand il a ou quand sa femme a un intérêt personnel direct ou indirect au jugement de l'affaire ;
- quand il y a parenté ou alliance entre le magistrat ou son conjoint et l'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclusivement ;
- quand il y a procès en cours ou quand il y a eu procès terminé depuis moins de deux ans entre l'une des parties et le magistrat ou son conjoint ou leurs ascendants ou descendants ;
- quand le magistrat est créancier ou débiteur de l'une des parties ;
- quand il a précédemment donné conseil, plaidé ou postulé sur le différend ou en a connu comme arbitre ; s'il a déposé comme témoin ou s'il l'a connu en premier ressort ;
- quand il a dû agir comme représentant légal de l'une des parties ;
- s'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ;
- s'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge ou l'une des parties.

Un cas de récusation est propre à la procédure pénale. Il s'agit de l'hypothèse où le magistrat est auteur de la plainte qui fait l'objet de la procédure.

Le magistrat qui connaît l'existence de l'une des causes de récusation prévue par la loi ou de tout autre motif qui pourrait justifier une récusation doit en faire la déclaration.

La récusation peut également avoir lieu devant les tribunaux administratifs²¹ pour les mêmes raisons.

2.1.2 La sanction pénale des conflits d'intérêt

L'existence de deux intérêts en opposition n'est pas en soi constitutive d'infraction pénale. Ce que l'on redoute dans les conflits d'intérêts ce sont les conséquences qu'ils peuvent avoir : corruption ou détournements notamment, qui eux, sont des infractions. Tant qu'aucune de ces conséquences dommageables ne s'est produite on voit mal, en toute logique, comment intervenir pénalement.

Cependant la législation pénale prévoit une infraction qui sanctionne, pour le fonctionnaire, le simple fait de s'être mis en situation de conflit d'intérêt.

◆ *L'infraction de prise illégale d'intérêt*

Comme on l'a vu plus haut le statut de la fonction publique interdit aux fonctionnaires d'avoir des *intérêts de nature à compromettre leur indépendance dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration.*

²¹ Article 6 de la loi n° 41-90 instituant les tribunaux administratifs (promulguée par dahir n° 1-91-225 du 22 rebia I 1414 (10 septembre 1993) : «*En matière de récusation, les attributions dévolues par le chapitre V du titre V du code de procédure civile à la cour d'appel, à son premier président et aux présidents des tribunaux de première instance sont exercées, lorsqu'il s'agit des magistrats des tribunaux administratifs, respectivement par la chambre administrative de la Cour suprême, son président et le président du tribunal administratif*». Article 7 : «*Les règles du code de procédure civile sont applicables devant les tribunaux administratifs, sauf dispositions contraires prévues par la loi*»

En cas de violation de cet interdit, le fonctionnaire s'expose à des poursuites disciplinaires mais également à des poursuites pénales puisque le code pénal sanctionne²² « tout fonctionnaire qui *«soit ouvertement, soit par acte simulé, soit par interposition de personne, prend ou reçoit quelque intérêt dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont il a au temps de l'acte, en tout ou en partie l'administration ou la surveillance»* ou *« dans une affaire dont il est chargé d'ordonner le paiement ou de faire la liquidation »* (article 245).

On peut définir l'infraction comme le fait pour un fonctionnaire de prendre des intérêts dans les activités dont il a l'administration ou la surveillance. L'auteur doit être un fonctionnaire public.

Si l'interdiction prévue par l'article 16 du statut de la fonction publique s'adresse aux fonctionnaires stricto sensu ainsi que les définit ce statut dans son article 2²³, en revanche l'infraction prévue par l'article 245 du code pénal concerne une catégorie plus importante puisque pour l'application de la loi pénale le code pénal donne une définition du fonctionnaire beaucoup plus large²⁴. L'infraction concerne donc non seulement les fonctionnaires stricto sensu mais aussi toutes les personnes travaillant de près ou de loin pour l'Etat.

La prise d'intérêt peut, comme l'indique le texte, être ouverte ou par acte simulé ou par interposition de personne. L'affaire dans laquelle le fonctionnaire s'est ingéré peut être indifféremment une entreprise au sens commercial du terme, mais aussi un acte juridique isolé (comme une vente, une adjudication, un contrat de fourniture...).

La prise d'intérêt consiste pour le fonctionnaire à prendre sciemment un intérêt dans une affaire soumise à son contrôle ou à sa surveillance. Prendre un intérêt ne signifie pas prendre un bénéfice ou un avantage. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait prise d'un bénéfice quelconque pour que l'infraction existe, elle est constituée au moment de l'acte de participation. C'est ce que souligne la doctrine²⁵. L'infraction a été reprise mot pour mot du code pénal français et les pénalistes les moins contestés soulignent le caractère préventif de l'incrimination²⁶. Il n'est pas nécessaire non plus que le coupable ait été poussé par la recherche d'un bénéfice illégitime.

L'infraction existe également si la prise d'intérêt a eu lieu dans les cinq ans suivant la cessation des fonctions (article 246). L'incrimination de l'article 246 a pour but d'éviter que *«l'emploi accordé à un ancien fonctionnaire par une entreprise qu'il surveillait, ne soit la récompense d'une bienveillance coupable témoignée précisément en vue de cet emploi»*²⁷.

Cette incrimination a pour but d'éviter que les fonctionnaires ne préparent pendant leur activité leur poste futur dans le privé en accordant des avantages à leur futur employeur, ce que l'on appelle familièrement le pantouflage.

22 Si l'intérêt obtenu est inférieur à 100.000 dirhams, la sanction est délictuelle (un à cinq ans d'emprisonnement et amende de 2000 à 50.000 dirhams), s'il est supérieur, l'infraction devient criminelle (réclusion de cinq à dix ans et amende de 5.000 à 100.000 dirhams).

23 Article 2 du dahir du 24 février 1958 : *«A la qualité de fonctionnaire toute personne nommée dans un emploi permanent et titularisée dans un grade de la hiérarchie des cadres de l'administration de l'Etat. Pour le droit pénal et selon l'article 224 du code «Sont réputés fonctionnaires publics pour l'application de la loi pénale, toutes personnes qui, sous une dénomination et dans une mesure quelconques, sont investis d'une fonction ou d'un mandat même temporaires, rémunérés ou gratuits et concourent à ce titre, au service de l'Etat, des administrations publiques, des municipalités, des établissements publics ou à un service d'intérêt public»*. Cette conception, beaucoup plus large, permet de considérer comme fonctionnaires des personnes qui ne le sont pas au regard du droit administratif, pour leur appliquer les règles du droit pénal.

24 Pour le droit pénal et selon l'article 224 du code *«Sont réputés fonctionnaires publics pour l'application de la loi pénale, toutes personnes qui, sous une dénomination et dans une mesure quelconques, sont investis d'une fonction ou d'un mandat même temporaires, rémunérés ou gratuits et concourent à ce titre, au service de l'Etat, des administrations publiques, des municipalités, des établissements publics ou à un service d'intérêt public»*. Cette conception, beaucoup plus large, permet de considérer comme fonctionnaires des personnes qui ne le sont pas au regard du droit administratif, pour leur appliquer les règles du droit pénal.

25 Code pénal annoté par le ministère de la justice, 2^{ème} édition, p. 262 ; 1^{ère} édition, p. 96 : *«L'intention réside dans le seul fait que l'auteur a pris sciemment un intérêt dans une affaire soumise à sa surveillance, même s'il n'a pas voulu en tirer profit, même s'il n'en retire aucun bénéfice»*

26 Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, vol 1, Cujas, p. 298.

27 Code pénal annoté par le ministère de la justice, 1^{ère} édition - sous art. 246.

◆ La sanction

Le code pénal dans sa version initiale prévoyait un emprisonnement de deux à cinq ans et une amende. Une modification introduite en 2004 dans le code pénal maintient cette sanction mais prévoit que « *lorsque l'intérêt est* » supérieur à 100 000 dirhams la peine est la réclusion de cinq à dix ans et une amende de 2 000 à 50 000 dirhams.

Cela semble indiquer que, dans l'esprit du rédacteur de cette modification, l'intérêt consiste dans l'avantage matériel retiré, alors que dans la rédaction initiale prise d'intérêt signifiait seulement prise de participation indépendamment des avantages retirés. Si l'on adopte cette nouvelle conception cela signifie-t-il que tant qu'aucun avantage n'est retiré de la participation l'infraction ne sera pas constituée ? Mais alors quel est l'intérêt de cette infraction ? Dès lors que le fonctionnaire tire des bénéfices de sa participation il y a de fortes probabilités pour qu'une autre incrimination soit applicable : corruption ou détournement.

2.2 Les conflits d'intérêt dans le secteur privé

Dans le secteur privé, la loi contient des mesures dont l'objectif est de prévenir les conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales. Il existe également des dispositions législatives concernant certaines professions réglementées.

2.2.1 La prévention des conflits d'intérêts

◆ Dans les sociétés commerciales

Les lois relatives aux sociétés commerciales contiennent des dispositions dont l'objectif est de prévenir les conflits d'intérêts. Il s'agit des incompatibilités frappant les dirigeants et des conventions réglementées.

➤ Les incompatibilités

- La loi sur les sociétés anonymes prévoit une incompatibilité entre les fonctions de dirigeant des sociétés anonymes et de commissaires aux comptes²⁸. La même incompatibilité est étendue aux autres types de société commerciale par les articles 13, 34 et 83 de la loi n° 56-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, en commandite par action, la société à responsabilité limitée et la société en participation.

- Cette incompatibilité se poursuit dans le temps puisque les commissaires aux comptes ne peuvent pendant les cinq années qui suivent la cessation de leurs fonctions être nommés administrateurs, directeurs généraux ou membres du directoire des sociétés qu'ils ont contrôlées. De la même manière les administrateurs, directeurs généraux ou membres du directoire des sociétés anonymes ne peuvent pendant un délai de 5 ans après la cessation de leurs fonctions être nommés commissaires aux comptes dans cette société²⁹.

- Dans les sociétés anonymes les membres du conseil de surveillance ne peuvent faire partie du directoire³⁰

- Les statuts de la société anonymes peuvent également prévoir des incompatibilités³¹.

²⁸ Article 161 de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes « *Ne peuvent être désignés comme commissaires aux comptes : les fondateurs, apporteurs en nature, bénéficiaires d'avantages particuliers ainsi que les administrateurs, les membres du conseil de surveillance ou du directoire de la société ou de l'une de ses filiales* ». Cette incompatibilité s'étend aux conjoints et parents et alliés, à ceux qui reçoivent une rémunération des personnes énumérées.

²⁹ Article 162 de la même loi.

³⁰ Article 86 de la même loi.

³¹ Article 41 de la même loi.

➤ Les conventions réglementées

Pour éviter que le dirigeant d'une société par actions ne profite de ses fonctions pour conclure à son profit une convention désavantageuse pour la société dans laquelle il est en fonction, les lois sur les sociétés prévoient un mécanisme d'autorisation préalable de certaines conventions conclues entre la société et l'un de ses dirigeants : les conventions réglementées. C'est ce que prévoit l'article 56 de la loi sur les sociétés anonymes qui dispose que «*toute convention intervenant entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration*». Des dispositions similaires s'appliquent dans les sociétés en commandite par action et aux sociétés à responsabilité limitée³².

◆ Les incompatibilités prévues dans les statuts de diverses professions

Les statuts de diverses professions prévoient des incompatibilités dont l'objectif est d'éviter les conflits d'intérêts. On peut en citer deux exemples :

➤ Les médecins

L'article 54 de la loi n° 10-94 relative à l'exercice de la médecine³³ dispose que *Nul ne peut être médecin traitant et médecin contrôleur ou médecin traitant et médecin expert d'un même patient*. ou les articles 97 et 98 de l'avant-projet de loi relative à l'exercice de la médecine relativement respectivement au contrôle et à l'expertise. «*Dans le cadre de la médecine de contrôle, un médecin ne doit pas cumuler cette mission avec celles des soins pendant une durée d'un an à compter de l'exercice à l'égard de ce patient du dernier acte de contrôle*» (article 97). «*Sans préjudice des dispositions légales relatives à l'expertise judiciaire, un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services*» (article 98)³⁴.

➤ Les avocats

La loi 28-08 relative à la profession d'avocat prévoit des incompatibilités avec toute activité de nature à porter atteinte à l'indépendance de l'avocat et au caractère libéral de la profession. Certaines ont sans aucun doute pour but d'éviter les conflits d'intérêts, notamment l'incompatibilité de la profession d'avocat avec celles *d'homme d'affaire et de négociant exercée par l'avocat directement ou indirectement, ainsi qu'avec toutes les fonctions administratives et judiciaires et toute mission confiée par la justice*.

2.2.2 La sanction pénale des conflits d'intérêts

Lorsque la personne se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts en a tiré des avantages la loi prévoit deux infractions : l'abus de biens sociaux et le délit d'initié.

32 Articles 38 et 64 de la loi n° 56-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par action et la société à responsabilité limitée.

33 Promulguée par dahir n° 1-96-123 du 21 août 1996, *Bulletin officiel* du 21 novembre 1996, p. 760.

34 Secrétariat général du gouvernement, version du 29 avril 2014.

➤ L'abus de bien sociaux

L'article 384 de la loi sur les sociétés anonymes sanctionne d'une peine d'emprisonnement de un à six mois et d'une amende : Les membres des organes d'administration, ou de gestion d'une société anonyme

« 3) qui, de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage « *qu'ils savaient contraire aux intérêts économiques de celle-ci à des fins personnelles* » ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés « *directement ou indirectement* ».

« 4) qui, de mauvaise foi, auront fait, des pouvoirs qu'ils possédaient et/ou des voix « *dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts économiques de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement* ».

L'article 107, 3) et 4) de la loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par action, la société à responsabilité limitée et la société en participation (promulguée par dahir n° 1-97-49 du 13 février 1997) prévoit les mêmes infractions pour les gérants de ces sociétés.

➤ le délit d'initié

Le délit d'initié est une infraction pénale fréquente dans le milieu boursier commise par une personne nommée «l'initié». Celui-ci exécute des transactions boursières sur la base d'informations dont ne disposent pas les autres, c.à.d. qu'il a un avantage concurrentiel sur les autres mais dont l'origine est illicite. En d'autres termes, le spéculateur est sûr de gagner.

Au Maroc, le délit d'initié est régi par le dahir portant loi³⁵ relatif au Conseil déontologique des valeurs mobilières (CDVM) et aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne.

Aux termes de l'article 25 de ce dahir, le délit d'initié est le fait pour une «*personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions, d'informations privilégiées et de les utiliser pour réaliser ou permettre sciemment de réaliser sur le marché soit directement soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations*».

Est considérée comme «information privilégiée» selon le même article «*toute information relative à la marche technique, commerciale ou financière d'un émetteur ou aux perspectives d'évolution d'une valeur mobilière, encore inconnue du public et susceptible d'affecter la décision d'un investisseur*».

Les agissements de ces initiés sont réprimés sur le plan pénal par l'emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende pouvant atteindre le quintuple du profit éventuellement réalisé, sans qu'elle puisse être inférieure à 200 000 dirhams, ou de l'une de ces peines seulement.

Cette sanction est également valable pour toute personne possédant «*en connaissance de cause des informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'une société dont les titres sont cotés à la Bourse des valeurs ou sur les perspectives d'évolution d'une valeur mobilière, qui réalise ou permet de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou communique à un tiers des informations, avant que le public ait connaissance de ces dernières*».

35 Dahir portant loi n° 1-93-212 du 4 rebia ii 1414 (21 septembre 1993) relatif au conseil déontologique des valeurs mobilières et aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne (modifié et complété par les lois 23-01, 36-05, 44-06)

Les membres du conseil d'administration du CDVM ainsi que son personnel engagent également leur responsabilité s'ils réalisent - directement ou par personne interposée - des opérations sur les titres d'une personne morale ayant présenté un document d'information au visa du CDVM.

2.3 Les codes d'éthique

Un code d'éthique fixe des règles qui régissent la conduite des personnes au sein d'une entreprise ou d'une organisation. Bien que l'éthique ne soit pas coercitive (puisqu'il n'y a pas de sanctions juridiques), le code de déontologie est une réglementation interne que théoriquement tous doivent respecter.

C'est dans les entreprises privées que sont apparus les codes d'éthique et c'est là qu'ils ont la plus grande importance. Mais il faut noter qu'il en existe aussi, et de plus en plus, dans certaines administrations.

Leur importance est réelle mais dépend grandement de leur qualité et de la manière dont ils sont observés.

On pense en premier lieu au code de déontologie des professions libérales (médecins, avocats, architectes etc.). Mais de nombreuses professions ont leur propre code de déontologie.

Ces codes prévoient le plus souvent des règles relatives aux conflits d'intérêts. Ainsi dans le projet de code des architectes un article leur est consacré :

«L'architecte doit éviter toute situation où les intérêts privés en présence sont tels qu'il pourrait être porté à les préférer à ceux de son client ou de son employeur ou que son jugement et sa loyauté envers celui-ci pourraient en être altérés».

Toujours à titre d'exemple on peut citer les dispositions du code d'éthique de la banque populaire relative aux conflits d'intérêts.

2. Conflits d'intérêts

2.1 - Les situations de conflit d'intérêt se matérialisent lorsqu'un acteur dans l'exercice de ses fonctions fait prévaloir des intérêts particuliers, les siens ou ceux d'autrui pour qui il agit sur ceux de l'institution

2.2. - Les acteurs s'engagent formellement au respect des intérêts de l'Institution et l'intégrité des marchés et éviter toutes activités, relations ou situations de conflit d'intérêts qui peuvent influencer et altérer l'impartialité dont ils ne doivent jamais de partir dans l'accomplissement de leur mission ou peuvent interférer avec leur capacité d'agir au mieux des intérêts du groupe et de ses clients.

2.3 – Les acteurs doivent faire preuve de bon sens devant chaque situation de conflit d'intérêts potentiel, observer le strict respect des critères d'éthique du présent code dans la conduite de leurs affaires professionnelles et solliciter lorsque cela est requis leur hiérarchie ou le déontologue pour clarification de la situation et /ou saisir les instances concernées de l'institution

2.4 – Tout acteur se trouvant en situation de conflit d'intérêts réel ou potentiel par rapport à sa fonction et/ou par rapport aux missions qu'il est amené à effectuer doit en informer sa hiérarchie par écrit selon modèle défini en annexe.

Le code de Lafarge Maroc

Chaque collaborateur doit prévenir tout conflit d'intérêts en évitant toute relation pécuniaire directe ou indirecte avec un concurrent, client ou fournisseur du groupe dans un cadre autre que ses activités professionnelles au sein du groupe. Les situations de conflit d'intérêts n'étant pas toujours très bien délimitées, il appartient à chaque collaborateur de consulter sa hiérarchie et, le cas échéant, le directeur juridique de son unité, de sa branche, voire du corporate, en cas de doute sur un cas particulier. (2007).

3. Quelques éléments de droit Comparé

3.1 Le Canada

La Loi sur les conflits d'intérêts, qui a remplacé le Code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat, est entrée en vigueur le 9 juillet 2007. Elle est appliquée par le commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, qui a remplacé l'ancien commissaire à l'éthique, responsable de l'application de la Loi sur les conflits d'intérêts et du Code régissant les conflits d'intérêts des députés

Le commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique relève directement du Parlement, auquel il rend compte.

L'indépendance est essentielle à la capacité du commissaire d'appliquer les régimes sur les conflits d'intérêts, puisqu'il surveille la conduite des ministres gouvernementaux, y compris du premier ministre, en plus des autres titulaires de charge publique et des députés. De façon générale, les personnes assujetties aux régimes sur les conflits d'intérêts appliqués par le commissaire doivent pouvoir compter sur le fait qu'elles recevront un traitement juste et équitable, quelle que soit leur allégeance politique.

De plus, le public aura confiance dans la légitimité des conclusions du commissaire uniquement si ce dernier est réellement indépendant du gouvernement au pouvoir et s'il est ainsi perçu

Le mandat du commissaire peut se résumer très simplement : aider à veiller à ce que les représentants gouvernementaux, qu'ils soient élus ou nommés, ou leurs parents ou amis, ne profitent pas personnellement de leur charge publique.

Le commissaire applique deux régimes distincts sur les conflits d'intérêts, la loi sur les conflits d'intérêts et le Code régissant les conflits d'intérêts des députés, et est également chargé de donner au premier ministre des conseils confidentiels sur des questions ayant trait aux conflits d'intérêts et à l'éthique.

Les deux régimes interdisent diverses activités qui entraînent des conflits entre l'intérêt personnel et l'intérêt public, ou qui sont susceptibles de le faire. Par exemple, les personnes assujetties à la Loi et au Code des députés ne peuvent participer à des discussions, à des décisions, à des débats et à des votes à l'égard de toute question qui pourrait les placer en situation de conflit d'intérêts. Il y a d'autres règles dans la Loi et le Code des députés qui ne font pas appel au concept du conflit d'intérêts, notamment l'interdiction d'accepter des cadeaux ou des avantages qui pourrait raisonnablement donner à penser qu'ils ont été donnés dans le but d'influencer les titulaires de charge publique et les députés dans l'exercice de leurs fonctions.

Ils ne peuvent pas non plus tirer un avantage indu de leur charge antérieure

Il y a un code distinct qui régit les conflits d'intérêts des sénateurs et qui est appliqué par le conseiller sénatorial en éthique.

La loi sur les conflits d'intérêts s'applique à plus de 3100 titulaires de charge publique, qui sont tous assujettis à ses règles générales visant à prévenir les conflits d'intérêts. Plus de la moitié des titulaires de charge publique qui sont visés par la Loi sont assujettis uniquement à ces règles générales. Ce groupe est composé principalement de membres à temps partiel de conseils, de commissions et de tribunaux fédéraux

Environ 1100 titulaires de charge publique sont désignés comme titulaires de charge publique principaux. Ils sont assujettis à des exigences supplémentaires plus strictes. La Loi exige qu'ils présentent au Commissariat une déclaration confidentielle et détaillée de tous leurs biens et leurs dettes, et qu'ils se dessaisissent de certains biens contrôlés, comme des valeurs cotées en bourse. Elle restreint également leurs activités extérieures et exige un certain nombre de déclarations publiques. Les titulaires de charge publique principaux comprennent les ministres, les secrétaires parlementaires, le personnel ministériel et les personnes nommées à temps plein par le gouverneur en conseil, par exemple les sous-ministres et les dirigeants de sociétés d'État

3.2 France

La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique traite des conflits d'intérêts³⁶. Elle définit ainsi les conflits d'intérêts :

Au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.

L'article 2 de la loi prévoit que :

Lorsqu'ils estiment se trouver dans une telle situation :

1° Les membres des collèges d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante s'abstiennent de siéger. Les personnes qui exercent des compétences propres au sein de ces autorités sont suppléées suivant les règles de fonctionnement applicables à ces autorités ;

2° Sous réserve des exceptions prévues au deuxième alinéa de l'article 432-12 du code pénal, les personnes titulaires de fonctions exécutives locales sont suppléées par leur délégataire, auquel elles s'abstiennent d'adresser des instructions ;

3° Les personnes chargées d'une mission de service public qui ont reçu délégation de signature s'abstiennent d'en user ;

4° Les personnes chargées d'une mission de service public placées sous l'autorité d'un supérieur hiérarchique le saisissent ; ce dernier, à la suite de la saisine ou de sa propre initiative, confie, le cas échéant, la préparation ou l'élaboration de la décision à une autre personne placée sous son autorité hiérarchique .Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article ainsi que les conditions dans lesquelles il s'applique aux membres du gouvernement.

Lorsqu'elle constate qu'un membre du gouvernement (à l'exclusion du premier ministre) se trouve en situation de conflit d'intérêts, la Haute Autorité pour la transparence de la vie pu-

³⁶ La même loi traite également du contrôle de patrimoine.

blique lui enjoint de faire cesser cette situation. Après avoir mis à même l'intéressé de faire valoir ses observations dans un délai d'un mois, elle peut décider de rendre publique cette injonction.

3.3 L'Égypte

La loi égyptienne relative à la prévention des conflits d'intérêts contient des dispositions visant à éviter le conflit d'intérêt dans le seul secteur public. Ce texte de loi s'applique à tous les hauts fonctionnaires de l'Etat parmi lesquels le président de la République, les ministres, et les dirigeants des entreprises publiques et sociétés d'Etat à l'exclusion des membres du parlement.

Il est interdit aux personnes visées par cette loi d'exercer certaines activités qui sont incompatibles avec leurs fonctions. Ils ne peuvent être actionnaires dans des sociétés commerciales ou y travailler. S'ils sont actionnaires ils doivent céder leurs parts ou actions dès leur entrée en fonction ou faire gérer ces valeurs mobilières par une tierce personne après accord du comité de prévention de la corruption. De plus ils ne peuvent être consultants ni avoir de crédits avec des conditions préférentielles dans des banques, recevoir de cadeaux ou autres avantages qui sont en mesure de porter atteinte à leur indépendance et à leur probité.

Pendant une période de six mois après la fin de leur fonction, il est interdit aux responsables gouvernementaux de travailler pour le compte de sociétés ou autres entreprises privées concernées par les fonctions qu'ils exerçaient auparavant ou qu'ils contrôlaient. De plus, ils ne peuvent user des informations qu'ils ont obtenues grâce à leurs anciennes fonctions officielles.

Pour l'application de cette loi le législateur égyptien a créé un comité ad hoc appelé «comité de prévention de la corruption». Ce comité, parmi ses missions, est appelé pour chaque cas, à établir une distinction entre conflit d'intérêt relatif et conflit d'intérêt absolu.

L'efficacité de la loi égyptienne est limitée parce que son application nécessite la promulgation de règlements qui relèvent de la compétence du conseil des ministres tandis que la définition des attributions du comité pour la prévention de la corruption ainsi que la désignation de ses membres relèvent de la seule compétence du président de la République, pouvoirs qui, tous deux, sont censés être contrôlés par ce comité.

Conclusion

Peut-on conclure ou faire des recommandations ? La tâche est difficile.

Un colloque organisé par l'ICPC avec l'OCDE en 2012, concluait avec pas moins de treize recommandations parmi lesquelles «*La promulgation d'une loi spécifique au conflit d'intérêts définissant clairement son périmètre en apportant des réponses claires et précises des questionnements suivantes : qui ? quoi ? comment ? quand ?...*».

Quand au diagnostic du cadre anticorruption au Maroc élaboré par le Conseil de l'Europe en 2013 il recommande :

- de réglementer de façon claire les conflits d'intérêts et les bonnes pratiques à ce sujet
- de définir des règles afin d'interdire le pantouflage (passage du secteur public au secteur privé).

Il est facile de recommander une réglementation claire, beaucoup plus difficile de l'élaborer, en particulier dans ce domaine. On a souligné que la multitude des intérêts supérieur pouvant entrer en conflit avec des intérêts personnels rend très difficile l'élaboration d'une théorie générale du conflit d'intérêt ; cette multiplicité rend également très difficile l'élaboration d'un texte qu'il soit de nature législative ou réglementaire.

Si l'on souhaite un texte unique on pourrait songer à une loi cadre qui serait mise en œuvre par des mesures réglementaires propres aux diverses sphères d'activités.

Mais l'élaboration d'une loi, si elle est la solution la plus fréquemment préconisée n'est peut-être pas toujours la meilleure, en tout cas dans l'immédiat. Le terme conflit d'intérêt n'est entré dans notre législation qu'en 2011 avec l'article 36 de la constitution : «*Les infractions relatives aux conflits d'intérêts, aux délits d'initié et toutes infractions d'ordre financier sont sanctionnées par la loi*».

Un travail de réflexion est nécessaire et doit précéder l'élaboration d'une loi. Tout conflit d'intérêt, même dangereux, n'entraîne pas nécessairement un avantage indu. Une sanction doit-elle intervenir dès lors que le conflit existe comme semble le suggérer le texte de la constitution ou bien faut-il, pour sanctionner attendre que le conflit ait conduit à la perception d'un avantage et dans cette deuxième hypothèse, qui semble la plus sage, ce n'est pas sous l'éclairage sanction que le conflit d'intérêt doit être appréhendé en premier lieu mais sous celui de la prévention et des moyens de le faire cesser.

Se poser la question des dispositions préventives existant actuellement, de la réalité de leur application et de leur efficacité est un préalable indispensable. Faire clairement l'inventaire des différents secteurs où la prévention doit intervenir, des meilleures procédures, des organes existant ou à créer qui pourrait vérifier l'application des règles préventives qui seront élaborées. Des réponses à toutes ces questions devront être apportées avant l'élaboration d'un (ou de plusieurs) textes.

