

CONFLITS D'INTÉRÊTS : LE DÉNI DE L'ÉTHIQUE

PAUL H. DEMBINSKI*

Depuis un peu plus de deux ans, le conflit d'intérêts occupe une place de plus en plus importante au sein de l'espace public de l'économie globalisée. Bien que ses contours ne soient pas toujours précis, il est perçu comme une menace de plus en plus pesante sur le bon fonctionnement de l'économie de marché. Pour contenir cette menace des deux côtés de l'Atlantique, de nombreuses procédures judiciaires sont actuellement en cours et des mesures législatives en élaboration. Toutefois, aussi longtemps que les tenants et aboutissants systémiques du conflit d'intérêts ne seront pas mis en lumière, les mesures actuelles ne traiteront pas le mal à sa racine, mais resteront de la simple casuistique.

Le présent texte se propose d'aborder la problématique du conflit d'intérêts en trois étapes. Dans la première, il sera question de la notion de conflit d'intérêts, dans la seconde des divers diagnostics et mesures proposées, alors qu'en guise de conclusion, il sera

question des fondements philosophiques de l'économie de marché qu'il est urgent de réexaminer à la lumière des événements récents.

LA NOTION DE CONFLIT D'INTÉRÊTS

La notion de conflit d'intérêts convient pour décrire deux types de situation très différents : celles où le conflit est apparent ; et celles où, au contraire, il est larvé ou latent.

Quand, dans les années 1950, Ludwig Von Mises aborde cette notion dans la somme qu'il consacre à l'action humaine, il se réfère aux situations où plusieurs protagonistes ont des visées mutuellement exclusives sur un même objet. C'est la situation par excellence du « jeu à somme nulle », celle de la meute de chiens qui s'entre-déchire pour un os, celle du roi qui convoite les territoires voisins. Le conflit des intérêts est alors apparent

* Professeur à l'université de Fribourg, directeur de l'Observatoire de la finance à Genève.

et ouvert, il peut être surmonté soit par la confrontation violente (guerre ou autre affrontement), soit par la négociation, ce qui implique la prise en compte de possibles contreparties, soit, finalement, par la transaction, ce qui permet de mesurer les intérêts en jeu à l'aide d'un étalon unique et unidimensionnel. Si l'essentiel de l'histoire de l'humanité s'est déroulé dans le contexte de « jeux à somme nulle », l'économie moderne ouvre, selon Von Mises, des perspectives foncièrement nouvelles.

L'économie moderne offre à l'humanité la possibilité de s'émanciper de l'emprise du conflit frontal et irréductible d'intérêts, parce qu'elle ouvre les horizons à la croissance et donc à la multiplication des richesses. Plutôt que se battre avec son voisin, l'homme a la possibilité de se mettre à produire des richesses nouvelles, du coup les intérêts des uns deviennent conciliables avec ceux des autres, grâce au surcroît de richesses. Grâce à la croissance, le « jeu » s'ouvre et se transforme pour devenir à somme positive. Une telle analyse conduit à des recommandations claires en matière de politique. En effet, la meilleure manière d'éviter les conflits d'intérêts est d'étendre autant que possible l'emprise du marché sur la société. Le marché, comme l'avait jadis constaté Montesquieu, adoucit les mœurs, puisqu'il encourage la transformation de passions indomptables, par définition, en intérêts.

Pourtant, le conflit d'intérêts qui occupe les devants de la scène économique aujourd'hui n'a que peu de points communs avec le conflit ouvert dont il a été question plus haut. Ce conflit-là est plus insidieux dans ses

effets et sa portée, il est larvé et se déroule « à l'intérieur » d'une personne ou d'une institution. Aujourd'hui, la notion de conflit d'intérêts recouvre les cas où un même acteur (personne ou institution) est tiraillé entre plusieurs loyautés, plusieurs motivations, ou plusieurs intérêts. De telles situations surgissent à chaque fois qu'il existe une forte asymétrie d'information ou de compréhension entre parties à une transaction. Or, dans la société contemporaine de plus en plus complexe et dépendante du savoir, de telles situations sont très fréquentes. Ainsi, le médecin, du haut de son autorité et de son savoir, peut facilement se laisser aller à prescrire des médicaments au mieux superflus, au pire nocifs. Ce faisant, il trahit la confiance du patient au nom des attentions dont il est l'objet de la part des groupes pharmaceutiques. Dans les sociétés où les deux tiers du revenu national viennent des activités de service et sont générés par la manipulation si ce n'est du savoir ou du moins de l'information, l'appel au mandataire et à l'expert est omniprésent. L'expert (qu'il soit banquier, avocat, garagiste, expert comptable ou médecin) prend souvent un rôle de prescripteur, notamment prescripteur de ses propres services. Il en va de même du mandataire, qui est le dépositaire des intérêts de tiers en vue d'un service ou d'une transaction.

Les ambidextres des temps modernes

Le conflit de motivations entre le respect du mandat du client et le souci du propre chiffre d'affaires est aussi

ancien que certains métiers les plus exposés. Aussi, les ordres professionnels traditionnels avaient développé des règles déontologiques très strictes et examinaient les nouvelles recrues aussi du point de vue de leur caractère avant de les admettre dans leurs rangs. Il s'agissait de repérer avant tout ceux qui, par leur caractère, sont à même d'assumer et de surmonter le conflit au nom de leur intégrité professionnelle. Ainsi, dans les professions médicales, le serment d'Hippocrate demeure un modèle du genre. Les professions juridiques font traditionnellement partie des plus exposées au conflit d'intérêts. Selon de récents travaux historiques, il apparaît que dès le Moyen Âge, « l'ambidextérité » avait largement cours au sein des professions juridiques. Un juriste « ambidextre » est celui qui travaille pour les deux parties sans que l'une d'elle ne soit au courant, qui change de partie en cours de procédure, ou, encore, qui influence le verdict dans le sens de son client. Le terme « d'ambidextérité » utilisé à l'égard de ces pratiques fait référence à la capacité des juristes ambidextres à percevoir une rémunération des deux côtés. Afin de préserver la confiance du public dans son aptitude à défendre les intérêts de ses clients, la profession juridique a progressivement élaboré des codes d'éthique professionnelle qui condamnent de telles pratiques au nom de la loyauté au client et les sanctionnent sévèrement¹.

Plus près de nous, le conflit d'intérêts, dans la pratique financière, est décrit, à l'instar de Merryll Lynch, comme la situation où « ... votre intérêt personnel interfère (où même paraît interférer), de quelque manière que ce soit, avec les intérêts de Merryll

Lynch. Toute personne travaillant chez Merryll Lynch doit éviter des activités, des prises d'intérêts, ou des associations qui pourraient interférer, ou même paraître interférer, avec l'exercice en toute indépendance de son meilleur jugement dans l'accomplissement de ses devoirs, ou avec l'intérêt bien compris de la société, de ses clients, de ses actionnaires, ou du public »². Cette manière de poser le problème limite la portée de la notion exclusivement aux rapports entre la vie privée de l'employé et les intérêts économiques de l'employeur. Ce faisant, elle exclut toutes les situations « d'ambidextérité » où l'institution pourrait manquer de loyauté envers les intérêts de ses mandants.

Au terme de ce rapide survol, il est possible de distinguer trois strates qui composent le conflit d'intérêts :

- strate « situation » : un acteur est soumis à une pluralité de motivations non convergentes. Selon certains, ces situations sont très fréquentes (au sens statistique, normales) dans une économie basée sur un très large recours à l'intermédiation dans le traitement de l'information ;
- strate « hésitation » : les motivations non convergentes mettent l'acteur concerné dans un état de confusion profonde quant à la conduite à tenir ;
- strate « action » : l'acteur refuse de trancher et, à l'image du juriste ambidextre, poursuit des intérêts contradictoires.

LES MESURES

L'identification, l'analyse et, finalement, la prévention des situations

porteuses de conflits d'intérêts ont fait récemment couler beaucoup d'encre. Deux manières d'aborder le phénomène semblent se dessiner aujourd'hui :

- pour la première, le conflit d'intérêts naît avec les situations (strate « situation »), il suffit donc d'enrayer l'apparition de telles situations pour que le potentiel dévastateur du conflit d'intérêts disparaisse. Il s'agit d'une question technique qui doit être résolue avec des moyens techniques ;

- selon la seconde manière, le problème doit être abordé au niveau de la strate « hésitation ». C'est en proposant des instruments de discernement pointus qu'il sera possible d'éviter que le conflit s'épanouisse. Pour cette démarche, la nature du problème est donc éthique.

Dans *La richesse des nations*, Adam Smith avait attiré l'attention sur la divergence d'intérêts qu'il pouvait y avoir entre le gestionnaire d'une entreprise et celui qui avait investi son argent dans cette entreprise. « Les administrateurs de sociétés (par action), étant les gestionnaires de l'argent des autres plutôt que du leur, on ne peut prétendre à ce qu'ils s'acquittent de cette responsabilité avec la même vigilance anxieuse que celle dont font preuve les associés d'une entreprise privée quand il s'agit de gérer leur propre argent. Comme les serviteurs d'un homme fortuné, les administrateurs ont tendance à penser que l'attention aux détails n'est pas à l'honneur de leur maître, et s'en dispenseront facilement. Négligence et laxisme seront ainsi toujours plus ou moins présents dans la gestion des sociétés par action »³ et ⁴. Sans que le terme soit utilisé, il s'agit bien d'une situation où les gestionnaires poursuivent deux intérêts qui ne convergent

que partiellement : celui du propriétaire et le leur propre. Une telle situation est, selon Smith, normale dans une économie complexe, puisqu'elle fait partie de la délégation. Toutefois, comme il s'agit d'une solution peu efficace, elle sera éliminée par la concurrence. Smith semble donc conclure que, *primo*, le conflit d'intérêts est nécessairement source d'inefficacité ; *secondo*, qu'il sera, de ce fait, éliminé par le jeu du marché.

La plupart des économistes qui ont eu à aborder de près ou de loin la question du conflit d'intérêts l'ont fait dans la stricte optique de marché. Il en va ainsi d'un récent rapport qui s'est penché sur les conflits d'intérêts qui ont secoué, durant les deux dernières années, le monde de la finance globale. Les auteurs abordent la question qui leur a été posée en limitant la portée de la notion discutée ici aux situations où un acteur a un intérêt à soustraire au marché l'information dont ce dernier a besoin pour fonctionner correctement. « Nous nous intéressons aux conflits d'intérêts car, s'ils réduisent de façon significative l'information dont disposent les marchés financiers, ils contribuent aux asymétries d'informations et, ce faisant, empêchent ces marchés d'amener du financement aux acteurs disposant d'opportunités productives d'investissement... Notre position consiste à dire que les conflits d'intérêts ne réclament une intervention publique que s'ils diminuent l'efficacité des marchés financiers »⁵. Après avoir analysé de manière détaillée la situation dans quatre domaines de la finance, les auteurs concluent que le libre jeu de marché est le meilleur garant assurant (dans le long terme)

l'élimination des conflits d'intérêts par la pression concurrentielle. Ils reconnaissent toutefois que, dans certains cas, le long terme peut constituer un horizon trop lointain et que des mesures visant à « mettre de l'ordre dans les stimulants » au sein des institutions s'imposent. Les recommandations de cette étude sont fortement influencées par la comparaison constante entre les coûts qu'entraîneraient les éventuelles réglementations supplémentaires et les gains qu'elles produiraient pour le bon fonctionnement des marchés.

L'approche technique du conflit d'intérêts vise la racine du problème, à savoir les motivations multiples (strate « motivations »), alors que l'approche éthique voit la source du problème au niveau de la strate « hésitation ». En effet, selon l'approche éthique, dans le monde contemporain, les motivations multiples et non convergentes sont monnaie courante, il est donc illusoire de prétendre les éradiquer. Par conséquent, l'enjeu et la solution du problème sont à chercher au niveau « hésitation ». C'est donc en intervenant à ce niveau que la confusion des intérêts pourra être évitée. Ainsi, la notion de conflit d'intérêts se dévoile comme un euphémisme qui permet de dissimuler le dilemme éthique qui est le véritable cœur du problème. Le malaise contemporain vient du fait qu'en faisant appel à l'éthique pour juguler le conflit d'intérêts de plus en plus répandu, on reconnaît (sans vouloir l'admettre) les limites du projet du marché. Ce dernier prétend, en effet, se passer de l'éthique qu'il se propose de remplacer par l'arithmétique de l'intérêt laquelle, laissée à elle seule, suffit à garantir l'optimum social.

Les dilemmes éthiques propres à l'exercice des diverses professions libérales sont traités par les codes déontologiques appropriés. Pourtant, l'ouverture des professions et la concentration exclusive des formations sur la dimension technique des métiers sont en train d'occulter la dimension éthique liée à leur exercice. Le mythe de l'arithmétique des intérêts aidant, nous en sommes, aujourd'hui, à nier l'existence même des dilemmes éthiques. Il en résulte que les serments d'Hippocrate sont de plus en plus souvent relayés par des pratiques professionnelles d'hypocrites.

Or, le conflit d'intérêts n'est pas seulement une affaire individuelle, il concerne aussi les entreprises : la banque qui fait tourner le portefeuille de son client au-delà de ce dont le client a besoin, afin de générer des commissions supplémentaires ; le producteur de voitures ou d'autres objets qui programme la durée de vie du produit, afin d'obliger le client à se réapprovisionner le moment venu ; le fabricant de denrées alimentaires ou de cigarettes qui distille dans ses produits à l'insu du consommateur les prémices de l'accoutumance. De tels dilemmes font partie intégrante de la vie quotidienne des entreprises. Or, afin de les tenir en joue et d'empêcher qu'ils ne viennent mettre en danger la poursuite des intérêts de l'entreprise, ces questions sont prises en charge par des procédures aseptisées et dissimulées par un vocabulaire technique à souhait. Pour tenir en échec le doute, pour étouffer le dilemme éthique, les collaborateurs sont alors « intéressés » aux résultats de l'entreprise au moyen de mécanismes de rémunération sophis-

tiqués. Sans se rendre compte, ils deviennent alors otages de leurs propres intérêts.

En dépit de leur apparente complémentarité, les deux méthodes de prise en charge du conflit d'intérêts mentionnées plus haut sont inconciliables quant à leurs présupposés fondamentaux en matière anthropologique. En effet, chacune des deux réponses s'appuie sur une vision différente de la nature humaine. Pour les tenants des solutions techniques, l'homme ne doit en aucun cas être placé dans des situations de motivations non convergentes, puisqu'il n'est pas en mesure de les assumer. Pour cette raison, tout doit être fait pour simplifier et coordonner les motivations pécuniaires, ce qui suffit pour obtenir, à la sortie, des comportements prévisibles des opérateurs. La méthode éthique part du présupposé opposé : l'homme est parfaitement capable d'assumer des situations de dilemmes éthiques, c'est au cœur de ces situations que s'exerce sa capacité de discernement et de jugement.

QUELLE ANTHROPOLOGIE ?

La théorie de l'agence, pierre angulaire de l'économie contemporaine, voit dans la rémunération en fonction des résultats la seule manière de faire coïncider les intérêts du mandant et de son agent. Une bonne partie des discussions sur la gouvernance des entreprises s'inspire de la théorie de l'agence. Pourtant, toutes ces solutions misent sur l'intérêt et, ce faisant, réduisent l'homme à un « servomécanisme maximisateur » dénué de tout scrupule

éthique. Cet homme-là devient facile à manipuler ; il suffit de mettre sur pied des structures adéquates de rémunération. Dans un tel contexte, celui qui paie commanderait et détiendrait tous les droits. L'exécutant, à l'instar des grands patrons de multinationales, ferait la révérence et s'empresserait d'empocher le chèque (souvent astronomique) récompensant sa loyauté aveugle. Appliquée au politique, la logique de l'intérêt justifierait toutes les corruptions. Quant au domaine économique, les scandales récents ont montré que laissée à elle-même, elle peut devenir dévastatrice.

En effet, la séduisante construction intellectuelle qui sous-tend la promesse théorique du marché parfait repose sur le postulat anthropologique selon lequel la nature humaine correspond pleinement aux traits de l'*homo oeconomicus*, et elle a pour seule finalité la maximisation systématique de la satisfaction sous les diverses contraintes de la vie. Cette construction légitime l'égoïsme (quelle que soit sa définition précise), puisqu'elle y voit l'essence de la nature humaine. Bien que ce postulat ait été largement réfuté, il s'inscrit dans le prolongement de l'idée selon laquelle, comme le montre de manière magistrale Albert Hirschmann, les sociétés construites sur l'intérêt sont plus prospères et plus heureuses que celles qui s'enracinent sur les passions⁶. Aujourd'hui, alors que les déontologies chancellent sous la pression des « intérêts bien compris » des professions, alors que la loyauté est devenue une marchandise, les menaces que l'arithmétique des intérêts fait peser sur la société apparaissent de plus en plus clairement.

N'en déplaise aux théoriciens de l'économie, les scandales récents montrent que le conflit d'intérêts peut faire dérailler le marché, lequel (mis dans l'incapacité d'initier le cercle vertueux habituel) agit comme amplificateur d'une spirale infernale et menace ses propres fondations. Les scandales ont eu pour source le déni du discernement éthique le plus élémentaire au niveau des personnes et des entreprises. Ce ne sont pas des cas isolés, mais la partie émergée de l'iceberg emblématique des situations quotidiennes de millions de

professionnels. L'erreur systématique du « tout-à-l'économique » consiste à traiter le dilemme éthique comme s'il s'agissait d'un simple conflit d'intérêts, à coup de sanctions légales et de récompenses pécuniaires.

Le temps est venu de sortir la tête du sable des mesures techniques et d'empoigner le problème alors qu'il est encore temps. Il y a deux mille ans, le Christ faisait déjà allusion aux conflits d'intérêts, lorsqu'il avertissait ses disciples en rappelant que nul ne peut servir deux maîtres à la fois.

NOTES

1. Jonathan Rose, *The Ambidextrous Lawyer : Conflict of Interest and the Medieval Legal Profession*, University of Arizona, unpublished, 1999.
2. Meryll Lynch, *Code of Ethics for Directors, Officers and Employees*, version début 2003.
3. Traduction - PHD.
4. Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, édition préparée par E. Cannan, vol II, University Paperbacks, London 1961, p. 264.
5. Andrew Crockett, Trevor Harris, Frédéric Mishkin et Eugene White, *Conflicts of Interest in the Financial Service Industry : What Should We Do About Them ?*, CEPR and International Center for Monetary and Banking Studies, Genève, 2003.
6. Albert O. Hirschman, *The Passions and the Interests - Political Arguments for Capitalism before its Triumph*, Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1977.