Collection **CEPRISCA**

Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?

Sous la direction
de Véronique Magnier
Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, **CEPRISCA**

puf

Liste des contributions

Avant-propos
Par Véronique Magnier, Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, CEPRISCA

Les associés et les dirigeants sociaux
Par Dominique Schimdt, Professeur agrégé des facultés de droit, Avocat au Barreau de Paris

Les conflits d'intérêts d'origine familiale dans les sociétés
Par Henri Hovasse, Professeur à la Faculté de droit de Rennes

Les conflits d'intérêts des commissaires aux comptes
Par Charles-Henri Laprun,
Président de la Compagnie régionale des Commissaires aux comptes

Les conflits d'intérêts des analystes financiers
Par Yann Paclot, Professeur à l'Université de Paris XI, Avocat à la Cour

Conflits d'intérêts et responsables locaux
Par Isabelle Muller-Quoy, Maître de conférences de droit public à l'Université de Picardie Jules-Verne, CURAPP

Dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés
Par Alexis Constantin, Professeur à l'Université de Rennes I

La déontologie et les conflits d'intérêts :
Un point de vue libre d'ancien déontologue
Par Benoît Gourisse, Responsable du Département juridique, Caisse d'Epargne de Bretagne

Conflit d'intérêts, procédure collective et office du juge
Par Corinne Perot-Reboul, Docteur en Droit, Avocat au Barreau de Paris

Les conflits d'intérêts en droit pénal
Par Haritini Matsopoulou, Maître de conférences de droit privé à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Conflits d'intérêts, impartialité, incompatibilités
Par Nicole Decoopman,
Professeur à l'Université de Picardie Jules-Verne, CEPRISCA

Les conflits d'intérêts dans les Principles of corporate Governance
Par Véronique Magnier

L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales
Par Aida Bennini, Allocataire moniteur à l'Université de Cergy-Pontoise

Création et gestion du conflit d'intérêts en déontologie médicale. Un exemple aux antipodes du droit des affaires ?
Par José Lefebvre, Maître de conférences à l'Université de Picardie-Jules Verne, CEPRISCA

Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires. Observations finales
Par François Terré, Professeur honoraire à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas), Membre de l'Institut

Avant-propos

Les études recueillies dans cet ouvrage sont, pour la plupart, issues d'une journée consacrée aux conflits d'intérêts dans le monde des affaires. Le moment était venu d'approfondir ce sujet, le colloque suivant de peu la réédition d'un ouvrage majeur, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, du Professeur Dominique Schmidt. Animée d'un souci pédagogique, cette journée était organisée par les étudiants du Master 2 Parcours Professionnel Droit des affaires et l'Association de Droit des Affaires de l'Université Picardie-Jules Verne, en collaboration avec le CEPRISCA (Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens). Son objectif était de parvenir à mieux cerner la place et le rôle des conflits d'intérêts dans le monde des affaires, afin de tenter d'en comprendre plus précisément les rouages.

Etudier les situations de conflits d'intérêts revient à observer une sorte de Janus juridique, aux visages multiples et protéiformes. Si l'on admet que « le conflit d'intérêts prend naissance lorsque l'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt que l'on est en charge de défendre », comme l'indique le Professeur Schmidt, il suffit que, en raison de sa mission, de sa fonction ou de son statut, une personne se voie imposer le devoir de défendre, ou simplement de respecter un intérêt plus largement défini, pour qu'il existe un risque que l'intérêt qu'elle a à agir personnellement entre en contradiction avec cet intérêt qui la dépasse. Dans le monde des affaires, ce phénomène se rencontre d'autant plus aisément que le commerce puise précisément sa source, et trouve même sa dynamique dans l'intérêt personnel et égoïste que tout individu au comportement rationnel cherche à satisfaire par son activité. Dès lors cet intérêt particulier se heurte fréquemment, ou tout du moins risque de se heurter à d'autres intérêts plus largement entendus, comme l'intérêt social, l'intérêt collectif, l'intérêt général...Pour comprendre ce Janus complexe, mieux valait faire appel à une nouvelle Ariane pour permettre de dénouer les difficultés pressenties de la matière, et aux deux fils de pensée qui ont orienté la réflexion : mieux délimiter le domaine des conflits d'intérêts dans le monde des affaires, en analyser les traitements possibles.

Quant au domaine, il est indéniable que l'on assiste depuis peu à une extension progressive de la prise en considération des conflits d'intérêts par le législateur. Traditionnellement limitées à l'intérieur de la sphère sociale, les règles se sont multipliées pour toucher des groupes professionnels jusque là peu concernés par les conflits d'intérêts, qu'ils exercent un contrôle sur la société, ou simplement l'observent. Toutefois, le bilan est contrasté.

Ainsi, même à l'intérieur de la société, certaines pistes restent à explorer. Une situation classique de conflits concerne naturellement les rapports entre actionnaires et dirigeants et se traduit, comme le souligne le Professeur Dominique Schmidt, par « une des rares mesures de prévention prévue par la loi », à savoir l'obligation de recueillir l'autorisation préalable du conseil d'administration avant la conclusion d'une convention. Peu ou pas exploités, au contraire, sont les rapports entre actionnaires entre eux, desquels peuvent pourtant surgir des conflits d'intérêts qui en viennent à provoquer une rupture de l'intérêt commun. Et l'auteur, de s'étonner « que le droit se contente d'édicter des solutions ponctuelles sans énoncer des règles générales de prévention et de traitement ».

Observant le cœur de la société, Le Professeur Henri Hovasse révèle l'existence de liens plus étroits encore, sources potentielles de conflits d'intérêts. Les liens d'origine familiale, en effet, avivent les conflits dans la mesure où les sentiments s'en mêlent : « la passion peut alors donner à ces conflits une dureté qui dépasse ce que requiert la seule défense des intérêts en jeu ». Ici, le droit semble plus prolixe : l'interposition de personnes, l'intérêt des conjoints, ou au contraire la mise à l'écart des assemblées d'un membre de la famille sont autant d'outils que le législateur offre pour permettre de régler de tels conflits. Mais là, de nouveau, le travail législatif reste inachevé. Alors que le droit des petites sociétés, celles dites précisément « familiales », s'est depuis longtemps attaqué à ces conflits, le droit boursier, lui, reste en retrait, allant même jusqu'à ignorer totalement les relations familiales entre « concertistes ».

Plus optimiste, le Président de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes, Charles-Henri Laprun, note une forte évolution pour sa profession depuis la mise en place d'un haut commissariat, marquant le passage de « l'ère de l'autorégulation » à celle « de la régulation partagée... Transparence, contrôle et compétence deviennent ainsi les trois piliers de notre profession » mis au « service de l'éthique des affaires »... concrétisée dernièrement par un code de déontologie.

Une même évolution semble toucher la profession des analystes du « *sell side* », puisque, comme l'indique le professeur Yann Paclot, « en quelques années, ces normes se sont considérablement étoffées », consistant d'ailleurs, pour l'essentiel, à imposer de « s'abstenir » de toute initiative qui porterait atteinte à la « sincérité de l'information ». Mais de véritables limites à un traitement efficace des conflits d'intérêts subsistent : les « murailles de chine » ne seraient que des « murailles en papier de chine » et la question des rémunérations reste cruciale. Pour l'auteur « aucune règle ne garantira jamais la prééminence de l'intérêt des investisseurs sur ceux de l'analyste » et il faut préférer la « recherche d'améliorations ponctuelles » à « toute solution radicale ».

Les conflits d'intérêts n'épargnent pas non plus les responsables locaux. Et l'éclairage « publiciste » qu'apporte Mme Isabelle Muller-Quoy à l'ouvrage n'est pas moins contrasté : « les règles juridiques sont ici fort nombreuses et complexes car elles sont éclatées », relevant tout à la fois du droit électoral, du droit administratif, du droit civil, du droit des affaires et du droit pénal. Il en ressort une grande « sévérité dans la définition des inéligibilités et incompatibilités », ainsi qu'une forte latitude d'interprétation accordée au juge. Un regret, selon l'auteur, celui que ces nombreuses règles « ne soient pas codifiées », rejoint en fin de compte l'impression qui se dégage de cette réflexion menée sur le domaine : une extension progressive des situations de conflits, accompagnée d'un énoncé ponctuel de règles oscillant entre réglementation et déontologie sans véritable vision d'ensemble.

De quelles manières, dès lors, ces situations de conflits d'intérêts sont-elles traitées ? Prévention, contrôle et sanction furent les nouveaux fils d'Ariane.

La prévention fait porter l'effort soit sur l'information, soit sur la déontologie. « La transparence dissipe le soupçon », et en droit des sociétés, c'est bien l'information qui est privilégiée. Reprenant à son compte ces propos du professeur Schmidt, le professeur Alexis Constantin démontre précisément comment la prévention des conflits d'intérêts passe d'abord par la révélation, l'objectif étant que les actionnaires de sociétés soient « avertis et puissent réagir en connaissance de cause pour accepter ou au contraire refuser l'avantage qu'un dirigeant ou un associé cherchent à obtenir ». L'auteur développe alors les moyens d'information mis en place, distinguant les mesures ayant directement pour objet certaines situations de conflit d'intérêts de celles qui peuvent avoir pour effet de révéler de telles situations, pour proposer finalement quelques pistes intéressantes à exploiter.

Mais l'information ne peut pas « tout » prévenir. En matière bancaire, par exemple, intervient le déontologue qui, selon M. Benoît Gourisse, concentre sa recherche sur trois sphères de conflits : l'une opposant l'intérêt du client à celui du banquier ; une autre opposant deux intérêts contraires de clients ; la troisième opposant deux intérêts contraires du banquier. Mais le déontologue est-il condamné à rédiger « un inventaire à la Prévert » de conflits, sachant qu'il ne jouit jamais d'une complète indépendance et que l'emportera toujours l'intérêt supérieur de l'établissement, qui impose dans certaines situations de passer outre la règle déontologique pour préserver l'entreprise ?

Pour ce qui est du contrôle, la possibilité d'un contrôle *a priori* au sein de la société existe via le mécanisme de l'autorisation. Mais, c'est plus généralement par un contrôle *a posteriori*, celui du juge, que sont

traitées les situations de conflits dans le monde des affaires. Par le juge civil, tout d'abord. Et c'est sous l'angle précis des procédures collectives que Me Corinne Perot-Reboul montre en quoi la réforme récente de cette branche du droit constitue « une illustration parfaite du principe de légalité ou plus précisément de la doctrine de la *rule of law* ». Non pas tant que la loi nouvelle confère au juge de nouveaux pouvoirs, « mais en ce qu'elle élargit son champ d'application... dans un système particulier de règlement des conflits d'intérêts, envisagés, en droit français, de manière collective et non individuelle ».

Le rôle du juge pénal, enfin, est lui aussi au centre du règlement des conflits d'intérêts lorsque l'ordre social est menacé, comme le montre Mme Haritini Matsopoulou. Mais de manière disparate, les sanctions trouvant leur source tant dans le droit pénal commun que dans le droit pénal des affaires. Il est vrai que les personnes concernées sont nombreuses, qu'il s'agisse des dirigeants sociaux, des administrateurs judiciaires, des commissaires aux comptes, ou encore des responsables locaux. De même les incriminations sont variées (abus de biens sociaux, prise illégale d'intérêts...) et la palette des sanctions diversifiée, malgré des situations où paradoxalement le conflit d'intérêts est parfois peu aisé à caractériser, comme l'auteur le souligne en matière d'abus de biens sociaux.

Domaine en extension accusant toutefois des lacunes importantes, traitement diversifié ... A la suite de cette très riche journée d'étude, qui a révélé toute la complexité des conflits d'intérêts, les membres du CEPRISCA ont souhaité prolonger la réflexion afin d'approfondir encore la notion et la transporter vers d'autres horizons. C'est ainsi que quatre nouvelles contributions ont été apportées sur ce thème.

Clarifiant la notion de conflits d'intérêts par rapport à certaines de ses voisines, l'impartialité et l'incompatibilité, le professeur Nicole Decoopman invite à conclure qu'elles « ne se situent pas au même niveau d'appréhension juridique : exiger l'impartialité ou édicter une incompatibilité suppose un choix préalable entre les intérêts dont l'intéressé est titulaire ou en charge alors que raisonner en terme de conflits d'intérêts peut conduire à une solution plus souple telle que la révélation ou l'autorisation ».

Une certaine tolérance à l'égard des conflits d'intérêts au sein des sociétés se trouve également à la base des mécanismes développés par les *Principles of Corporate governance* du droit américain, principes dont la particularité est d'être à mi-chemin entre le droit savant et le droit positif. Mais cette tolérance n'en implique pas moins une exigence particulière et préalable, l'identification précise et exhaustive des situations de conflits d'intérêts. Domaine élargi des conflits d'intérêts pour un traitement assoupli, tels sont les enseignements tirés de ces principes.

Il est encore question d'élargissement dans l'étude que livre Aida Bennini décrivant les différents cercles de conflits qui se dessinent progressivement dans les sociétés commerciales. A l'élargissement classique de la sphère conflictuelle au sein de la société vient s'ajouter un élargissement impliquant les tiers largement entendus, les *stakeholders* et ceux qui sont en relation dans les groupes ou réseaux de sociétés. Un tel élargissement ne conduirait-il pas à « la concrétisation des théories néo-contractuelles américaines » ? La société en tant que nœud de contrats remettrait directement en cause l'attachement du droit français au contrat de société, qui exclut les tiers. Elle comprendrait en son sein « un maillage d'intérêts individuels et catégoriels, » dont l'aboutissement serait couronné par une communauté d'intérêts, dépassant l'intérêt commun des associés.

Ouvrant la réflexion au droit de la santé, José Lefebvre montre qu'un domaine aux antipodes des préoccupations du droit des affaires aborde les conflits d'intérêts de façon plus concentrée, mais dans des termes proches de celui étudié jusqu'à présent, qu'il soit traité par la prévention ou par une gestion directe des conflits.

Alors, les conflits d'intérêts, un Janus à combattre ? Avec toute la profondeur de vue qu'on lui connaît le Professeur François Terré invite à ne pas se satisfaire des images toutes faites: « la réaction première consistant à combattre les conflits d'intérêts en se bornant à nier sinon leur existence, du moins leur utilité, ne peut suffire »... Au fil de la réflexion, l'auteur nous ramène aux enseignements des pythagoriciens et l'on croit alors pouvoir trouver la clé de l'énigme. Mais avant de connaître le fin mot de ce qui n'est peut-être qu'un mythe, ouvrons d'abord l'ouvrage !

Véronique Magnier
Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, CEPRISCA

LES ASSOCIES ET LES DIRIGEANTS SOCIAUX

Dominique Schmidt
Professeur agrégé des facultés de droit, Avocat au Barreau de Paris

Il est utile d'évoquer en quelques mots les conflits d'intérêts en général et à cette fin de raisonner sur trois situations prises pour exemple : celle de l'avocat chargé des intérêts d'une partie au procès ; celle du mandataire chargé de vendre un bien au meilleur prix ; celle du juge saisi pour trancher un litige.

Ces trois situations distinctes ont un point commun : ces trois personnes sont en charge d'un intérêt qui n'est pas le leur. L'avocat est en charge de défendre les intérêts de son client, le mandataire doit vendre au mieux des intérêts de son mandant, et le juge a pour mission de rendre un jugement impartial.

Il se peut que ces personnes aient également un intérêt personnel à l'affaire : l'avocat occupe par ailleurs pour l'adversaire de son client ; le mandataire souhaite acquérir lui-même, à bas prix, le bien qu'il a mandat de vendre ; le juge est lié par un lien de parenté avec l'une des parties au litige.

Le conflit d'intérêts prend naissance lorsque l'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt que l'on est en charge de défendre : l'avocat ne peut tout à la fois soigner son client et son adversaire ; le mandataire ne peut tout à la fois être chargé de vendre et acquérir lui-même ; le juge ne peut être impartial dans un procès qui met en cause les intérêts d'un proche parent.

Ces trois situations caractérisent un conflit d'intérêts. Elles sont réglées par la prévention et par des solutions. La prévention consiste à faire connaître l'existence des conflits d'intérêts. Il faut les révéler : l'avocat doit révéler à son client qu'il occupe par ailleurs pour l'adversaire, le mandataire doit informer son mandant qu'il souhaite acheter lui-même et le juge doit spontanément dénoncer aux parties son intérêt personnel. La prévention des conflits d'intérêts passe par leurs révélations. Puis il faut tirer les conséquences de ces révélations et adopter les solutions qui conviennent. En l'occurrence, elles sont évidentes : l'avocat doit choisir entre ses deux clients, le mandataire ne peut pas lui-même acheter le bien qu'il est chargé de vendre (article 1587 du code civil) et enfin le juge doit se déporter (article 341 NCPC).

On constate ainsi que la notion et le traitement des conflits d'intérêts ne présentent pas de complexité et l'on s'étonne que notre droit n'édicte que des solutions ponctuelles, à l'image de celles évoquées ci-dessus,

sans énoncer des règles générales de prévention et de traitement. La consultation des traités et des manuels de droit civil ou de droit commercial ne laisse pas apparaître que ces questions soient connues.

Pourtant les conflits d'intérêts sont partout : en déontologie, en droit boursier et financier, en droit public, en droit de la famille, en droit des sociétés. Notre propos ne traite que les conflits d'intérêts à l'intérieur de la société et particulièrement entre les associés et les dirigeants sociaux. À l'intérieur de la société, deux sortes de rapports interviennent : les rapports entre actionnaires et dirigeants, et les rapports entre actionnaires entre eux. Les conflits d'intérêts peuvent surgir dans ces deux relations, que nous évoquerons successivement.

Section I - La relation entre les actionnaires et les dirigeants

Les dirigeants sont les mandataires sociaux : le président, le directeur général, l'administrateur ; ces personnes ont pour devoir de gérer la société[1]. À cette fin, la loi leur attribue des pouvoirs ; ces pouvoirs s'exercent sur les biens de la société. Ces pouvoirs sur les biens sociaux leur sont donnés pour agir dans l'intérêt de la société et non dans leur intérêt personnel. Si les dirigeants utilisent leurs pouvoirs dans leur intérêt personnel, ils se trouvent en situation de conflits d'intérêts. Tel est le cas lorsqu'ils utilisent leurs pouvoirs sur les biens sociaux pour s'octroyer des avantages privatifs au détriment de la société et des actionnaires. Une des rares mesures de prévention prévue par la loi sur les sociétés commerciales réside dans l'obligation de recueillir « l'autorisation préalable » du conseil d'administration avant la conclusion d'une convention entre le dirigeant et la société. Les sanctions se situent au niveau civil (annulabilité de la convention non autorisée et/ou préjudiciable) et au niveau pénal (l'incrimination d'abus de biens sociaux). Les dirigeants abusent des biens sociaux lorsqu'ils utilisent leurs pouvoirs pour disposer des biens sociaux non point dans l'intérêt de la société mais dans leur intérêt personnel. L'incrimination d'abus de biens sociaux est l'archétype de la sanction du conflit d'intérêts.

1 - Le thème assigné ne permet pas de traiter de « l'intérêt social ». Notion utilisée à tout va, chacun y entendant ce qu'il souhaite. Pour nous, l'intérêt social est l'intérêt des associés. Mais les associés peuvent aussi décider que la société a pour intérêt social le « développement durable », la « citoyenneté », le respect de l'environnement, la satisfaction des clients et fournisseurs, ou celle des banquiers, ou celle des salariés. Peu importe l'intérêt social choisi : c'est là une circonstance de fait ; le thème des conflits d'intérêts ne se situe pas sur ce plan factuel : il met en jeu les relations juridiques entre actionnaires et dirigeants et celles des actionnaires entre eux, ces relations étant gouvernées par les pouvoirs que la loi attribue aux dirigeants et à la majorité des voix en assemblée générale. Le conflit d'intérêts ne concerne pas la finalité assignée à la gestion de la société (intérêt social), il concerne l'usage des pouvoirs dont disposent les dirigeants et les majoritaires. Quel que soit l'intérêt social choisi (ou, demain, imposé par un législateur), les dirigeants et les majoritaires ne peuvent pas légitimement se servir de leurs pouvoirs pour s'enrichir en spoliant les autres associés.

Il n'est pas indispensable de donner ici des exemples d'abus de biens sociaux. Il suffit de comprendre le fondement de l'incrimination qui repose sur le conflit d'intérêts. Tout au plus convient-il de rappeler que les sanctions civile et pénale évoquées sont rarement appliquées, et lorsqu'elles sont appliquées, c'est à l'issue de longues procédures judiciaires qui découragent les plaideurs.

Section II - Les relations entre actionnaires

Alors que le dirigeant a des devoirs vis-à-vis de la société et des actionnaires, l'actionnaire, à première vue, n'a pas un devoir vis-à-vis d'un autre actionnaire. Donc, l'hypothèse d'un éventuel conflit d'intérêts n'apparaît pas. C'est pourquoi la doctrine ne traite nulle part des conflits d'intérêts entre actionnaires.

Cette approche est un peu rapide. En effet, dans le cadre du contrat de société, comme dans tout contrat, les impératifs de loyauté et de bonne foi ne peuvent pas être écartés. Sur ce terrain, les choses se présentent différemment.

Voici une illustration : Martin a des intérêts dans deux sociétés. Il contrôle à 60 % une société de construction, et il contrôle à 100 % une société de vente de matériaux. Martin donne à la société de construction l'ordre d'acheter des palettes de briques auprès de la société de vente de matériaux. Une palette de briques sur le marché concurrentiel vaut 100 euros, mais Martin donne ordre à la société de construction de payer 120 euros par palette. La société de construction n'a pas le choix, son actionnaire majoritaire lui a donné un ordre et les dirigeants de la société de construction sont aux ordres du majoritaire. Du fait de cette opération, la société de construction paie un surprix, ce qui lui cause un préjudice de 20 et corrélativement la société de vente de matériaux fait un surprofit de 20. Quelles conséquences pour les actionnaires ? Dans la société de construction, Martin qui détient 60 % du capital va lui-même, indirectement, subir une perte de 20 x 60 % = 12. En revanche, dans la société de vente, Martin qui possède 100 % des parts s'enrichit de 20. Conclusion : l'opération lui fait subir une perte de 12 ici, un gain de 20 là, soit un gain net de 8. Quant aux actionnaires minoritaires de la société de construction, qui possèdent 40 %, ils subissent une perte nette et définitive de 8. La même opération enrichit un actionnaire et appauvrit les autres.

C'est une situation caractérisée de conflits d'intérêts entre actionnaires : l'un des actionnaires, ayant un intérêt personnel dans une autre société, utilise ses pouvoirs dans une société non pas pour satisfaire l'intérêt de celle-ci mais pour satisfaire son intérêt personnel dans l'autre société. Ainsi, et contrairement à ce que l'on pouvait penser, les conflits d'intérêts entre actionnaires existent.

À ce stade, il faut franchir une étape supplémentaire dans le raisonnement et bien observer la situation : Martin a un intérêt d'actionnaire dans la société de construction et a aussi un intérêt d'actionnaire dans la société de vente de matériaux. Martin sacrifie son intérêt d'actionnaire dans la société de construction, là où il réalise une perte de 12, pour satisfaire son intérêt dans la société de vente de matériaux, là où il réalise un gain de 20. Martin prend dans la société de construction une décision contre son intérêt d'actionnaire dans cette société : en ordonnant d'acheter à un surprix, il combat son propre intérêt d'actionnaire dans cette société.

D'où la question : quel est l'intérêt normal, légitime, d'un actionnaire dans une société ? La réponse est claire : tout actionnaire investit en société pour rechercher un enrichissement et non pas un appauvrissement. L'enrichissement personnel passe par l'enrichissement de la société. Une société qui s'enrichit distribue des dividendes et/ou apprécie la valeur des actions ; la distribution et la plus-value en capital constituent l'enrichissement normal de l'actionnaire. Donc, l'intérêt normal et légitime de tout actionnaire dans une société est de faire en sorte que la société s'enrichisse pour que l'actionnaire en retire sa part de profit.

Dans la société de construction, Martin a poursuivi un intérêt opposé. Il a sacrifié son intérêt légitime d'actionnaire en prenant une décision qui appauvrit la société, dans le but d'enrichir une autre société dans laquelle il a un intérêt plus élevé. Cette situation de conflits d'intérêts provoque une rupture de l'intérêt commun à tous actionnaires de la société de construction. Les actionnaires de la société de construction sont dans cette société parce qu'ils veulent créer de la richesse sociale mais leur coassocié majoritaire rompt cette communauté d'intérêts en prenant une décision par laquelle il appauvrit la société et ses intérêts d'actionnaire.

On constate dès lors que le conflit d'intérêts est le conflit par lequel l'intérêt commun des actionnaires d'une société est violé. L'article 1833 du Code civil énonce que la société doit avoir un objet licite et doit être constituée dans l'intérêt commun des associés. Lorsque cet intérêt commun est violé, l'article 1844-10 du même Code prévoit la nullité des actes et des délibérations pris en violation de l'article 1833. La nullité sanctionne la décision prise sous l'emprise d'un conflit d'intérêts parce que ce conflit viole le fondement même de la société, qui est la communauté d'intérêts des associés.

D'aucuns pourraient tenter de contester l'existence d'une communauté d'intérêts entre actionnaires, en faisant valoir que les mobiles des uns et des autres divergent, qu'il y a des actionnaires qui recherchent le

pouvoir, d'autres le profit, que certains sont fidèles et d'autres simplement de passage. Cette diversité s'opposerait à l'intérêt commun. Une telle contestation, qui mêle mobiles et intérêt légitime, rencontre rapidement sa limite : si l'on nie l'intérêt commun, défini comme étant la volonté de s'enrichir par l'effet de l'enrichissement social, alors on légitime l'exercice du pouvoir à des fins personnelles et l'on autorise le majoritaire ou le dirigeant à faire usage de leurs pouvoirs dans la société non point dans l'intérêt de tous les actionnaires, mais dans leur seul intérêt personnel au préjudice des autres. La société ne serait plus une structure regroupant des associés, elle serait une structure où les intérêts des uns et des autres seraient dissociés, les plus forts s'enrichissant au détriment des autres. La communauté d'intérêts est le ciment de la société, le conflit d'intérêts son agent destructeur.

LES CONFLITS D'INTÉRÊTS D'ORIGINE FAMILIALE DANS LES SOCIÉTÉS

Henri HOVASSE
Professeur à la Faculté de droit de Rennes

La famille est un chaudron où les sentiments et les intérêts se portent vivement à l'ébullition lorsqu'ils y sont mêlés. Tantôt les uns et les autres s'aiguillonnent, tantôt les uns se dérèglent par les autres. Les sociétés sont aussi des groupements de personnes mais fondés sur le seul intérêt. Dès lors, on conçoit que l'imbrication des relations familiales et des relations sociétaires puissent faire naître des conflits d'intérêts.

Les conflits au sein des sociétés sont souvent avivés lorsque les associés ou les dirigeants opposés sont unis par des relations familiales : la passion peut alors donner à ces conflits une dureté qui dépasse ce que requiert la seule défense des intérêts en jeu. Dans de tels cas, nul relâchement dans l'application de la règle sociétaire n'est à redouter. Cette observation qui est vérifiée par l'expérience et dans la jurisprudence intéresse la sociologie juridique. Mais les conflits d'intérêts d'origine familiale peuvent aussi venir perturber la bonne application du droit des sociétés. C'est sous cet aspect plus technique qu'il convient de les appréhender.

Les conflits d'intérêts recouvrent une réalité que M. le Professeur Dominique Schmidt a explorée dans la société anonyme. Ses analyses peuvent être étendues à toutes les sociétés. En effet, tout s'éclaire à la lumière de l'article 1833 du code civil : « Toute société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Dès lors « l'expression conflit d'intérêts vise toute situation dans laquelle un associé ou un dirigeant choisit d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun soit pour satisfaire un intérêt personnel extérieur à la société, soit pour s'octroyer dans la société un avantage aux dépens des autres associés »[1]. L'intérêt de la famille peut se présenter comme un concurrent de l'intérêt de la société, de telle sorte qu'associés ou dirigeants fassent prévaloir le premier en sacrifiant le second.

La famille est un centre puissant d'attraction par la conjugaison de l'intérêt et de l'affection qui sont susceptibles de se renforcer mutuellement. Elle a besoin de revenus, elle a une fortune à acquérir, acquise ou à transmettre. L'affection résulte des liens de conjugalité ou de parenté.

1 - D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, éd. Joly 1999, p. 25.

Rien de changer sous le ciel. C'est le rayon du cercle de famille qui a évolué. Il varie d'ailleurs selon que 'l'on prend pour centre l'intérêt ou l'affection. Il est alors susceptible d'inclure ou d'exclure le conjoint, les ascendants, les descendants, des collatéraux, voire le concubin ou le partenaire.

Société et famille forment un vieux couple. Plusieurs réformes contemporaines ont contribué à adapter notre droit patrimonial de la famille à la réalité de l'entreprise sociétaire. Corrélativement, notre droit des sociétés s'est employé à tenir compte des relations familiales. C'était vrai dans la loi du 24 juillet 1867 ; c'est très net depuis la loi du 24 juillet 1966. Ainsi, peut être dressé en pointillé un statut de la société familiale, tantôt pour en assouplir le fonctionnement, tantôt pour désamorcer les conflits d'intérêts d'origine familiale. A l'heure actuelle, l'activité tant du législateur européen que du législateur national s'est déplacée du capitalisme familial qui, au surplus, a été ravagé par l'impôt dans notre pays, vers le capitalisme financier, où les relations familiales n'affleurent pas dans leurs préoccupations. Sans doute y tiennent-elles une place plus modeste et aussi ces relations familiales ont-elles perdu en intensité et en stabilité. Cette ignorance peut être regrettée, ne serait-ce que parce que dans bon nombre de pays étrangers le capitalisme familial est très vivant et qu'il est présent dans nos sociétés par le truchement des marchés financiers. De plus, la *corporate governance* impose un effort de réalisme utile au traitement des conflits d'intérêts.

La neutralisation des conflits d'intérêts qui naissent de la confrontation de la famille et de la société dépend de deux paramètres déterminants. D'une part, de la forme sociétaire : le danger d'un conflit est d'autant plus redoutable que la personnalité de la société est dégagée de la personne de ses associés. D'autre part, de l'intensité des relations familiales, tant au regard des intérêts que de l'affection, encore que notre droit les situe dans une conception classique de la famille.

Notre droit révèle une volonté nette de désamorcer les conflits d'intérêts d'origine familiale dans la gestion des sociétés, notamment à risques limités (section I), tandis qu'elle demeure naissante dans les cessions de droits sociaux dominées par le droit boursier (section II).

Section I – Les conflits d'intérêts d'origine familiale dans la gestion des sociétés

Le caractère familial du contrôle d'une société peut imprimer sa marque à la politique de la société. La famille incarne une conception de la gestion, qu'elle entend faire prévaloir. A cela, il n'y a nulle anomalie, comme le tribunal de commerce de Paris l'a opportunément

rappelé dans un jugement rendu le 20 juin 2000 dans un litige opposant la société *Museum Partner* à plusieurs membres de la famille Taittinger[2]: « Le Tribunal constate que le caractère familial de la gestion de la société du Louvre et de ses filiales est clairement démontré par les dirigeants de la société du Louvre et par l'omniprésence des membres de la famille Taittinger dans les organes de direction et d'administration de la société et de ses filiales. Mais la préférence familiale quasi-systématique dans l'attribution des mandats sociaux du groupe Compagnie du Louvre et la faiblesse numérique des personnes extérieures à la famille Taittinger au sein des organes de direction et d'administration ne prouvent pas que la société du Louvre et ses filiales soient gérées de manière contraire à l'intérêt social ». Gestion familiale et gestion sociétaire peuvent valablement se recouvrir : c'est souvent un gage de sagesse et de pérennité.

Le conflit d'intérêts apparait lorsque la famille se présente comme un pôle d'attraction à l'extérieur de la société. C'est le cas lorsque la société contracte avec les membres de la famille des dirigeants ou des associés. Le législateur a dû intervenir pour prévenir le conflit d'intérêts tantôt en interdisant certaines conventions, tantôt en les soumettant à contrôle.

A - Les conventions de famille interdites

L'interdiction de certaines conventions entre la société et ses associés ou dirigeants est étendue aux membres de leur famille. A cet égard, on observe une corrélation entre la gravité des actes et le rayon du cercle de famille.

La première interdiction concerne toutes les sociétés. Aux termes de l'article L. 237-7, « la cession de tout ou parties de l'actif de la société en liquidation au liquidateur ou à ses employés ou à leurs conjoint, ascendants ou descendants est interdite ». Cette disposition est pénalement sanctionnée par l'article L. 247-8 du code de commerce. En dépit de l'interprétation stricte de la loi pénale, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a étendu la répression à la cession à un collatéral en recourant à la notion de personne interposée, bien qu'elle ne soit pas envisagée par le législateur[3].

La seconde interdiction ne concerne que les sociétés à risques limités. Elle a trait aux emprunts, aux découverts ainsi qu'aux cautionnements

2 - Trib. com. Paris, 20 juin 2000, bull. Joly, p. 1125.

3 - Cass. crim. 8 déc. 1999, bull. Joly 2000, p. 498, note J.F. Barbieri, Rev. Soc. 2000, p. 571, note B. Bouloc, D. 2001, p. 1091 note Cohen.

et avals. De telles conventions sont interdites, à peine de nullité absolue, lorsqu'elles sont conclues entre la société et les gérants ou associés de S.A.R.L.[4], les administrateurs, les directeurs généraux, les directeurs généraux délégués, les représentants permanents des personnes morales administrateurs[5], les membres du directoire et du conseil de surveillance et les représentants permanents des personnes morales membres du conseil de surveillance des sociétés anonymes, les gérants et les membres du conseil de surveillance[6] des sociétés en commandite par actions[7], ainsi qu'aux présidents et dirigeants des S.A.S.[8]. Dans tous les cas, les mêmes dispositions qui édictent l'interdiction en étendent l'application aux conjoint, ascendants et descendants des dirigeants visés ainsi qu'à toute personne interposée. En dépit de l'interprétation stricte qui s'impose[9] ces dispositions, quoique classiques, n'en demeurent pas moins très utiles : leur efficacité dissuasive est incontestable.

B - Les conventions de famille contrôlées

Dans les sociétés à risques limités, notre législateur organise un contrôle des conventions conclues entre la société et l'un de ses dirigeants ou associés ou actionnaires. C'est une pièce essentielle du dispositif de prévention des conflits d'intérêts. Les relations familiales des personnes visées ne sont nullement évoquées. Néanmoins, les techniques mises en place par le législateur permettent à la jurisprudence de les intégrer avec un réalisme dont il convient de prendre la mesure à travers trois séries d'observations.

En premier lieu, l'interposition de personne se présente comme une technique au service du juge qui lui permet de déjouer le recours d'un dirigeant à un membre de sa famille pour se soustraire au mécanisme légal de contrôle. Il y a interposition de personne lorsque l'auteur d'un acte contracte en vue d'en réserver l'avantage à un tiers. Très justement, la jurisprudence décide que des relations de parenté ne sauraient fonder une présomption d'interposition de personne. Parents et enfants ont des patrimoines distincts : l'acte conclu par l'un ne produit pas d'effet dans le patrimoine des autres[10]. Le mariage ne saurait pas plus créer une présomption d'interposition de personne que seul le législateur pourrait établir. Néanmoins il prédispose à la reconnaissance

4 - Art. L. 223-21 C. com.

5 - Art. L. 225-43 C. com.

6 - Art. L. 225-91 C. com.

7 - Art. L. 226-10 C. com.

8 - Art. L. 227-12 C. com.

9 - Cass. com. 12 nov. 1969, JCP éd. E 1970, II, n° 16264, note Y. Guyon.

10 - Lyon 21 mai 1951, Gaz. Pal. 1951-2-p. 179.

d'une telle interposition. Il en est ainsi lorsque les époux sont communs en biens : l'acte conclu par le conjoint du dirigeant produit avantage pour celui-ci, s'il enrichit la communauté. En l'absence même de toute considération tenant au régime matrimonial, la seule cohabitation des époux peut conduire à constater l'interposition de personne, comme l'atteste un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 23 janvier 1968[11]. En l'espèce, une société anonyme avait vendu à l'épouse du président un immeuble dont ils avaient fait leur résidence commune. Une telle solution pourrait être étendue à des concubins que seule la cohabitation réunit.

En second lieu, lorsque le législateur prend en considération « l'intérêt indirect », la jurisprudence, pour l'apprécier, ne se borne pas à examiner l'intérêt de la personne visée mais y ajoute celui des membres de sa famille. Ainsi, pour déclarer qu'un dirigeant était indirectement intéressé à la conclusion d'un contrat de bail à raison de sa participation dans la société bailleresse, la Cour de Paris fait masse des parts détenues par lui-même et par son épouse[12].

En troisième lieu, la procédure de contrôle mise en place par notre législateur prévoit une suppression du droit de vote de la personne intéressée soit lors de l'autorisation de la convention, soit lors de son approbation par l'assemblée générale. Mais il ne tient pas les membres de la famille de l'intéressé à l'écart des délibérations. Les statuts d'une société pourraient-ils renforcer l'efficacité de la procédure de contrôle en étendant la suppression du droit de vote aux membres de la famille de l'intéressé ? Telle était la question posée dans l'affaire Château d'Yquem. Les statuts de la société en commandite par actions Château d'Yquem stipulaient que lors de l'approbation des conventions soumises à contrôle par l'assemblée générale, ne pourraient pas prendre part au vote, non seulement le dirigeant intéressé mais encore son conjoint, ses ascendants et descendants. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt en date du 9 février 1999[13], a condamné une telle stipulation qui procédait à une suppression du droit de vote non prévue par la loi. Le droit de vote attaché aux droits sociaux et aux actions en particulier présente un caractère d'ordre public qui fait obstacle à toute adaptation statutaire, hors les cas prévus par la loi, fût-ce pour prévenir des conflits d'intérêts. La portée de cette condamnation doit être étroitement circonscrite. Une semblable stipulation statutaire appliquée

11 - Cass. com. 23 janv. 1968, bull. IV n° 28.

12 - Paris 20 Nov. 1998, bull. Joly 1999, p. 476 note P. Le Cannu.

13 - Cass. com. 9 fév. 1999, bull. Joly 1999, p. 566, note J.J. Daigre, D. 2000 somm. p. 231, note Hallouin, J.C.P. éd.E 1999, n° 16, p. 724 note Y. Guyon, Rev. soc. 1999, p. 81, note p. Le Cannu, Défrénois 1999, p. 625, note H. Hovasse.

aux délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance chargés d'approuver les conventions devrait trouver grâce, car l'exercice du droit de vote dans ces organes ne présente pas le même caractère d'ordre public.

Lorsque les conventions soumises à contrôle sont désapprouvées par l'assemblée générale, leurs conséquences préjudiciables à la société peuvent être mises à la charge du dirigeant ou de l'associé intéressé, à l'instar du préjudice causé par toute faute de gestion. On peut redouter que l'existence de relations familiales paralyse l'exercice des actions en responsabilité par la société. Ainsi, la Cour de cassation a approuvé la nomination d'un mandataire *ad hoc* pour exercer au nom de la société une action en responsabilité contre deux administrateurs qui avaient un lien de parenté avec le président[14]. Cette voie est aujourd'hui fermée. La Cour de cassation estime, à présent, qu'un actionnaire n'est pas recevable à demander la nomination d'un mandataire *ad hoc* chaque fois que l'action sociale *ut singuli* peut être mise en œuvre[15].

Section II – Les conflits d'intérêts d'origine familiale dans les cessions de droits sociaux

Les cessions de droits sociaux sont des opérations hautement révélatrices de l'hétérogénéité des sociétariats. Elles mettent en évidence l'inégalité d'information des associés doublée d'une divergence d'intérêts. Aussi les cessions de droits sociaux peuvent-elles être l'occasion pour les associés contrôlaires d'user de leur situation aux dépens des associés bailleurs de fonds. Le droit boursier dont on ne manque pas de souligner le réalisme s'est employé à prévenir les conflits d'intérêts lors des cessions d'actions. Il s'est fixé deux objectifs, assurer la moralité des opérations et protéger les actionnaires bailleurs de fonds lors de prises de contrôle. Le jeu des relations de famille peut contrarier la réalisation de ces objectifs. Le législateur en a tenu compte lorsqu'il est susceptible de mettre en péril la moralité des opérations, en revanche son réalisme à cet égard est pris en défaut dans l'organisation des prises de contrôle.

A - Les relations familiales et la moralité des cessions de droits sociaux

Les mandataires sociaux sont des initiés : ils bénéficient d'une asymétrie d'information qui leur permet de tirer un avantage personnel aux dépens des autres associés.

14 - Cass. com. 15 nov. 1982, bull. Joly 1982, p. 1063.

15 - Cass. com. 14 déc. 2004, bull. Joly 2005, p. 512, note D. Schmidt, Droit des sociétés 2005, comm. n°73 note H. Hovasse.

La Cour de cassation met à leur charge une obligation de loyauté qui, dans les sociétés non cotées, leur interdit d'acquérir des titres auprès des minoritaires préalablement à une cession de contrôle, sans les informer de la situation. Le manquement à ce devoir de loyauté apparaît d'autant plus choquant lorsque les victimes en sont les membres de la famille même du dirigeant[16]. Mais ce qu'en pratique l'on pourrait plus fréquemment redouter, c'est que le dirigeant informe des membres de sa famille qui se porteraient acquéreurs de titres en vue de les recéder dans le cadre de la cession de contrôle. Les cédants pourraient-ils invoquer une interposition de personne ? Encore faudrait-il en établir les éléments constitutifs. La difficulté serait plus aisée à surmonter si l'obligation de loyauté n'était pas réservée aux dirigeants sociaux mais étendue aux contrôlaires[17].

S'agissant des sociétés cotées, notre législateur a mis en place un ensemble de dispositions destinées à réprimer ce qu'il est convenu aujourd'hui d'appeler les abus de marché. Les dirigeants sociaux sont les plus exposés à la tentation. Le législateur englobe les membres de leur famille proche dans la même suspicion, comme le révèlent deux séries de mesures préventives qu'il a édictées. En premier lieu, l'article L. 225-109 du code de commerce, qui impose à tous les mandataires de sociétés cotées sur un marché réglementé de mettre leurs actions sous la forme nominative, étend cette exigence à leurs enfants mineurs non émancipés et à leur conjoint non séparé de corps. En second lieu et, plus récemment, l'article L. 621-18-2 du code monétaire et financier requiert de toute personne faisant appel public à l'épargne de communiquer à l'A.M.F. et au public les opérations réalisées sur ses titres par ses mandataires. Il prévoit que cette obligation s'applique également aux « personnes ayant des liens personnels étroits » avec les mandataires sociaux dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. A ce jour, le décret n'est pas intervenu. On pressent que, au moins, sera visé le conjoint. Ces obligations de transparence procèdent d'impératifs de bon fonctionnement des marchés mais elles entrent en conflit avec la liberté des personnes et plus particulièrement celle des époux.

B - Les relations familiales et l'organisation des opérations de prise de contrôle

Notre droit boursier organise les opérations de prise de contrôle des sociétés cotées sur un marché réglementé avec pour principal objectif la protection des actionnaires bailleurs de fonds. Qu'il s'agisse

16 - Cass. com. 12 mai 2004, Droit des sociétés 2004, comm. n° 139, note F.G. Trebulle, comm. n° 147, note H. Hovasse.

17 - H. Hovasse, note précitée.

de la définition du contrôle, des déclarations de franchissement de seuil ou de la surveillance des offres publiques d'acquisition ou du dépôt obligatoire d'une offre publique, les relations familiales sont ignorées. Au cœur de l'application de ces règles qui visent à prévenir et à traiter les conflits d'intérêts, se trouve la notion d'action de concert. Précisément, peut-elle résulter de la seule constatation de relations de famille ? Au regard de la définition de l'action de concert donnée par l'article L. 233-10 du code de commerce, une réponse négative s'impose. L'action de concert repose un accord juridiquement contraignant entre les concertistes. La proximité créée par les relations de famille est propice à un accord en vue d'exercer en commun le contrôle d'une société mais on ne saurait tirer de celle-là l'existence de celui-ci. Sans doute l'article L. 233-10 du code de commerce institue-t-il des présomptions d'un tel accord lorsque l'unité de volonté entre plusieurs personnes est incontestable. Mais ces présomptions de la loi ne peuvent être étendues hors de leur domaine. Est-il réaliste d'ignorer les relations familiales ? Même si l'on se plaît à souligner que la famille n'est plus ce qu'elle était, il serait aussi déraisonnable de sous-estimer les solidarités fondées sur le mariage et la parenté. Elles s'expriment par une communauté de vue, une imbrication des intérêts et une harmonie des comportements. Le concert est naturel en famille, même s'il peut se rompre. On pourrait concevoir une présomption d'action de concert fondée sur les relations de famille qui engloberaient au moins le conjoint, les ascendants et les descendants. Il ne pourrait s'agir que d'une présomption simple qui pourrait être renversée par la preuve d'une absence ou d'une disparition de la volonté de mettre en œuvre ensemble une politique commune à l'égard de la société dont ils sont actionnaires[18].

Juin 2005

18 - F. Peltier, Le nœud gordien de l'action de concert : l'élément intentionnel, R.D.B.F. 2003, p. 323.

LES COMMISSAIRES AUX COMPTES

Charles-Henry Laprun
Président de la Compagnie régionale
des Commissaires aux comptes d'Amiens

Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

C'est avec grand plaisir que j'interviens ce matin dans vos débats sur les conflits d'intérêts dans le monde des affaires.

Pour le commissaire aux comptes que je suis, conflit d'intérêts s'assimile, vous le comprendrez, à sécurité de l'information financière, et au rôle du professionnel chargé de la contrôler.

J'évoquerai donc ce sujet à l'aune de la loi du 1er août 2003 dite loi sur la sécurité financière (LSF), loi nouvelle dont l'adoption a engagé un processus réglementaire en cours de finalisation. J'y reviendrai.

J'interviens aussi avec grand plaisir devant un parterre de si éminents juristes, non sans rappeler que je suis moi-même, juriste de formation et qui plus est, ancien étudiant de cette noble maison.

La nouvelle législation est lourde de sens pour une profession comme la nôtre, puisque son titre III est consacré au commissariat aux comptes, à la transparence et à la déontologie.

Précisons d'ailleurs, à cet instant, que la France était en 2003 le second pays, après les USA, à avoir mis en place une loi de cet ordre.

J'ai parfois eu l'occasion de m'exprimer sur le bien fondé de cet ensemble législatif, puisque nombre des mesures, presque la totalité, avait été avancé par notre profession dans le cadre de son engagement de progrès adopté au cours de l'été 2002.

Je ne reviendrai pas plus avant sur les circonstances qui ont tout à la fois conduit à cet engagement de progrès et au projet législatif du Gouvernement, mais j'ai le sentiment que la France poursuit, et pour certains points anticipe, une réflexion mondiale née des soubresauts des marchés financiers de fin 2001 et 2002.

Comme vous le savez sans doute, le projet de loi crée un Haut Conseil du Commissariat aux Comptes (H3C), instance de régulation de notre

profession, composé de 12 membres, dont 3 commissaires aux comptes nommés par décret pour 6 ans, dont la mission sera d'assurer la surveillance de notre profession avec le concours de la Compagnie Nationale des Commissaire aux Comptes (CNCC), et de veiller au respect de la déontologie et à l'indépendance des professionnels.

Certains diront que nous passons de l'ère de l'autorégulation, celle où la Compagnie nationale édictait seule les règles qui lui étaient applicables, au siècle de la régulation partagée, partagée entre le H3C et la CNCC.

C'est en partie vrai car nous avions déjà entamé très largement ce processus de régulation partagée, avec la Commission des Opérations de Bourse (COB) notamment.

Une consécration législative nous est apparue parfaitement bien fondée.

Pour l'accomplissement de sa mission, le Haut Conseil sera en particulier chargé d'émettre un avis sur nos normes d'exercice professionnel élaborées par la Compagnie Nationale avant leur homologation par un arrêté du Ministre de la Justice.

Dans un objectif de flexibilité, il sera également chargé d'identifier et de promouvoir les bonnes pratiques professionnelles initiées par la profession et de définir les orientations et le cadre des contrôles de la profession mis en oeuvre par la Compagnie Nationale ou les Compagnies Régionales avec le concours des marchés financiers pour les mandats relatifs aux entités faisant appel public à l'épargne (APE). En effet, s'il convenait de fixer un cadre normatif, en revanche il n'aurait pas été raisonnable de trop les figer, les bonnes pratiques professionnelles y répondant.

En tant que de besoin, les magistrats des Chambres régionales des comptes ou de l'ordre judiciaire désignés à cet effet, pourront être appelés à définir les orientations et les contrôles pour tous les autres mandats.

Notre profession réalisait déjà cette démarche avec le concours de la COB. pour les mandats APE.

La généralisation d'un fonctionnement satisfaisant ne peut être qu'une oeuvre bienfaitrice pour la transparence et la qualité de nos activités.

En matière de contrôle et de discipline il convient de noter que la loi prévoit que les commissaires aux comptes pourront être soumis à des inspections diligentées par le Garde des Sceaux et une procédure de suspension temporaire pourra être mise en oeuvre pour les cas les plus graves.

Transparence et discipline deviennent les fondements d'une profession qui partage sa régulation.

S'agissant de l'indépendance et de la déontologie des professionnels, sujets sensibles s'il en est, et qui abordent le cœur du débat qui nous occupe ce matin, la loi pose le principe du conflit d'intérêts interdit et l'illustre par l'interdiction de toute activité de prestation de services et de conseils pour les commissaires aux comptes.

Un Code de déontologie de la profession, publié par décret interministériel, traitera et complétera ce dispositif. Il précisera également les situations dans lesquelles l'indépendance du commissaire aux comptes est susceptible d'être affectée lorsqu'il appartient à un réseau pluridisciplinaire national ou international dont les membres ont un intérêt économique commun.

Ce Code représente donc un dispositif de prévention des conflits d'intérêts.

La norme professionnelle parachèvera ce dispositif et le Haut Conseil pourra, le cas échéant, être saisi de toute question particulière.

L'adoption d'un tel dispositif fixe clairement les règles tout en les simplifiant.

En lieu et place d'une loi qui se voulait couvrir toutes les situations présentant des risques, la notion de conflit d'intérêts semble plus appropriée, plus moderne et d'un usage plus simple car incontestable.

S'agissant de la nomination des commissaires aux comptes, le projet de loi prévoit trois dispositifs nouveaux :

- d'une part la rotation des signataires des mandats APE ou ceux exerçant dans des entités faisant appel à la générosité publique (les associations notamment).

- la loi prévoit également la communication claire des honoraires des commissaires aux comptes et réclame une information précise sur les honoraires perçus au profit du réseau auquel appartient le commissaire aux comptes.

- enfin, le texte crée le principe d'une formation continue particulière pour tous les commissaires aux comptes qui n'auraient pas exercé d'activité de certification pendant trois ans.

Transparence, contrôle et compétence deviennent ainsi les trois piliers de notre profession.

Après de nombreux débats, le principe de la nomination décalée des co-commissaires aux comptes a été abandonné et ces derniers devront se livrer à un examen contradictoire des conditions et des modalités d'établissement des comptes des entités, dans des conditions énoncées par une norme d'exercice professionnel.

Pour ce qui concerne la transparence dans les entreprises, le législateur a adopté le principe d'un rapport du commissaire aux comptes établi sur un rapport du Président du Conseil d'administration ou de surveillance, dans toutes les entreprises, quelle que soit leur dimension, sur les procédures de contrôle interne qui concourent à 1'élaboration des comptes : il s'agit du fameux rapport sur le contrôle interne.

Pour la première fois, les commissaires aux comptes auront à s'exprimer sur des informations autres que strictement comptables, ce qui constitue une novation importante pour notre mode d'exercice professionnel.

Dans cet esprit d'une meilleure gouvernance des entreprises, le principe de la convocation des commissaires aux comptes aux réunions des Conseils d'administration, des directoires ou des Conseils de surveillance qui arrêtent les comptes intermédiaires (situations) ou annuels, a été arrêté.

Pour finaliser cet ensemble sur la gouvernance, les établissements publics de l'Etat, non soumis aux règles de la comptabilité publique, seront tenus de désigner au moins un commissaire aux comptes.

Comme vous le voyez, cette loi, sur laquelle je ne vous ai fait part que des principales mesures, confirme un ensemble cohérent.

Les travaux qui se sont ouverts dans le cadre de la rédaction des décrets confirment cette démarche, tant au plan de l'organisation de la profession qu'au plan de son code de déontologie qui devrait être adopté dans les prochains mois et qui précise les notions fondamentales de l'indépendance des professionnels.

Au-delà de cette démarche législative et réglementaire, permettez-moi un rapide commentaire.

Il est vrai que notre profession a été quelque peu soumise à une pression extérieure et je me demande parfois comment certains ont pu soutenir sérieusement que les commissaires aux comptes sont responsables de tous les péchés de la planète comme ce fut notamment le cas au lendemain de l'affaire Enron.

Cette pétition de principe est confortable, mais tellement expéditive qu'elle ne résiste pas à un examen attentif.

Tout d'abord, ne confondons pas ce qui relève effectivement de la certification des comptes avec ce qui dépend de l'activité des marchés financiers et du comportement des acteurs de ce qu'il convient d'appeler une industrie financière.

Ensuite, n'oublions pas que la réalité substantielle des entreprises soulève aujourd'hui des difficultés dont on n'avait guère l'idée il y a encore quelque temps et plus encore au moment où le législateur a construit la loi du 24 juillet 1966. 39 années nous séparent de ce texte qui a servi longtemps de base à notre exercice professionnel.

L'immatériel a pris une importance considérable, c'est autant de risques toujours plus difficiles à appréhender.

Troisième raison, enfin, les dérives financières des entreprises ont commencé dès les années 1990. Soyons en convaincu, même si à l'époque performance, croissance et nouvelle économie ont parfois masqué des réalités.

Comme vous le voyez, notre profession n'est pas aujourd'hui la seule au centre d'un dispositif qui trop souvent obéit à la logique de la pression et de la performance du court terme : comment obtenir durablement 15% de rendement avec 2 à 3% de croissance !

Des banquiers aux gestionnaires de valeurs, en passant par les analystes financiers, les agences de rating ou mêmes les médias, chacun doit désormais obéir au principe du réalisme économique et chacun doit répondre pour ce qui le concerne, aux notions de transparence, d'indépendance et de déontologie.

Certes, notre exercice professionnel se trouve modifié par la loi de sécurité financière.

Certes, le Haut Conseil est devenu notre interlocuteur privilégié.

Certes, nos normes seront validées par des tiers, perdant un peu de leur caractère strictement professionnel.

Malgré cela, je pense que la profession peut tout à la fois s'enorgueillir d'être au coeur d'un dispositif de confiance, mais peut surtout être fière d'être 1'un des instruments au service de l'intérêt général, c'est-à-dire au service de la transparence et au service de l'éthique des affaires.

Soyez convaincus que nous avons la volonté de devenir des acteurs de la restauration de la confiance, acteurs à part entière, car aucun dispositif législatif ou réglementaire ne remplacera le rôle des hommes, leurs appréciations et leur jugement : la confiance ne se décrète pas.

Il nous appartient de prendre notre part de responsabilités. Il en va de l'avenir de l'économie au moment où le libéralisme économique devient le maître mot car il ne saurait exister de libéralisme sans contrôle.

La loi sécurité financière restera lettre morte si nous n'en sommes pas les promoteurs.

Je vous remercie de m'en avoir donné l'occasion ce matin.

LES CONFLITS D'INTERETS DES ANALYSTES FINANCIERS

Yann Paclot
Professeur à l'Université de Paris XI
Avocat à la Cour (JeantetAssociés)

Toute réflexion sur les conflits d'intérêts des analystes financiers doit partir du rôle essentiel de ces professionnels dans la chaîne de transmission des informations financières[1]. Les émetteurs communiquent au marché, sous le contrôle de leurs commissaires aux comptes et, le cas échéant, de l'Autorité des marchés financiers, des informations brutes, factuelles, sur leurs comptes, sur les opérations ou événements susceptibles d'avoir une influence sur leur cours de bourse et, en se fondant sur ces informations, les analystes financiers élaborent des études comportant des recommandations d'achat, de vente ou de conservation.

L'analyse financière est donc indispensable aux investisseurs dont elle éclaire les choix ; elle est indispensable aux émetteurs eux-mêmes, auxquels elle permet de mieux se connaître. Enfin, elle est indispensable au marché en général, puisqu'elle limite la volatilité des cours en introduisant une certaine rationalité dans les décisions d'investissement des différents opérateurs.

Dans la mesure où elles sont publiées, les analyses concourent au caractère efficient des marchés financiers. Mais toutes ne le sont pas : seules les analyses du *« sell side »*, par opposition au *« buy side »*, sont diffusées dans le public. Les analystes du *« sell side »*, qui sont les plus nombreux[2], exercent leur activité chez un prestataire de services d'investissement, société de bourse, banque d'affaires ou *broker* ; tous ces professionnels doivent placer des titres dans le public, c'est pourquoi les études de leurs analystes sont publiées. Au contraire, celles des analystes du *« buy side »* n'ont pas vocation à être communiquées au public, mais sont destinées uniquement aux investisseurs (sociétés de gestion, OPCVM) pour qui ils travaillent.

Cette distinction éclaire la problématique des conflits d'intérêts[3].

Un analyste est en conflit d'intérêts lorsque, en produisant une recommandation ou une étude, il doit arbitrer entre son intérêt personnel (ou celui de

1 - Ph. Bissara, Analystes financiers et agences de notation, bull. Joly Bourse 2004, §2, p. 11.

2 - Selon le guide 2005 des professionnels de la finance établi par la SFAF et l'AGEFI, on recense en France 31 sociétés de bourse employant au total 545 analystes *« sell side »*.

3 - Sur cette question, consubstantielle à la vie des affaires...si ce n'est à la vie elle-même, cf. en droit des sociétés la belle synthèse de D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, éd. Joly, 1999, coll. Pratique des affaires.

son employeur) et l'intérêt des investisseurs. Dans la mesure où les analystes du *« buy side »* travaillent pour des investisseurs, ils ne peuvent, en principe, être en situation de conflit d'intérêts. Au contraire, les analystes du *« sell side »* sont presque toujours exposés à de tels conflits, du fait de la pluralité de métiers de leurs employeurs. Une banque accorde un prêt à une société, dirige des opérations de marché, investit pour compte propre, achète des titres pour ses clients et prélève des commissions de courtage : à chaque fois l'analyste qui émet une recommandation sur une société, cliente de la banque, est potentiellement en conflit d'intérêts[4].

Chacun a en mémoire les scandales qui ont agité il y a quelques années le monde de la finance Outre-Atlantique, largement relayés par la presse économique : publication d'analyses favorables sur une société dans le but d'aider le département de la banque d'investissement à réussir un placement d'actions dans le public; rémunération d'analystes liée à la conclusion de contrats de banque d'affaires, détention par des analystes de titres d'une société en relation avec leur employeur par des contrats d'affaires.

Ces scandales, apparus au moment de l'éclatement de la bulle boursière des sociétés de l'internet[5], ont provoqué aux Etats-Unis une réaction très ferme avec la loi Sarbanes-Oxley (29 juillet 2002), qui a imposé à la SEC et aux bourses américaines (de New York notamment) de mettre en place une réglementation destinée à garantir l'indépendance des analystes *« sell side »*, en les protégeant de l'influence du département de la banque d'investissement.
Même si nous n'avons pas connu en France les scandales dénoncés aux Etats-Unis, le souci de renforcer l'indépendance des analystes financiers pour mieux protéger le marché, s'est traduit dans la loi dite de sécurité financière (1er août 2003), à la demande de la profession elle-même. Quelques mois plus tard, les devoirs de l'analyste ont été rappelés par le tribunal de commerce de Paris dans le jugement remarqué qu'il a rendu le 12 janvier 2004 dans l'affaire LVMH / Morgan Stanley[6].

---

4 - A. Lévy-Lang, Gérer les conflits d'intérêts dans la banque d'investissement, Banquestratégie, mars 2003, p. 12 ; P-Y Gauthier, Rôle et indépendance des analystes financiers, *in* Rapport moral sur l'argent dans le Monde en 2002, Association d'économie financière, p. 115 et s.
5 - Bulle que les analystes avaient eux-mêmes contribué à gonfler par des évaluations déraisonnables de *« start-up »* qui n'accumulaient que des pertes, mais à qui un avenir radieux était néanmoins promis, car elles partaient, grâce à internet, à la conquête de marchés nouveaux qui ne pouvaient que se développer...
6 - Sur ce jugement, v. notamment J.J. Daigre, Le sens d'une histoire, JCP E, 2004, act. 78 ; A. Pietrancosta, L'affaire Morgan Stanley / LVMH, RDBF, n°2, mars-avril 2004, p. 131, A. Couret, Banques d'affaires, analystes financiers et conflits d'intérêts, D. 2004, chr. 335 ; Th. Bonneau, Murailles de chine et responsabilité vis à vis d'un émetteur coté, Dr. Soc. 2004, comm. 66 ; bull. Joly mars 2004, p. 388, § 70, note D. Schmidt ; G. Terrier, L'affaire Morgan Stanley passée au crible, *Capital finances*, 4 février 2004 ; X. Boukobza, Quand la justice s'interroge sur l'indépendance des analystes financiers, Petites Aff. 1er mars 2004, n° 43, p. 4 ; B. le Bars, La responsabilité délictuelle d'un analyste financier n'ayant pas respecté l'obligation de constituer une muraille de chine, Petites Aff. 28 avril 2004, n° 85, p. 8. *Adde*, F-L. Simon, Des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile des analystes financiers, Rev. soc. 2004, p. 297 et s.

Le contexte était très défavorable à la banque d'affaires, puisque l'absence de séparation entre ses services d'investissement et d'analyse avait été constatée à New York ; à la suite d'un procès engagé par l'Attorney général Eliot Spitzer, la banque avait passé en 2002 une transaction avec la SEC, aux termes de laquelle elle s'était engagée à apporter une contribution de 75 M $ (sur un total de 450 M $ apportés par différentes banques) pour la création d'un service d'analyse indépendant... Or, selon le tribunal de commerce, Morgan Stanley, directement ou par l'intermédiaire de son analyste financier vedette - Claire Kent -, avait diffusé systématiquement des informations inexactes défavorables à LVMH, avait révélé un faux conflit d'intérêts en mentionnant quatre vingt quinze fois pendant trois ans qu'un de ses salariés ou administrateur était administrateur de LVMH et avait passé sous silence ses liens d'affaire avec Gucci, société concurrente de LVMH. Il en a conclu qu'en produisant de telles analyses, la banque avait manqué à ses devoirs d'indépendance, d'impartialité et de rigueur et l'a condamnée sur le fondement de l'article 1382 du code civil[7].

Comme tous les professionnels, les analystes financiers ont droit à l'erreur : leurs recommandations ne sont que des *opinions* (et non des informations). Mais, s'ils ont le droit de se tromper - et ils se sont beaucoup trompés par le passé et continuent à le faire, car les réalités économiques ne se réduisent pas à des modèles mathématiques - pour autant, ils n'ont pas le droit de tromper sciemment le marché. Cela implique non seulement de se fonder sur des sources fiables, sur des données objectives, aussi exactes et précises que possible, mais aussi de faire preuve d'indépendance et d'impartialité.

Singulièrement, alors que l'activité d'analyse financière a commencé à se développer dans les années 1950, lorsque les sociétés cotées ont été obligées de publier leurs comptes, ce n'est qu'au début des années 2000 que les autorités de marché ont commencé à l'encadrer, en définissant la fonction d'analyste financier (article 2-4-1 du règlement général du CMF) et en la soumettant à certaines normes de comportement, en vue notamment de prévenir les conflits d'intérêts[8].

En quelques années, ces normes se sont considérablement étoffées : quels sont les mécanismes mis en place (section I) et sont-ils suffisants (section II) ?

7 - Ce jugement ayant été frappé d'appel devant la Cour d'appel de Paris, il importe évidemment d'attendre son arrêt pour tirer toutes les conséquences de cette affaire.

8 - J-P. Pierret, La profession d'analyste financier, Lamy droit des affaires, suppl. au n° 63, septembre 2003 et W. H. Smith, La mise en place d'une réglementation de l'analyse financière, *ibid* ; J-P. Zimmermann, Les analystes financiers, Rev. soc. 2003, p. 741. Sur la réglementation antérieure à la loi du 1er août 2003, cf. J.J. Daigre, Une nouvelle profession : analyste financier, RD banc. et fin., n° 4 juillet-août 2002, p. 175.

Section I - Le dispositif destiné à assurer l'indépendance des analystes

Quand on part à la recherche des normes applicables aux analystes financiers, ce qui frappe, c'est la profusion des textes : on les recensera rapidement (A), avant de rechercher comment ils s'efforcent de lutter contre les conflits d'intérêts (B).

A - La profusion des textes

Les marchés financiers sont des marchés électroniques, fortement intégrés. L'information s'y propage à la vitesse de la lumière. Il est donc nécessaire de dégager des normes internationales de comportement applicables aux analystes : précisément, l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) qui regroupe 168 régulateurs du monde entier (dont l'AMF), a publié en septembre 2003 un rapport sur les conflits d'intérêts des analystes et une série de principes destinés à les prévenir[9].

La question intéresse aussi la construction de l'Union européenne, qui suppose un marché financier harmonisé et intègre. Trois directives récentes comportent des prescriptions pour assurer l'indépendance des analystes financiers : la directive du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (dite « abus de marché »)[10], la directive d'application du 22 décembre 2003 concernant la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêt[11], la directive du 21 avril 2004 relative aux marchés d'instruments financiers[12].

Mais notre marché financier est aussi soumis à des normes internes : pour aller à l'essentiel, l'activité d'analyse financière a été définie par la loi de sécurité financière du 1er août 2003[13], qui impose aux dirigeants

9 - Communiqué COB du 1er octobre 2003, « Le comité technique de l'OICV publie une série de principes destinés à prévenir les conflits d'intérêts dans la profession d'analyste ». Sur ces principes, cf. J-M Moulin, L'encadrement juridique des activités des analystes financiers et des agences de notation, RD banc. et fin., n° 2, mars-avril 2004, p. 141 et s.

10 - JOUE n° L 96 du 12/04/2003, p. 16 : en application du point 5 de l'article 6 de cette directive, des dispositions particulières doivent être prises pour « les personnes qui réalisent ou diffusent des travaux de recherche concernant des instruments financiers ou des émetteurs (...) ou les personnes qui produisent ou diffusent d'autres informations recommandant ou suggérant une stratégie d'investissement, destinée aux canaux de distribution ou au public ». Chaque Etat membre doit disposer d'une réglementation tendant à assurer une réelle transparence sur les conflits d'intérêts potentiels auxquels les analystes et journalistes financiers professionnels pourraient être confrontés. L'information qu'ils diffusent doit ainsi être « présentée de manière équitable » et ces professionnels doivent mentionner « leurs intérêts ou l'existence de conflits d'intérêts en rapport avec les instruments financiers auxquels se rapporte cette information ».

11 - JOUE n° L 339 du 24/12/2003, p. 73 ; sur cette directive, cf. RD banc. et fin. n° 2, mars/avril 2004, p. 118.

12 - JOUE n° L 145 du 30/04/2004, p. 1.

13 - Selon l'article L. 544-1 du code monétaire et financier (réd. L. 1/08/2003, art. 42), « Exerce une activité d'analyse financière toute personne qui, à titre de profession habituelle, produit et diffuse des études sur les personnes morales faisant appel public à l'épargne, en vue de formuler et de diffuser une opinion sur l'évolution prévisible des dites personnes morales et, le cas échéant, sur l'évolution prévisible du prix des instruments financiers qu'elles émettent ».

d'une entreprise de s'abstenir de toute initiative qui porterait atteinte à la « sincérité de l'information »[14], confirme la tutelle de l'AMF sur tous les analystes financiers et lui donne les moyens de vérifier qu'ils respectent les normes auxquelles ils sont soumis[15]. De son côté, l'AMF a intégré dans son règlement général à l'article 321-5[16] la définition de la profession d'analyste financier qui figurait à l'article 2-4-1 du règlement général du CMF, a prévu que les analystes doivent être détenteurs d'une carte professionnelle, dont la délivrance suppose notamment la connaissance de leurs " obligations professionnelles "[17] et a établi des règles de bonne conduite applicables à la production ou à la diffusion d'analyses financières[18]. D'autre part, ce même règlement a transposé les orientations définies par les directives des 28 janvier 2003 et 22 décembre 2003. En outre, les analystes doivent se conformer à la décision n° 2002-01 du CMF du 27 mars 2002 « relative aux prescriptions applicables aux prestataires de services d'investissement produisant et diffusant des analyses financières », (prise à la suite des affaires *Enron et Worldcom*).

Ce n'est pas tout : le code de déontologie de la Société française des analystes financiers (la SFAF) – 1.216 membres en 2005 - réécrit en mars 2002, comporte lui aussi des dispositions pour prévenir les conflits d'intérêt[19]. De même, l'Association française des entreprises d'investissement (AFEI) et la Fédération des banques françaises (FBF) ont publié en septembre 2004 un « Code de bonne conduite sur la gestion des conflits d'intérêts en matière d'analyse financière », actualisé en mars 2005, qui devrait être approuvé par l'AMF.

Par ailleurs, les analystes financiers dialoguent avec des « informateurs financiers » au sein des sociétés cotées, regroupées dans le Cercle de liaison des informateurs financiers en France (le CLIFF), qui a également élaboré son code de déontologie, disposant notamment que l'informateur financier doit éviter les pratiques qui pourraient fausser le jeu normal du marché. Le CLIFF et la SFAF ont publié à leur tour une Charte de la communication financière qui rappelle que « l'intégrité du marché est avant tout une question d'éthique que doit respecter la communauté financière ».

---

14 - Selon l'article L. 544-2 du code monétaire et financier, « Les dirigeants d'une entreprise doivent s'abstenir de toute initiative auprès des analystes financiers dont ils rémunèrent les services qui aurait pour objet ou pour effet de privilégier leurs intérêts propres, ou ceux de leurs actionnaires, au détriment d'une information sincère ».

15 - Art. L. 544-3, L. 621-9 II et L. 621-15 du code monétaire et financier ; selon l'article L. 544-3, « Tous les documents préparatoires à l'élaboration des publications diffusées doivent être tenus à la disposition de l'Autorité des marchés financiers ».

16 - Selon cet article, « Exerce la profession d'analyste financier toute personne physique ayant pour mission de produire des analyses sur les émetteurs faisant appel public à l'épargne, comportant la formulation d'une opinion sur l'évolution prévisible de leur situation économique et financière et, le cas échéant, du prix des instruments financiers qu'ils émettent ».

17 - Art. 321-5 et 321-15 du RG AMF

18 - Art. 321-122 et s.

19 - Ce code a été avalisé tant par la COB que par le CMF ; la violation de ses dispositions constitue donc un manquement disciplinaire, susceptible d'être sanctionné par l'AMF.

Enfin, les employeurs des analystes *« sell side »* rédigent des manuels de déontologie à usage interne pour assurer l'indépendance de leurs analystes...

Donc des sources multiples et abondantes, qui montrent l'importance attachée depuis quelques années à l'indépendance des analystes ; du droit dur et du droit mou, du droit interne et du droit communautaire, du droit étatique, du droit élaboré par les autorités de marché et du droit produit par les professionnels eux-mêmes... Réglementation, régulation et autorégulation.

B - Les moyens retenus

Mais il faut dépasser ce constat et dégager les lignes directrices de cet ensemble de règles. Pour aller à l'essentiel, cette réglementation repose aujourd'hui sur trois piliers : les déclarations d'intérêts et de conflit d'intérêts, les " murailles de chine ", l'interdiction de lier la rémunération de l'analyste à des opérations financières auxquelles participe le prestataire de services d'investissement qui l'emploie.

• Tout d'abord, le prestataire de services d'investissement doit déclarer ses intérêts et les conflits d'intérêts susceptibles de limiter l'indépendance de son analyste. Cette prescription se retrouve dans les trois directives de 2003 et 2004 (qui concernent les personnes physiques et morales), mais elle n'est pas nouvelle, car la décision du CMF du 27 mars 2002 (article 5) obligeait déjà à mentionner les conflits d'intérêts : « Le prestataire habilité établit une procédure relative aux avertissements devant figurer sur une analyse et permettant de mettre clairement en valeur les éléments susceptibles de limiter l'indépendance de l'analyste ». Quand le prestataire intervient sur le marché primaire, à l'occasion d'une émission, en tant que conseil ou membre d'un syndicat de placement, ou comme conseil ou banquier présentateur en cas d'offre publique, le public doit en être informé par un avertissement pendant au moins 12 mois après l'annonce publique de l'opération en cause. De même, le prestataire doit informer le public des participations stables qu'il détient dans l'entreprise qu'il suit ou que cette entreprise détient dans son capital.

En application de l'article 5 de la directive du 28 janvier 2003[20], le règlement général de l'AMF détaille les informations qui doivent être fournies en cas de conflit d'intérêts (articles 321-125 à 321-139 et 337-5 à 337-7)[21] et reprend le dispositif figurant dans la décision du CMF.

20 - Selon cet article, « Les Etats membres s'assurent qu'il existe une réglementation appropriée pour garantir que les personnes qui réalisent ou diffusent des travaux de recherche concernant des instruments financiers ou des émetteurs d'instruments financiers ou les personnes qui produisent ou diffusent d'autres informations recommandant ou suggérant une stratégie d'investissement, destinés aux canaux de distribution ou au public soit présentée de manière équitable et mentionnent leurs intérêts ou l'existence de conflits d'intérêts en rapport avec les instruments financiers auxquels se rapporte cette information. Ils portent cette réglementation à la connaissance de la Commission ».

21 - Les mentions devant figurer sur les documents d'analyse financière sont répertoriées en annexe au code de bonne conduite AFEI – FBF sur la gestion des conflits d'intérêts en matière d'analyse financière.

Ces informations concernent, on vient de le voir, les participations entre le prestataire de services d'investissement, employeur de l'analyste, et l'émetteur qu'il suit, leurs liens en capital, les contrats passés par le prestataire afin d'assurer la liquidité des titres de l'émetteur, l'intervention au cours des douze derniers mois du prestataire (ou de toute autre personne liée à lui) en qualité de chef de file à l'occasion d'une offre publique portant sur les titres de l'émetteur, les accords entre le prestataire et l'émetteur concernant la prestation de certains services d'investissement ainsi que l'élaboration et la diffusion d'analyses sur ledit émetteur.

• En second lieu, les analystes *« sell side »* doivent être isolés des autres services du prestataire habilité qui les emploie par des « murailles de chine », dont l'objet est de prévenir la circulation indue d'informations confidentielles[22]. Le recueil de dispositions déontologiques, établi au sein de chaque prestataire par le déontologue, fixe les procédures et moyens destinés à assurer le respect de cette prescription[23]. La séparation doit être radicale avec les activités dites de « *corporate finance* », détaillées à l'article 321-128 du règlement général de l'AMF : placement et prise ferme, conseil aux entreprises en matière de structure de capital, de stratégie industrielle et de questions connexes ainsi que des services concernant les fusions et le rachat d'entreprises. Le respect de cette exigence est assuré par le responsable de l'analyse financière[24].

Les analystes doivent donc travailler dans des locaux séparés, ont interdiction d'échanger des informations avec les autres collaborateurs à propos ou en vue d'une opération sans avoir eu l'accord du responsable de l'analyse financière. En cas de franchissement d'une « muraille de chine », l'analyste ne retrouve ses fonctions antérieures qu'avec l'accord du déontologue et du responsable de l'analyse financière[25].

• Enfin, l'indépendance implique un contrôle des rémunérations.
A l'évidence, la rémunération des analystes ne doit pas dépendre du succès des opérations réalisées par le prestataire habilité. Le CMF l'avait très clairement indiqué en 2002 (décision du 27 novembre 2002, article 3). Le règlement général de l'AMF a repris mot à mot le dispositif figurant dans cette décision, en interdisant tout intéressement d'un analyste à des opérations de prise ferme, de placement, de conseil aux entreprises en matière de structure du capital, de stratégie industrielle et de

22 - Art. 321-29 du RG AMF.

23 - Art. 321-26 et 321-29 RG AMF.

24 - Les analystes *sell side* (321-123 RG AMF), comme les analystes indépendants (337-2 RG AMF) sont placés sous le contrôle d'un responsable de l'analyse financière.

25 - Art. 321-128 II, 2°.

questions connexes, ainsi qu'aux services concernant les fusions et le rachat d'entreprises (321-124). Ces règles sont rappelées dans les codes de la SFAF (article 6.1) et de l'AFEI – SBF (articles 12 et 13).

Par ailleurs, les analystes sont classés dans la catégorie des collaborateurs exerçant des fonctions sensibles au sens de l'article 321-36 du règlement général ; en conséquence, il leur est interdit d'émettre des ordres pour compte propre sur un instrument émis par un émetteur sur lequel ils sont susceptibles de produire une analyse ou sur des instruments relevant du secteur auquel appartient l'émetteur sur lequel l'analyse est susceptible de porter[26].

Cette réglementation détaillée représente donc un progrès, mais suffit-elle à écarter tout risque de conflit d'intérêts ?

Section II - Le dispositif de prévention des conflits est-il suffisant ?

Interrogée en 2003, la Fédération des banques françaises avait répondu par l'affirmative, estimant que la réglementation de l'analyse financière correspond aux standards internationaux, les problèmes rencontrés en Europe étant sans commune mesure avec ceux constatés aux Etats-Unis. Il est vrai qu'en quelques années, Pouvoirs publics et professionnels ont beaucoup œuvré pour encadrer l'activité des analystes. Cependant, l'examen du dispositif mis en place conduit à douter de sa totale effectivité (A), ce qui incite à envisager quelques pistes de réflexion pour renforcer l'indépendance des analystes financiers (B).

A - Une effectivité douteuse

L'examen de l'impressionnante cascade de normes de toute nature applicables aux analystes financiers suscite une triple critique.

1 - Les « murailles de chine » ne sont que des murailles en papier de chine. Quand une même entité exerce des fonctions de banque d'investissement et d'analyse financière, est-il réellement possible d'empêcher que les salariés se parlent, déjeunent ensemble, échangent des informations ? Pour imagée qu'elle soit, l'expression « muraille de chine » ne doit pas faire illusion : au-delà de la séparation physique des activités, elle implique l'absence de circulation de certaines informations sensibles, dont l'effectivité nécessiterait une surveillance étroite des collaborateurs des prestataires habilités attentatoire à leur vie privée. Plus que sur les procédures qui leur sont imposées, tout repose donc sur leur acceptation de normes de comportement, sur leur sens de l'éthique.

26 - Art. 321-37 RG AMF ; comme on l'a relevé (Th. Bonneau, F. Drummond, Droit des marchés financiers, Economica, 2ème éd., n° 424), il s'agit de prévenir les « conflits d'intérêts personnels » des analystes financiers.

2 - La période de 12 mois minimum durant laquelle l'analyste doit mentionner que son employeur (ou toute personne morale qui lui est liée) est intervenu à l'occasion d'une offre publique portant sur les titres de l'émetteur est probablement trop courte (article 321-131 4° du règlement général de l'AMF). Aux Etats-Unis, la solution retenue est beaucoup plus radicale : elle consiste purement et simplement à interdire la diffusion d'analyse financière quand la banque où travaille l'analyste participe comme chef de file ou membre d'un syndicat de placement à une émission sur le marché primaire. Pour mieux protéger le public, il faudrait donc non seulement allonger cette période de 12 mois, mais peut-être aussi, obliger la société dont les titres font l'objet de l'analyse à certifier l'objectivité formelle de l'analyse, c'est-à-dire à certifier l'exactitude des informations servant de fondement aux opinions émises par les analystes. Et, toujours comme cela se passe aux Etats-Unis, ne pourrait-on pas imposer aux analystes à révéler oralement les éventuels conflits d'intérêts à l'occasion de leurs apparitions publiques (les *« road show »*) ?

3 - Le problème de la rémunération des analystes n'est pas entièrement réglé.

Puisque l'analyse est utile aux clients qui passent des ordres, en bonne logique, son coût devrait s'imputer sur les commissions de courtage. Mais, du fait de la concurrence des courtiers en ligne, les banques ne peuvent répercuter le coût de l'analyse sur les commissions payées par leurs clients. Dans la pratique, l'analyse est rattachée économiquement à une division globale du prestataire habilité, qui gère les marchés actions et obligations convertibles et qui a en charge non seulement les comptes de tiers (donc les ordres venant des clients), mais aussi l'activité de banque-conseil (opérations sur le capital, fusions acquisitions, émissions) ; bien sûr, il existe une « muraille de chine » entre l'analyse et le conseil, mais ce lien économique n'est pas sain.

En outre, les analystes salariés perçoivent des primes, qui parfois sont fixes... et dont le mode de calcul est souvent opaque. Il est donc particulièrement difficile de vérifier si l'interdiction de verser une rémunération spécifique, à l'occasion de telle ou telle opération, est respectée.

Enfin, le montant particulièrement élevé de la rémunération de certains analystes risque, assez naturellement, d'émousser leur indépendance.

Alors, que faire ?

B - Les solutions envisageables

Deux solutions radicales viennent à l'esprit pour éviter tout conflit d'intérêts.

La première consisterait à séparer totalement la recherche financière des activités des prestataires habilités. Mais si les investisseurs, destinataires des analyses financières et qui profitent de leurs recommandations, ne veulent pas en assumer le coût, comment pourrait-on obliger les banques à filialiser une activité qui, *a priori*, n'est pas rentable ?

Toujours dans cet ordre d'idées, on a proposé d'édifier une analyse indépendante, financée par prélèvement sur les opérations et les transactions boursières. Bref, il s'agirait de créer un service public de la recherche financière, pourquoi pas une Haute autorité de la recherche...mais avec quelle efficacité et à quel prix ?

D'où une seconde piste, qui consisterait à ériger l'analyse financière en profession libérale. Les professions libérales sont, par définition, indépendantes ; elles savent gérer leurs conflits d'intérêts, situations prévues par leurs codes de déontologie. Erigée en profession libérale, l'activité d'analyse financière ne se développera que si son utilité économique est avérée, c'est-à-dire si les destinataires de ses travaux (investisseurs et banques d'affaires) acceptent d'en payer le coût.

Cette piste rejoint les préoccupations de l'Autorité des marchés financiers qui vient de consacrer une étude approfondie à l'analyse financière indépendante[27]. Bien que l'Autorité des marchés financiers ait le pouvoir de réguler les analystes financiers indépendants[28], son règlement général ne comporte que quelques dispositions les concernant (articles 337-1 à 337-3). Or, l'analyse financière indépendante échappe (par hypothèse) aux conflits d'intérêts potentiels avec les activités de banque d'investissement ou de courtage. D'où l'idée de doter les bureaux de recherche indépendante d'un cadre réglementaire spécifique qui favoriserait leur développement.

Des progrès restent encore à réaliser pour renforcer l'indépendance de l'analyse financière. Mais les conflits d'intérêts sont inévitables, et aucune règle ne garantira jamais la prééminence de l'intérêt des investisseurs sur ceux de l'analyste ou du prestataire habilité. Dès lors, on est amené à écarter toute solution radicale visant à éliminer le risque de conflit d'intérêts – dont les résultats seraient pour le moins incertains –, et à préférer la recherche d'améliorations ponctuelles. Une dernière étape reste à franchir, consistant à doter les analystes indépendants d'un véritable statut. Ce sera alors à l'autorité de marché et au juge de veiller au respect par les analystes de la triple exigence de probité, d'équité et d'impartialité, énoncée à l'article 312-122 du règlement général.

27 - AMF, Pour un nouvel essor de l'analyse financière sur le marché français, Groupe de travail présidé par Jean de Demandolx Dedons, juillet 2005, en ligne sur le site de l'AMF. Ce rapport a fait l'objet d'une consultation publique, dont la synthèse a été mise en ligne par l'AMF sur son site le 25 décembre 2005.

28 - Article L. 621-7 VII 2° du code monétaire et financier.

CONFLITS D'INTERETS ET RESPONSABLES LOCAUX

Isabelle Muller-Quoy
Maître de conférences de droit public à l'Université de Picardie-Jules Verne
CURAPP

De nombreuses situations illustrent les possibilités de conflits d'intérêts entre l'intérêt général local et un quelconque autre intérêt poursuivi par les responsables locaux, c'est-à-dire non seulement les élus mais aussi les administrateurs des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ou sociétés, notamment les sociétés d'économie mixte (SEM), ou les associations qui en dépendent. Toutes ces règles reposent sur le fait que les administrateurs locaux doivent être suffisamment indépendants pour être exclusivement représentatifs des intérêts de la collectivité, en d'autres termes l'intérêt local doit être le seul intérêt à réaliser. La représentation locale doit être préservée en évitant les contradictions virtuelles d'intérêts, entre intérêt personnel, professionnel ou patrimonial et intérêt local. Les juges sont les régulateurs des intérêts contradictoires qui pourraient porter préjudice à une véritable représentation des intérêts locaux.
Les règles juridiques sont ici fort nombreuses et complexes car elles sont éclatées. Elles relèvent à la fois du droit électoral, du droit administratif, du droit civil, du droit des affaires et du droit pénal[1]. Il convient donc d'en faire le panorama succinct et d'examiner au travers de quelques exemples pertinents l'application souvent difficile de ces prohibitions. Assez classiquement ici comme dans les autres matières, la réglementation des conflits d'intérêts comporte un volet préventif (section I) et un volet répressif (section II).

Section I- La prévention du conflit d'intérêts mettant en jeu des responsables locaux

L'objectif de ces mesures est d'éviter le risque voire même la seule suspicion d'un conflit d'intérêt. Cela se traduit tout particulièrement par le contrôle par le juge électoral des inéligibilités et des incompatibilités (A), et plus généralement par tout un arsenal de prohibitions visant à éviter le conflit d'intérêts en particulier en matière financière (B).

1 - Pour une vue d'ensemble, cf. J.Benoit, Les rapports d'intérêts entre les élus et l'administration locale, Rép. Dalloz, coll. loc., 2003, p. 12063-1 à 41.

A - Le délicat contrôle des inéligibilités et des incompatibilités

1. La signification des inéligibilités et incompatibilités

Les inéligibilités et incompatibilités peuvent se définir comme "l'ensemble des situations objectives attachées à la personne du candidat, qui l'empêchent de briguer un mandat électif, dans le cas des inéligibilités, ou de le conserver, dans le cas des incompatibilités"[2]. L'inéligibilité fait obstacle à la candidature, l'incompatibilité oblige l'élu à choisir soit entre plusieurs mandats, soit entre la fonction exercée et le mandat obtenu. La distinction entre inéligibilités et incompatibilités emporte des différences de régimes mais au fond, ces deux notions participent de la même idée : faire en sorte que les élus soient valablement représentatifs des intérêts de la collectivité. Un auteur distingue à juste titre les inéligibilités/incompatibilités "exclusion" des inéligibilités/incompatibilités "neutralisation"[3]. Les premières traduisent l'exigence d'une participation éclairée à la gestion des affaires de la cité. Les candidats doivent témoigner de qualités propres indiscutables quant à la rectitude de leur conduite et de leur jugement, et quant à leur attachement à la chose publique. Ces conditions expliquent les inéligibilités absolues qui touchent les mineurs, les incapables juridiques, les personnes sanctionnées pénalement, les personnes physiques à l'égard desquelles la liquidation judiciaire, la liquidation de biens, ou l'interdiction de gérer a été prononcée. Les inéligibilités "exclusion" expriment la recherche d'une déontologie de la représentation, souci qui n'est pas propre aux élections locales. Par contre, les inéligibilités et incompatibilités "neutralisation" expriment particulièrement la volonté du législateur de garantir l'authenticité de la représentation locale, c'est pourquoi nous nous concentrerons sur ces dernières.
Les interdictions ont ici pour but de "neutraliser" les personnes porteuses, en raison de leurs positions, d'intérêts différents du seul intérêt des habitants de la localité. Elles visent à assurer l'indépendance de l'élu. Elles sont relatives et se traduisent principalement par des incapacités découlant de la profession exercée par les personnes en cause[4]. Les inéligibilités/incompatibilités fonctionnelles visent deux catégories de personnes qui risqueraient d'être confrontées à des "conflits de loyauté" : celles travaillant pour la collectivité et certains agents publics occupant des fonctions de responsabilité. Concernant l'exemple des agents publics occupant des fonctions de responsabilité, ces inéligibilités ont

2 - R.Ghevontian, L'inéligibilité des fonctionnaires territoriaux, quelques réflexions sur l'attitude du juge, Les Cahiers du CNFPT, n°34, 1991, p. 87.

3 - P. Javelas, Le juge administratif de l'élection, un juge qui gouverne : contribution à l'étude critique des pouvoirs et des méthodes du juge administratif de l'élection, Thèse Clermont-Ferrand, 1988, p. 190 et s.

4 - Ces incompatibilités applicables aux conseillers municipaux, généraux et régionaux sont prévues respectivement aux articles L. 237 et 238, L. 206, 207 et 208, et L. 343 à 345 du code électoral.

pour but d'éviter que ces personnes ne soient "tiraillées" entre leur devoir envers leur hiérarchie et celui envers la collectivité. Ainsi, ce sont les fonctions qui impliquent une large subordination à l'exécutif étatique qui sont ici visées. La libre administration commande qu'elles ne puissent être membres d'une assemblée locale qu'elles pourraient être amenées à contrôler. Sont inéligibles notamment les préfets, sous préfets, chefs de bureau, secrétaires en chefs des préfectures ainsi que ceux des services déconcentrés de l'Etat, les magistrats dans les communes situées dans leurs ressorts, certains ingénieurs de travaux publics et certains officiers de l'armée et de la police....

Cette sévérité dans la définition des inéligibilités et incompatibilités témoigne du souci du législateur d'éviter les risques de collusion. Le juge est amené à donner des interprétations délicates.

2. Le contrôle du juge électoral

La démarche jurisprudentielle d'appréciation des dispositions réglementant ces inéligibilités et ces incompatibilités devrait se limiter à une application stricte, quasi automatique de la loi. Cependant, même dans ce domaine si précisément codifié, le juge dispose d'une latitude d'interprétation dans la détermination de la signification concrète du texte législatif. L'exemple des inéligibilités et incompatibilités fonctionnelles qui touchent les conseillers municipaux notamment dans leur rapport avec le monde des affaires énoncées par l'article L. 231 du code électoral est particulièrement révélateur de cette marge d'interprétation dont dispose le juge administratif en tant que juge des élections locales[5].
Au titre des personnes liées à la commune par des rapports de salariat ou d'affaires, sont inéligibles les comptables des deniers communaux, les agents salariés de la commune et les entrepreneurs municipaux. Si l'identification des comptables des deniers communaux ne pose plus désormais de difficultés, le Conseil d'Etat se contentant de rappeler sa jurisprudence ancienne selon laquelle même un comptable de fait non déclaré quitte peut être déclaré inéligible[6], les deux autres cas donnent lieu à de nombreuses contestations. Or, elles sont l'occasion de rappeler que le Conseil d'Etat a entendu consacrer des interprétations larges de ces notions afin d'éviter les conflits d'intérêts susceptibles de survenir. Est agent salarié celui qui a un lien de subordination durable avec la commune. La nature de ce lien est appréciée doublement. D'une part,

5 - Nous développerons essentiellement le cas des élus communaux, car le raisonnement est identique pour les autres élus locaux en ce qui concerne les inéligibilités fonctionnelles étudiées ici. (cf. pour les départements, art. L. 207 du code électoral, pour les régions, art L. 343).

6 - CE 6 déc. 1989, Elections municipales de Saint-Cheron, req. n °104734. Par contre la présidence d'une association fortement subventionnée par une commune ne suffit pas à elle seule à conférer la qualité de comptable de fait, CE 12 fév. 1990, Ville de Nice, note A. Chaminade, JCP 1991, 21668, p. 154.

dès qu'il perçoit une quelconque rémunération de la commune l'agent devient inéligible. L'inéligibilité est en effet liée, non à l'exercice même de l'activité, mais à la perception d'un traitement en ce qu'elle implique un lien de dépendance : le conseiller serait amené à voter le budget sur lequel il est payé. Il n'est pas pris en compte le fait que l'indemnité soit d'un montant modique[7], ni son mode de fixation[8] ou la périodicité de son versement, comme éléments pouvant empêcher l'inéligibilité. Ne sont cependant pas considérés comme des agents salariés, les fonctionnaires qui exercent pour la commune une activité accessoire à leur activité principale (par exemple, l'instituteur rétribué pour surveiller la cantine scolaire[9], ou le cafetier recevant une rémunération pour l'installation d'une cabine téléphonique dans son établissement[10]). D'autre part, peu importe la durée du service assuré, le Conseil d'Etat s'attache à sa régularité. Ainsi, un agent contractuel chargé de l'entretien des cimetières, du relevé des compteurs d'eau, employé 16 heures par semaine a été déclaré inéligible[11]. Pour que l'inéligibilité ne s'applique pas, l'activité doit être purement occasionnelle ou saisonnière (par exemple, les sonneurs de cloches pour les mariages). Cette situation des agents salariés connaît aujourd'hui de nombreux développements en raison de la multiplication des structures intercommunales. Rien ne s'oppose à ce qu'un conseil municipal élise en son sein pour représenter la commune dans un conseil communautaire un délégué qui par ailleurs est fonctionnaire territorial d'une autre commune membre de la même communauté de communes[12].

La même sévérité se retrouve dans la "neutralisation" des entrepreneurs de services municipaux. Sont visées ici toutes les personnes contractant avec la commune pour l'exploitation des services liés à la vie quotidienne de la population. Le juge va devoir vérifier trois critères : la présence d'un service public, les liens d'intérêts suffisants, c'est-à-dire notamment la permanence du lien auquel conduit la participation à l'exercice du service public et le rôle effectivement joué par la personne soit à titre individuel soit au titre d'une personne morale privée au sein de laquelle elle exerce un rôle prépondérant[13]. Ainsi, il suffit d'avoir été chargé de façon régulière d'assurer un service communal, même si l'activité est limitée ou la rémunération faible, pour qu'une telle qualité soit reconnue[14]. La même solution s'applique quand bien

7- CE 3 nov. 1989, Elections municipales de Couteuges, req. n°107892.

8 - CE 6 déc. 1989, M. Gallot, req. n°108954.

9 - CE 26 mars 1990, Elections municipales de Sedan, req. n°109236.

10 - CE 1er déc. 1989, Elections municipales de Seuil, req. n°10883.

11 - CE 26 janv. 1990, Elections municipales de Gabre, req. n °108550.

12 - Rép min n° 45757, JOAN Q 30/11/ 2004, p. 9471.

13 - Sur ces trois critères tels qu'appréciés par la jurisprudence cf. J.Bénoit, préc., p. 12063-22 et s.

14 - CE 19 janv. 1972, Elections municipales de Valliguières, Rec, T, p. 1096.

même la rémunération versée ne provient pas de la commune[15]. Sont concernés tous ceux qui ont avec la commune des liens d'intérêts suffisants. Sont inéligibles entre autres : le gérant minoritaire d'une entreprise de pompes funèbres[16], les entrepreneurs assurant le transport scolaire dans la commune[17]. D'une façon générale, est regardé comme un entrepreneur de service public toute personne exerçant une influence prépondérante dans un service public local, sans occuper en titre la direction de l'entreprise. Dès lors qu'un directeur, tout en étant placé sous le contrôle des gérants de la société, dispose d'un pouvoir étendu et d'une réelle autonomie, peu importe qu'il ne détienne aucune part de capital dans la société, il est quand même déclaré inéligible[18]. Le juge vérifie que les intéressés, au delà des titres, n'ont pas d'influence prépondérante au sein de leur société[19].

Le problème particulier des sociétés d'économie mixte locales (SEML) est à souligner. Les élus locaux sont les délégués de leur collectivité dans ces organismes extérieurs, dotés de l'autonomie conférée par la personnalité morale, mais qui dépendent souvent de l'administration locale quant à leur financement. Ainsi les SEML sont des sociétés dont l'actionnariat est majoritairement public puisque la participation des collectivités locales peut atteindre 85% du capital[20]. Le cas des problèmes posés par les élus administrateurs de sociétés d'économie mixte est particulièrement éclairant, en ce qu'ils sont en effet à la fois chargés d'un devoir de surveillance de la société pour le compte de la collectivité qu'ils représentent et d'un mandat au sein de la société.
Le nouvel article L .1524-5 du C.G.C.T. issu de la loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locale[21] précise que « les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant, à l'exclusion de toute autre fonction dans la société, les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une société d'économie mixte locale ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux, départe-

15 - Même si le service bénéficie de subventions de l'Etat, CE 23 janv. 1984, Elections municipales de Bonvillard, Rec. T, p. 629, ou si l'entrepreneur est rémunéré par sa clientèle, CE 10 mai 1972, Elections municipales de Montbarey, Rec, T, p. 984.

16 - CE 13 déc. 1989, Elections municipales de Pouzin, req. n°107810-108418.

17 - CE 29 déc. 1989, Elections municipales de Hienghiène, req. n°107515.

18 - CE 28 mars 1984, Elections municipales d'Erquy, Rec, p. 138.

19 - CE 21 fév. 1990, Elections municipales de Vélizy-Villacoublay, req. n°109148, CE 8 janv. 1992, Preel, Rec., p. 3.

20 - Sur le régime des SEML cf. les articles L. 1521-1 à L. 1525-3 CGCT et L. 225-1 et s du code de commerce pour les dispositions de droit commun applicables aux sociétés anonymes.

21 - SEML : Un statut rénové, La lettre du cadre territorial, 15 janv. 2002, p. 63; SEML : Une loi de modernisation, La lettre du cadre territorial, 1er mai 2002, p. 69.

mentaux ou régionaux au sens des articles L. 207, L. 231 et L. 343 du code électoral ». Le nouveau texte entend limiter l'insécurité juridique qui caractérisait l'exercice de ces fonctions. Ainsi le juge administratif avait considéré que les fonctions de président du conseil d'administration ou de membre du directoire d'une SEML entraient dans le champ de l'inéligibilité[22]. La nouvelle législation ne vise pour autant pas l'élu possédant à titre personnel des actions et exerçant à ce titre le mandat d'administrateur, et, hormis ces cas, l'exercice d'autres fonctions notamment salariées tombent sous le coup des interdictions du code électoral.

Outre cette hypothèse des inéligibilités et incompatibilités qui met bien l'accent sur la nature souvent financière du conflit d'intérêt, il faut signaler que toute une série d'autres règles visent à éviter le conflit d'intérêts en matière patrimoniale et financière

B - La multiplicité des prohibitions visant à éviter le conflit d'intérêts en matière patrimoniale et financière

De nombreuses règles souvent très spécifiques et dont on peut regretter qu'elles ne soient pas codifiées au sein du code général des collectivités territoriales (CGCT) visent à éviter le conflit d'intérêts en particulier en matière financière et patrimoniale.

1. Le contrôle de la situation patrimoniale des élus

L'article 2 de la loi du 11 mars 1988 énonce l'obligation de déclarer sa situation patrimoniale pour le président de conseil régional, de conseil général et le maire d'une commune de plus de 30 000 habitants mais aussi depuis la loi n°95-126 du 8 février 1995 pour les conseillers régionaux, conseillers exécutifs de Corse, conseillers généraux, et adjoints au maire des communes de plus de 100 000 habitants, lorsqu'ils sont titulaires d'une délégation de signature dans les conditions fixées par les articles L. 2122-18, L. 3221-3, L. 4231-3 et L. 4424-4 du CGCT. La loi du 8 février 1995 a également étendu cette obligation au président élu d'un EPCI doté de la fiscalité propre dont la population est supérieure à 30 000 habitants ainsi qu'aux présidents, directeurs généraux et directeurs généraux adjoints d'organismes publics d'habitation à loyer modéré gérant plus de 2 000 logements et de sociétés d'économie mixte locale dont le chiffre d'affaire annuel est supérieur à 750 000 euros. Le défaut de dépôt d'une des déclarations prévues (en début et fin de mandat) conduit à l'inéligibilité de la personne concernée

22 - TA Grenoble, 11 sept. 1995, Préfet de la Haute-Savoie note S. Majerowics, JCP 1996, II, 22571 ; CE 18 déc. 1996, Élections municipales de Gérardmer, note M.-Y. Benjamin, Droit adm. 1997, n° 64. L'ambiguïté n'est pas toutefois complètement levée car l'exercice par un élu d'autres fonctions de direction, notamment au directoire d'une société à conseil de surveillance n'est pas expressément ici visé.

pendant un an. Par ailleurs, le remboursement des dépenses électorales, prévu par la loi n°95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, n'est pas versé aux candidats qui n'ont pas déposé leur déclaration[23]. La nomination des dirigeants d'organismes publics est annulée si, à l'issue d'un délai d'un mois, la déclaration prévue lors de l'entrée en fonction n'a pas été déposée.

2. La diversité des sources d'interdiction

En vertu de l'article 1596 du code civil[24], les adjudications et ventes de biens par les communes à leurs administrateurs, c'est-à-dire aux titulaires d'un mandat exécutif, maires ou titulaires de délégations, et plus largement, ceux qui remplacent les exécutifs absents ou empêchés[25] sont nulles. Si jusqu'à présent l'article 1596 n'a pas été appliqué par les juges aux ventes des départements ou régions, il semble logique de considérer que toutes les administrations publiques locales sont concernées[26]. Par contre, dans les communes de moins de 3 500 habitants, l'article 432-12 du code pénal relatif à la prise illégale d'intérêts permet de déroger à l'article 1596 du code civil[27] (cf. *infra*).

On peut aussi citer les dispositions visant les régies locales selon lesquelles les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent pour gérer directement leurs services publics tant administratifs qu'industriels et commerciaux créer des régies[28]. L'article R. 2221-8, issu du décret 2001-184 du 23 février 2001, prévoit désormais pour l'ensemble des régies que « les membres du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation ne peuvent ni prendre ou conserver un intérêt dans des entreprises en rapport avec la régie ; ni occuper une fonction dans ces entreprises ; ni assurer une prestation pour ces entreprises ; ou bien encore prêter leur concours à titre onéreux à la régie. En cas d'infraction à ces interdictions, l'intéressé est déchu de son mandat soit par le conseil d'administration ou le conseil d'exploitation à la diligence de son président, soit par le préfet agissant de sa propre initiative ou sur proposition du maire".

Toutes ces règles ont en commun d'éviter que l'intérêt personnel du responsable local et l'intérêt de la collectivité puissent être potentiellement confondus. Il est bien entendu difficile de faire la frontière entre

23 - Art. L. 52-11-1 du c. élect.

24 - Cf. B. Teyssie, Jurisclasseur civil, art. 1594 à 1597, n° 83 à 85.

25 - CE, 25 mars 1987 Delerue, Rec., p. 106 ; Droit adm. 1987, n° 275.

26 - E. Boehler, L'article 1596, alinéas 1 et 4, du code civil, Petites Aff., 1991, n° 85, p. 14.

27 - CAA Paris, 20 janv. 2000, Cne de Vieux Champagne, R.F.D.A., 2000, p. 689.

28 - Art. L. 1412-1 et L. 1412-2 du CGCT.

ce qui relève de la prévention et ce qui relève de la sanction d'un conflit d'intérêts avéré car les dispositions ci avant examinées sont autant de sanctions, mais il nous semble ici qu'elles interdisent une situation susceptible de survenir alors que les règles que nous allons maintenant évoquer sanctionnent un rapport d'intérêts non supposé mais bien réel, avéré. Il reste alors au juge à évaluer si ce rapport d'intérêts est constitutif d'un conflit d'intérêts.

Section II. La sanction du conflit d'intérêts visant des responsables locaux

Il s'agit de la prise illégale d'intérêts sanctionnée pénalement (A), et de l'hypothèse moins connue de la participation à une délibération d'un conseiller municipal intéressé à l'affaire qui entraîne la nullité de cet acte par le juge administratif (B).

A - La prise illégale d'intérêts

La sanction pénale du délit d'ingérence est désormais dénommée prise illégale d'intérêts. Selon l'article L. 432-12 du code pénal[29] « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, à charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ». L'art 432-13 réprime la prise d'intérêts par une personne qui a cessé d'exercer les fonctions dont elle était précédemment chargée.

Le premier élément matériel justifiant l'incrimination de délit de prise illégale d'intérêts repose notamment sur les notions de surveillance, d'administration, de liquidation de l'affaire concernée par l'intérêt. Ces notions concernant les exécutifs locaux sont très larges puisqu'ils conservent la surveillance des opérations même lorsque des délégations de fonctions sont accordées. Ainsi dans l'affaire « Balkany », le maire de Levallois-Perret exerçait bien la gestion du personnel communal et ne pouvait de ce fait affecter à son service personnel des employés de la commune[30]. Le deuxième élément matériel d'incrimination consiste dans le fait que la personne a pris, reçu ou conservé un intérêt dans une opération ou une entreprise. Les notions d'opération

29 - Jean Bénoit, Prise illégale d'intérêt, Répertoire Dalloz collectivités locales, p. 12200-1; A.Vitu, Prise illégale d'intérêts , J-cl Pénal, n°1.

30 - Cass. crim. 7 mai 1998, Patrick Balkany, Dr. pén, n°128; Grands arrêts du droit de la décentralisation, n°67, D. 2001, p. 498.

et d'entreprise sont appréciées de façon large, ainsi sont concernés tout type d'acte juridique ou de sociétés. De même, l'intérêt peut être matériel, moral, familial, politique ou financier. Le recours à la notion d'intérêt moral étend largement l'incrimination, ce qui peut se concevoir à l'égard d'élus auxquels on demande la plus grande probité mais s'avère potentiellement dangereux pour l'exercice de fonctions électives car il est bien difficile de cerner les contours de cet intérêt moral. L'intérêt peut être indirect, c'est-à-dire au travers d'une personne interposée[31], voire même par entreprise interposée comme cela a été reconnu par la Cour de cassation pour permettre « un jeu optimal de l'incrimination »[32]. Si ce délit ne peut être commis par imprudence ou négligence et qu'il faut donc que l'intention soit prouvée[33], il n'est pas toutefois besoin de prouver un gain matériel quelconque, le simple fait d'avoir accompli consciemment l'acte va constituer le délit. Aussi, comme l'indique la Cour de cassation, « le délit est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect, et se consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel »[34].

Le champ d'application personnel du délit est large. Il n'est pas nécessaire que l'élu occupe une fonction exécutive particulière, un simple conseiller municipal peut être mis en cause. Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation assimile la simple participation à la délibération en administration et surveillance de l'affaire[35]. Toute personne exerçant une fonction publique qui fait prévaloir un intérêt particulier sur l'intérêt général local, c'est-à-dire l'ensemble des responsables locaux, élus et fonctionnaires est donc potentiellement visé par cet article. Néanmoins les alinéas 2 à 5 de l'article 432-12 prévoient une exception qui concerne les administrateurs des communes de moins de 3500 habitants. Ces derniers sont autorisés à traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 euros. De même, ils peuvent acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement, sur autorisation, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal. Enfin ils sont en droit d'acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle,

31 - Cass. crim 25 nov. 1997, n°96-86.446 ; cass. crim. 24 oct. 1996, n°95-85.817.

32 - Cass. crim 27 nov. 2002, n°7066, JCP A° et collec.terr. 16 juin 2003, p. 821.

33 - C'est-à-dire la conscience d'accomplir un acte illicite, *a contrario*, cass. crim. 6 août 1996, bull. crim. 1996, n°305.

34 - Cas d'un maire intervenant dans l'attribution de marchés à deux sociétés dont sa fille et son fils étaient les gérants, cass. crim. 21 juin 2000, Gross, bull. crim. n° 239 ; JCP 2000, IV, p. 241.

35 - Cass. crim. 19 mai 1999, obs. M. Segonds, D. 2000, somm, p. 124.

le prix ne pouvant être inférieur à l'évaluation du service des domaines. Ainsi, sous réserve de cette exception qui peut apparaître comme justifiée uniquement pour des raisons pratiques et donc contestable au fond, le délit de prise illégale d'intérêts sanctionne un manquement au devoir de probité de façon très extensive, « il évoque l'infraction formelle stigmatisant un comportement en tant que tel »[36].

Le même pragmatisme et le même sentiment d'être face à une jurisprudence « impressionniste » peut être éprouvé à l'étude de notre dernier exemple : celui de la jurisprudence abondante du juge administratif sur les conseillers municipaux intéressés.

B - Les conseillers municipaux intéressés[37]

Moins connu est le contrôle tout au long de l'exercice du mandat qu'il est possible au juge administratif de mener sur les conseillers municipaux intéressés[38]. Cet exemple est certes circonscrit à la commune[39] mais il est révélateur du caractère général de l'interdiction puisque il n'est pas défini la nature de l'intérêt. Il est tout particulièrement pertinent pour illustrer le deuxième temps de notre réflexion à savoir la marge de manœuvre dont disposent les juges qui pratiquent un contrôle très concret dont il est difficile de fixer une ligne directrice claire.
Issu de la loi sur l'organisation municipale de 1885, l'article L. 2131-11 du CGCT énonce que "sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en a fait l'objet soit en leur nom personnel soit comme mandataire"[40]. Cette disposition a été étendue aux établissements publics communaux et intercommunaux[41]. Le Conseil d'Etat s'est reconnu une large marge d'interprétation pour définir les conditions de l'illégalité mais elle fait l'objet d'une lecture difficile car elle repose sur autant de cas d'espèce. L'article L. 2131-11 du CGCT pris à la lettre, mentionne deux notions : celle de "personnes intéressées à l'affaire" et celle de " participation à la délibération". Ces deux hypothèses rendent compte de situations très diverses ce qui peut conduire à des appréciations divergentes.

36 - Wilfrid Jeandidier, note sous cass. crim 27 nov. 2002, n°7066, JCP A° et collec.terr. 16 juin 2003, p. 821.

37 - JM. Maillot, La notion d'élu « intéressé » dans le droit des collectivités locales, JCP 2000, 1, p. 242.

38 - G Koubi, La notion de conseiller municipal personnellement intéressé à la délibération , Petites Aff. 1997, n° 48.

39 - A l'égard des conseils généraux et régionaux, néanmoins en invoquant le détournement de pouvoir ou le vice de procédure dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le même résultat pourrait être atteint.

40 - Pour une vue d'ensemble sur cette question, cf., J.Bénoit, Répertoire Dalloz, préc., p. 12063-12 à 15.

41- Respectivement art. L. 2131-13 et L. 5211-3 CGCT. Par ailleurs, le code comporte des dispositions spécifiques concernant le maire. Ainsi selon l'art. L. 2122-26 : lorsque les intérêts du maire sont en opposition avec ceux de la commune il doit être remplacé par un autre membre du conseil municipal pour représenter la commune en justice ou passer des contrats en son nom, ou selon les articles L. 421-2-5 et 315-1-1 du code de l'urbanisme qui prévoit la même procédure de remplacement dans le cadre de la délivrance du permis de construire et d'autorisations de lotir.

1. La notion de personne intéressée à l'affaire

De longue date, la notion de personne intéressée à l'affaire a fait l'objet d'un casuel abondant. Est considéré comme un intérêt à l'affaire, l'intérêt "distinct de celui de la généralité des habitants de la commune"[42] ou de celui "de nombreux propriétaires"[43]. Cette appréciation d'un intérêt distinct se rapproche de celle du détournement de pouvoir dont on sait combien elle est délicate. L'intérêt à l'affaire peut donc être personnel au conseiller ou le viser en tant que représentants d'organismes notamment privés comme une association. Il peut être patrimonial, professionnel ou purement moral, il n'est point besoin de prouver un quelconque enrichissement pour que le conseiller soit reconnu comme intéressé. Un élu municipal peut être intéressé parce que la délibération concerne sa profession, son patrimoine, sa famille ou un groupement dans lequel il assure des fonctions ou une responsabilité personnelle. Par contre, ne sont pas souvent considérés comme intéressés, les élus qui n'exercent que des fonctions de représentation dans des organisations ou des associations ou sociétés dont les intérêts sont suffisamment éloignés de ceux débattus. Ainsi, par exemple, est reconnu comme intéressé le conseiller, président de la société de production qui exploite une salle de théâtre dont la commune est propriétaire, quand la délibération porte sur des demandes de subvention destinées à financer le réaménagement de cette salle[44] ainsi que le directeur d'une école privée participant à la délibération accordant une subvention à cette école[45]. De même, le président d'une association et maire de la commune est intéressé à la délibération l'autorisant à signer un bail de location de bâtiments municipaux à ladite association[46]. Par contre, n'est pas annulée la délibération décidant la vente d'une parcelle à une société civile immobilière, votée par le maire alors qu'il a, en qualité d'ingénieur, collaboré à l'élaboration des plans du magasin destinés à être construit par cette S.C.I.[47]. Est également légale la délibération par laquelle un conseil municipal décide l'adhésion de la commune à un syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable, qui a pour objet le raccordement au réseau d'un seul hameau, au prix d'un renchérissement du coût de la distribution d'eau pour l'ensemble de la commune, alors même que le maire et l'un des conseillers municipaux ayant participé à la délibération y résident[48].

---

42 - Concl.Valabrègue sur CE 16 nov. 1888, Commune de Saint-Saturnin-lès-Apt, Rec. p. 827; CE 30 juillet 1941, Chauvin, Rec. p. 152.

43 - CE 6 juillet 1888, Breuillaud et Bassinet, Rec. p. 607; CE 8/12/1982, Marsac, Rec. p. 411 et 549.

44 - CE 23 sept. 1987, Ecorcheville, Rec. T p. 617, ACL, GRALE 1988, n°29.

45 - CE 12 juin 1996, Organisme de gestion de l'école catholiquede l'Ile d'Elle, Rec. 226.

46 - CE sect., 16 déc. 1994, Commune d'Oullins association Léo Lagrange jeunesse et Tourisme, Rec. 559, AJDA 1995, p. 72, RFDA 1995, p. 212, Grands arrêts du droit de la décentralisation, n°18.

47 - CE 16 déc. 1988, S.C.I. Paule, Rec. T p. 655.

48 - CE 10 janv. 1992, Association des usagers de l'eau de Peyreleau et autres, Dt. Adm. février 1992, n°79.

Si l'intérêt doit être direct, la jurisprudence vise quelquefois la famille du conseiller. Néanmoins les liens familiaux entre un conseiller municipal et la personne bénéficiaire de la délibération ne conduisent pas automatiquement le Conseil d'Etat à le reconnaître comme intéressé. Il a été jugé que "la circonstance que l'un des conseillers municipaux, qui a pris part aux délibérations ayant pour objet la création d'une zone artisanale, soit le frère de l'un des artisans susceptibles de s'y installer, avec lequel il est en relation de travail, ne suffit pas à établir qu'il est intéressé à l'affaire"[49]. Dans le même sens, le conseiller municipal, père du bénéficiaire de la délibération, ne saurait en raison de ce seul lien de parenté être reconnu personnellement intéressé[50]. En outre, la seule existence de lien de parenté ne suffit pas à conférer la qualité de mandataire pouvant avoir un intérêt à l'affaire[51].

La présence d'un intérêt associatif que le conseiller défend alors comme mandataire pose un problème particulier. En effet "la recherche d'un avantage non lucratif tend à faire de l'intérêt associatif une composante de l'intérêt général"[52]. En outre l'intérêt n'est alors pas personnel mais collectif et souvent purement moral, ce qui n'empêche pas le juge de censurer[53]. Enfin, de plus en plus d'associations sont "transparentes" et agissent en réalité pour le compte de la collectivité publique. Ainsi à titre d'exemple la participation aux délibérations accordant des garanties d'emprunt à une association finançant une maison de retraite des conseillers président ou membres du conseil d'administration a été censurée alors que les statuts de l'association prévoyaient la participation de cinq membres du conseil municipal et qu'il y a eu vote à l'unanimité[54]. Le juge administratif a été amené à infléchir sa jurisprudence concernant notamment les SEML[55]. Puis le législateur, pour clarifier la situation, a en 2002[56] posé le principe selon lequel « les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant, à

49 - CE 22 juillet 1992, Consorts Canton, req. n° 88549 et 102297.

50 - TA Toulouse, 20 juillet 1988, Teron, Rec. T, p. 655.

51 - CE 12 février 1986, Commune d'Ota, Rec. p. 39, note E. Peuchot, D. 1987 p. 73 ; Dt. Adm. 1986, n°144.

52 - JP. Tomasi, note sous TA Lyon, 6 juin 2000, Cne de Saint-Maurice de Rémens, AJDA 2000, n° 12, p. 1046.

53 - CE sect, 16 déc. 1994, Commune d'Oullins c/Association Léo Lagrange jeunesse et Tourisme, préc. ; CE 8 mars 2002, Dame Geron, Rev. Trésor 2002, p. 628.

54 - CE, 9 juillet 2003, Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne, note J. Moreau, JCP A., 2003, 1926, note D. Biaise ; AJDA 2003, p. 2264.

55 - CE 22 mars 1978, Groupement foncier agricole des cinq-ponts, Rec, T, p. 772; CE, 19 mai 2000, Cne de Cendre, Droit adm. 2000, n° 160.

56 - La loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte a prévu également que « lorsque ces représentants souhaitent exercer des fonctions entraînant la perception de rémunérations ou d'avantages particuliers, ils doivent y être autorisés par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés ; cette délibération fixe le mon¬tant maximum des rémunérations ou avantages susceptibles d'être perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient ».

l'exclusion de toute autre fonction dans la société, les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une société d'économie mixte locale ne sont pas considérés comme intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la SEML ». Néanmoins, la participation d'un élu administrateur d'une SEML reste interdite dans les commissions d'appel d'offres et d'attribution des délégations de service public de la collectivité lorsque la SEML est candidate à un marché ou à une délégation.

La reconnaissance d'un intérêt à l'affaire est bien souvent conjecturale, ces appréciations sont souvent délicates. Aussi, cette reconnaissance ne suffit pas pour annuler une délibération, le juge doit se pencher sur l'influence sur la délibération que la participation du conseiller pourrait avoir.

2. La notion de participation à la délibération

Le terme "délibération" a deux sens : il peut désigner le débat mais aussi la manifestation de volonté collective résultant de ce débat[57]. La question s'est alors posée de savoir s'il fallait interdire au conseiller reconnu comme intéressé la participation à la discussion, c'est-à-dire le droit de siéger lorsque l'affaire en cause était débattue ou s'il pouvait être autorisé à participer au débat, mais sans voter. En outre, un autre problème est venu se surajouter : fallait-il considérer le vote comme la manifestation de volonté ou rechercher si la participation du conseiller intéressé avait eu une influence effective, en amont, au moment du débat lui-même.
Pendant longtemps le Conseil d'Etat a hésité sur le sens exact à donner au terme délibération. Jusqu'aux années 60, il interdisait expressément la participation du conseiller intéressé au vote, mais pas à la séance et au débat. Mais, cette solution méconnaissait que la manifestation de volonté, qui constitue la délibération, ne découle pas toujours d'un vote formel et peut résulter de la seule discussion sur laquelle la seule présence du conseiller peut avoir de l'influence. Progressivement, le juge a adopté une lecture littérale de la loi : le seul fait de siéger, d'être présent étant constitutif de l'irrégularité[58]. Mais le rigorisme de cette jurisprudence a alors été critiqué, comme conduisant à de nombreuses difficultés pratiques et comme portant atteinte à la règle selon laquelle l'interdiction de participer à la délibération doit être d'interprétation stricte dans le respect du mandat local. Aujourd'hui, le juge adopte une

57 - G. Koubi distingue même trois significations de la délibération : la délibération-décision, la délibération-mesure préparatoire et la délibération-opinion, *in* La délibération manifestation de volonté dans le droit des collectivités locales, Petites Aff. 12 juin 1992, n°71, p. 4.

58 - CE 3 mai 1961, Cne de Saint-Rogatien, AJDA 1961, p. 432.

position médiane, témoignant de son souci de contrôler de façon pragmatique l'influence du conseiller intéressé. La simple participation matérielle à la délibération ne suffit plus pour que l'illégalité soit reconnue. Le juge administratif recherche l'influence effective de la participation sur la délibération. Il vérifie en fonction des circonstances de l'espèce si la participation du conseiller intéressé a été de nature à influencer la décision prise. Pour cela "il retient tantôt des critères purement arithmétiques, tantôt des appréciations plus qualitatives"[59]. Le Conseil d'Etat prend en considération les circonstances qui entourent cette délibération. Il est ainsi tenu compte de l'origine de la proposition, de l'activisme du conseiller "suspect" dans l'instruction du projet, dans la participation au débat. A ce titre, la Haute juridiction prend soin de relever que "le maire...a présidé la séance du conseil municipal, dont la délibération a été prise sur son rapport"[60] ou encore que "la délibération litigieuse a été prise à l'unanimité et la participation des deux conseillers n'a pas eu d'influence décisive sur cette délibération"[61]. Alors que la loi semble établir un principe simple, l'interdiction de la participation c'est-à-dire de la présence du conseiller reconnu comme intéressé, "le Conseil d'Etat le réfute pour lui préférer un raisonnement tout de subjectivité, de sentiments, d'impressions"[62]. Ce n'est donc que sur le fondement de la nature "active" de la participation du conseiller intéressé et non sur celui de la seule existence de celle-ci que le juge censure[63]. Ainsi, par exemple, le juge souligne qu'un adjoint, propriétaire de parcelles dont le classement était modifié qui a siégé à la délibération révisant le POS et participé à certaines réunions préparatoires, n'a pas pris une part active aux réunions préparatoires et qu'il a quitté la salle au moment du vote sur le projet de révision du plan, son influence n'est donc pas effective[64]. Or, cette interprétation pragmatique et raisonnable du juge s'avère en fait dans de nombreux cas "permissive" au nom d'un contrôle réaliste.

Enfin, l'exemple des conseillers municipaux intéressés est tout particulièrement instructif en ce qu'il conduit à des divergences d'appréciation entre le juge administratif et le juge pénal, soulignant ainsi le risque de discordance et la liaison entre les différentes prohibitions touchant au conflit d'intérêts mettant en cause des responsables locaux. Ainsi, la

59 - Concl. Gentot sur CE 23 avril 1971, Cne de Ris-Orangis, AJDA 1971, p. 654.

60 - CE 13 fév. 1987, Cne de Saint-Vivien-de-Monségur, req. n°70331.

61 - CE 19 fév. 1993, Cne de Névian, req. n° 90650.

62 - E. Peuchot, préc. p. 75.

63 - Dans cette espèce, le juge n'a pris en compte que la seule participation du conseiller, ce qui a pu faire croire qu'il entend revenir sur un contrôle plus strict (CE 23 sept. 1987, Ecorcheville, ACL, 1988, n°29, GRALE). Mais il semble que ce ne soit pas le cas, car il a depuis réaffirmé la nécessité d'une participation active (CE 17 fév. 1993, Desmons, Rec. p. 649).

64 - CE, 30 déc. 2002, Association Expression Village, note T. Célérier, JC Coll. Terr. 2003, n° 74.

chambre criminelle de la Cour de cassation estime que « la participation d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-14 »[65] c'est-à-dire au titre de la prise illégale d'intérêt. Peu importe, à la différence de ce qu'exige le juge administratif que la participation ait pu avoir une quelconque influence sur la décision adoptée. Le juge pénal admet même une participation à la délibération par personne interposée dans le cas d'une procuration donnée à un membre de l'organe délibérant[66].

Les hypothèses de conflit d'intérêts concernant les responsables locaux sont fort nombreuses et font l'objet d'une réglementation éclatée qui donne lieu à des interdictions tant civiles, administratives, pénales ou électorales qui souvent ne sont pas exclusives les unes des autres. La jurisprudence est par ailleurs pragmatique car il s'agit d'élus locaux. Certes, il n'y pas de « principe général de moralité administrative qui interdirait à tout représentant d'une collectivité de passer personnellement un contrat avec cette collectivité »[67] mais une recherche de déontologie de l'élu qui conduit à sanctionner tout particulièrement les conflits d'intérêts financiers. L'exigence de probité des administrateurs locaux a considérablement été renforcée par le juge pénal et la distinction entre un simple rapport d'intérêts autorisé et un conflit qui doit être évité ou puni n'est pas aisée. Les responsables locaux occupent de ce point de vue des fonctions à haut risque.

65 - Cass. crim. 19 mai 1999, Lombardière de Canson, bull. crim., n° 101; D. 1999, I.R., 171 ; cass. crim. 4 avril 2001, Y., bull. crim., n° 93, JCP 2001, IV, 2164 ; cass crim. 21 nov. 2001, Uregei, bull. crim, n° 243, JCP 2002, IV, 1134.

66 - 24 oct. 2001, Catroux, n° 00-86.681, Droit pénal, 2002, comm. 29, M. Véron ; 10 avril 2002, Mosconi, n° 01-84.286, bull. crim., n° 84, JCP 2002, IV, 2203.

67 - Concl. Chardeau sur CE 25 janv. 1957, Sté Cracco, Rec. p. 56.

DISPOSITIF DE PREVENTION DES CONFLITS D'INTERETS PAR L'INFORMATION EN DROIT DES SOCIETES

Alexis Constantin
Professeur à l'Université de Rennes 1
Centre de Droit des affaires, du Patrimoine et de la Responsabilité

Le thème qui nous est assigné est complexe et vaste, comme le sont d'ailleurs, par eux mêmes, chacun des termes qui le composent. Le constat est banal, mais incontestable, que nous sommes immergés dans une société au sein de laquelle l'information occupe une place considérable. Quant aux conflits d'intérêts, les questions qu'ils suscitent et les difficultés qu'ils engendrent en font aujourd'hui un sujet de première importance, qui n'a pourtant commencé à être compris et pensé en tant que tel, avec une vision d'ensemble, qu'assez récemment[1].

La réunion des deux termes ouvre un terrain d'étude assez vertigineux, qu'il n'est pas possible de prétendre ici explorer en totalité, ni même en profondeur. Puisqu'il convient dès lors de faire des choix, le parti a été pris de ne traiter que des conflits d'intérêts que connaissent, de manière interne, les sociétés, c'est-à-dire ceux qui concernent les relations entre les associés, ou entre les associés et les dirigeants. Et l'on abordera principalement la situation des sociétés anonymes.

On laissera donc de coté les mécanismes d'information et de prévention des conflits d'intérêts dans le cadre des opérations relatives aux titres d'une société admis aux négociations sur un marché réglementé[2]. On notera seulement que les règles du droit boursier édictent un certain nombre d'obligations d'information, à la charge des initiateurs d'opérations boursières (OPA, OPE...). Si ces obligations n'ont pas à l'origine toujours eu spécifiquement pour objet de lutter contre les risques de conflit d'intérêts, mais se donnaient surtout comme objectif une information satisfaisante du marché, une prise de conscience s'est très nettement opérée – dans l'esprit de l'autorité de régulation comme dans celui du législateur – qu'il fallait également appréhender l'information à la charge de l'initiateur, et l'examen de celle-ci par la COB hier, par l'AMF aujourd'hui, dans le sens d'une prévention plus efficace des risques de conflit d'intérêts, tout particulièrement lorsque l'initiateur

1 - V. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly éditions rééd. 2004. - P.-F. Cuif, Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, RTD com., 2005, p. 1 et s.

2 - F. Echard, Conflits d'intérêts et déontologie en droit boursier en France et en Grande-Bretagne, th. dactyl. Paris II, 1995.

est non pas un tiers à la société, mais un actionnaire disposant déjà de la majorité du capital, et occupant, par lui-même ou par les personnes de son choix, une fonction de direction, de telle sorte qu'il dispose de toutes les informations sur la situation patrimoniale et financière de la société[3]. On rappellera également l'existence de dispositions relatives à la prévention des délits et manquements d'initiés, lesquels traduisent fréquemment une situation de conflit d'intérêts[4].
Nous n'aborderons pas non plus les conflits d'intérêts susceptibles de naître à l'occasion des rapports qu'entretient une société avec ses commissaires aux comptes, cette question étant abordée par ailleurs dans le présent colloque[5].

Pas davantage n'étudierons-nous la prévention des conflits d'intérêts susceptibles de surgir à l'occasion des rapports qu'entretient une entreprise avec sa banque, par exemple lorsque l'établissement financier fournit son expertise et ses conseils pour la cession de cette entreprise et finance dans le même temps l'acquéreur potentiel de celle-ci[6], ou bien encore dans le cadre de l'activité des analystes financiers, dont les

3 - V. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, précit., not. n°155 et s. - On rappellera a cet égard que la loi de sécurité financière du 1er août 2003 a consacré, pour la première fois, l'obligation pour les sociétés qui font appel public à l'épargne de communiquer à l'AMF et de rendre publiques les transactions réalisées sur leurs titres par leur dirigeants sociaux et les personnes qui leurs sont liées (C. mon. fin., art. L. 621-18-2). On voit évidemment sans peine combien de telles transactions peuvent être porteuses de conflits d'intérêts. La loi « Breton » du 20 juillet 2005 a d'ailleurs modifié l'article L. 621-18-2 C. monét. fin., pour mettre directement à la charge des dirigeants et de leurs proches l'obligation de communication de leurs opérations sur titres à l'AMF, celle-ci se chargeant désormais de l'information du public. Les dirigeants et les autres personnes concernées devront communiquer simultanément à la société une copie des informations transmises à l'AMF. En outre, la loi nouvelle étend l'obligation de communication aux cadres dirigeants qui ne sont pas mandataires sociaux.

4 - Art. L. 465-1 et s. et art. L. 621-15 et s. C. monét. fin. De nouvelles obligations d'information ont été édictées récemment en ce domaine. Ainsi la loi du 20 juillet 2005, qui transpose partiellement la directive européenne 2003/6 du 28 janvier 2003 dite « abus de marché », fait-elle obligation aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement et aux membres des marchés réglementés d'informer l'AMF lorsqu'ils suspectent qu'une opération sur instruments financiers cotés constitue une opération d'initiés ou une manipulation de cours (C. mon. fin., art. L. 621-17-2 à L. 621-17-7 nouveaux). Par surcroît, la loi nouvelle impose aux sociétés dont les titres sont cotés et à leurs conseils de transmettre à l'AMF des listes de personnes ayant accès à des informations privilégiées (C. mon. fin., art. L. 621-18-4). Ainsi, tout émetteur dont les instruments financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé (ou pour lesquels une demande d'admission aux négociations sur un tel marché a été présenté) devra établir, mettre à jour et tenir à la disposition de l'AMF, dans les conditions fixées par son règlement général, une liste des personnes travaillant en son sein et ayant accès aux informations privilégiées concernant directement ou indirectement l'émetteur ainsi que des tiers ayant accès à ces informations dans le cadre de leurs relations professionnelles avec cet émetteur.

5 - V. *supra*, Ch.-H. Lebrun. - L'on se contentera de rappeler qu'afin précisément d'en prévenir l'augure, la loi du 1er août 2003 a principalement séparé les fonctions d'audit et de conseil par des mesures d'interdiction et d'incompatibilité. Et l'on ajoutera qu'en ce qui concerne l'information, l'article L. 820-3 C. com. oblige désormais le commissaire aux comptes à informer par écrit la personne ou l'entité dont il se propose de certifier les comptes, de son affiliation à un réseau, national ou international, qui n'a pas pour activité exclusive le contrôle légal des comptes et dont les membres ont un intérêt économique commun. Le texte ajoute que, le cas échéant, l'information porte également sur le montant global des honoraires perçus par ce réseau au titre des prestations qui ne sont pas directement liées à la mission du commissaire aux comptes, fournies par ce réseau à une personne ou entité contrôlée ou qui contrôle, au sens des I et II de l'article L. 233-3, la personne ou l'entité dont ledit commissaire aux comptes se propose de certifier les comptes. Ces informations, actualisées chaque année, sont intégrées aux documents mis à la disposition des actionnaires en application de l'article L. 225-108 et sont mises à la disposition des associés et actionnaires.

6 - V. H. De Vauplane, Responsabilité et information publiée par la société, *in* Information financière et responsabilité, Dir. H. Synvet, Rev. dr. banc. et fi. p. 459.

recommandations ou les conseils relatifs aux titres d'une société peuvent se révéler dictés par des considérations incompatibles avec l'indépendance et l'objectivité dont ils doivent faire preuve. Cette dernière question a été abordée par le Professeur Paclot[7].

Pour revenir donc au cœur de notre thème, la prévention des conflits d'intérêts par l'information, en droit des sociétés, nous rappellerons le célèbre aphorisme de Francis Bacon, selon lequel « savoir, c'est pouvoir ». Au travers de celui-ci, le philosophe anglais a voulu montrer au premier chef l'importance de la connaissance pour l'action. Mais il songeait également, ce faisant, au pouvoir exercé sur la nature, les choses et les êtres, c'est-à-dire à la faculté de maîtrise et de domination que procure le savoir. De fait, la connaissance (et son vecteur l'information) et le pouvoir, sont unis par des liens dont la réalité et l'ampleur ne sont plus à démontrer.
L'aphorisme de Bacon illustre à merveille la question du rôle de l'information dans la prévention des conflits d'intérêts, singulièrement en droit des sociétés. En effet, le conflit d'intérêts est dans la majorité des cas un problème de pouvoir, de détournement de pouvoir même[8]. Et l'information sur ce point, selon qu'elle est connue ou pas de ceux dont l'intérêt est la finalité de principe de ce pouvoir, va donc – ou au contraire ne va pas – permettre de restreindre cette utilisation illégitime du pouvoir.
Comme cela a été relevé justement, le traitement des conflits d'intérêts apparaît en effet comme la réponse juridique apportée au « risque d'agence » mis en évidence par l'analyse économique : tout titulaire d'un pouvoir, nommé agent, risque d'en abuser au détriment de celui qui le lui a confié, appelé principal, notamment en raison d'une asymétrie d'information entre l'agent et le principal[9]. Tel est exactement le cas en droit des sociétés. Le conflit d'intérêts y surgit lorsqu'une personne, associé ou dirigeant, titulaire d'un pouvoir dans la société – celui d'y imposer sa volonté – se trouve en situation de choisir entre la satisfaction de l'intérêt pour lequel ce pouvoir lui a été confié par la loi ou la collectivité – intérêt social et/ou intérêt commun des associés – et la satisfaction de son intérêt personnel opposé, qui peut être extérieur à la société, ou résulter de l'octroi, au sein de celle-ci, d'un avantage au préjudice de la société et/ou des autres associés.

La nécessité d'une prévention des conflits d'intérêts apparaît dans ces conditions comme une évidence. Le Professeur Schmidt, dans l'ouvrage

7 - V. *supra*.

8 - V. E. Gaillard, Le pouvoir en droit privé, Economica, 1985, spéc. n°60. – Ph. Didier, De la représentation en droit privé, préf. Y. Lequette, LGDJ 2000, spéc. n°106. – P.-F. Cuif, Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, RTD com., 2005, p. 1 et s., spéc., n°36 et s., même si, comme le montre cet auteur, le détournement de pouvoir n'épuise sans doute pas toutes les hypothèses de conflit d'intérêts que l'on peut rencontrer.

9 - P h. Didier, De la représentation en droit privé, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2000, spéc. 206. – P.-F. Cuif, Le conflit d'intérêts, n° 36.

majeur qu'il a écrit sur cette question, a montré que cette prévention se déroule en deux phases : la première vise à mettre au jour qu'il existe un conflit d'intérêts ; l'objet de la seconde est d'éviter que ce conflit dicte la réalisation d'opérations préjudiciable à l'intérêt social, ou à l'intérêt commun des associés[10]. Et l'auteur de préciser que la première phase constitue « un préalable indispensable ». Car pour traiter un conflit d'intérêts, il faut savoir qu'il existe. Il est donc essentiel que soit portée à la connaissance des organes sociaux l'existence, en la personne d'un associé ou d'un dirigeant, d'un intérêt personnel opposé à l'intérêt « légitime ». « La connaissance de l'existence du conflit doit permettre de contrecarrer l'action clandestine. La transparence dissipe le soupçon »[11].

Prévenir les conflits d'intérêts, c'est donc d'abord les révéler, ce qui ne peut se faire qu'au travers de mesures d'information adéquates, ayant pour objet l'existence du conflit et son impact sur la société et les actionnaires. L'objectif est que ceux-ci, ainsi avertis, puissent réagir en connaissance de cause pour accepter ou au contraire refuser l'avantage qu'un dirigeant ou un associé cherchent à obtenir. A cet égard, on se rappellera les mots très justes du doyen Savatier : « l'information n'est pas une fin en soi, elle est un moyen d'une action qu'elle doit éclairer »[12].

Le législateur a organisé, en droit des sociétés, un dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information, que le juge a du parfois préciser ou compléter. Ce dispositif, qu'il convient de présenter[13], est bâti principalement à partir de deux types de mesures. Les premières ont directement pour objet certaines situations de conflit d'intérêts (section I). Les secondes peuvent avoir pour effet de révéler de telles situations (section II).

SECTION I – Les mesures d'information ayant directement pour objet certaines situations de conflit d'intérêts

Deux situations potentielles de conflit d'intérêts sont fondamentalement visées. D'une part celle ayant trait à la rémunération (*lato sensu*) des dirigeants sociaux. D'autre part celle pouvant être générée par les conventions conclues entre les sociétés et leurs dirigeants ou certains de leurs associés.

10 - D. Schmidt, précit., n° 24, p. 36.

11 - *Ibid.*

12 - J. Savatier, Le fonctionnement des comités d'entreprise : quelques difficultés, Dr. Soc., 1982, p. 185. - V. égal. en ce sens, pour l'actionnaire, D. Schmidt, Les droits de la minorité dans la société anonyme, Sirey, 1970, n° 131, p. 92.

13 - L'analyse et la critique de ce dispositif, présentées lors du colloque, auraient du faire l'objet d'une seconde partie. Pour des raisons accidentelles, cette partie n'a finalement pu être développée dans le présent ouvrage. Une synthèse en est présentée à la fin de cette étude.

A - Les mesures d'information relatives aux rémunérations des dirigeants sociaux

Cette question reste l'une des plus sensibles qui soit, même si elle participe de moins en moins de l'ordre du tabou culturel. Depuis quelques années, certaines affaires financières révèlent des dysfonctionnements graves sur les modes d'attribution et les montants des rémunérations et autres « compensations » perçues par les dirigeants sociaux. Des protestations se font notamment entendre sur le déséquilibre entre ces rémunérations et les performances réelles de l'entreprise. Mais plus que tout, c'est le manque de transparence et l'absence de contrôle des actionnaires qui se trouve stigmatisés. Il est vrai que « le droit français n'a longtemps assuré en ce domaine qu'une transparence assez limitée, en contemplation des obligations d'information imposées aux dirigeants de sociétés relevant de certains systèmes juridiques étrangers, parfois érigés en modèles »[14]. Les choses ont évoluées depuis.

1. S'agissant des rémunérations et avantages versés en cours d'exercice

Sans doutes les actionnaires pouvaient-ils (et peuvent-ils toujours) obtenir communication du montant global, certifié exact par les commissaires aux comptes, des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées de la société[15]. Mais le dispositif restait, en terme de transparence assez grossier et largement insuffisant. C'est précisément contre cette insuffisance de transparence, source de conflit d'intérêts[16], que le législateur a entendu s'élever dans la loi sur les nouvelles régulations économiques[17].

La loi du 15 mai 2001 a prévu ainsi que le rapport du conseil d'administration à l'assemblée générale annuelle[18] doit rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social[19]. Le rapport doit également

14 - D. Bureau, La loi relative aux nouvelles régulations économique, Aspects de droit des sociétés, bull. Joly 2001, § 149, n° 40.

15 - Le nombre de ces personnes étant de 10 ou de 5, selon que l'effectif du personnel excède ou non deux cent salariés (C. com. art. L. 225-115-4°. – V. égal. Les informations devant figurer sur ce point dans l'annexe des comptes annuels, en vertu du droit comptable, D. 29 nov. 1983, art. 24-18.

16 - V. Rapport Besson, Doc. AN, n° 2327, t. I, p. 258, qui estime qu'une telle situation « entretient la suspicion sur la capacité des dirigeants à fixer leurs rémunérations de manière à rendre compatibles leurs intérêts personnels avec ceux des investisseurs ».

17 - D. Bureau, précit.

18 - L'on observera que ces obligations d'information qui s'imposent lors de la rédaction du rapport annuel, ne concernent que les sociétés par actions, exception faite des SAS qui n'entrent pas dans leur champ d'application (C. com. art. L. 227-1).

19 - C. com. art. L. 225-102-1. - Selon M. D. Bureau, la nature de l'obligation - rendre compte – dépasserait la simple indication du montant des rémunérations : elle offre la possibilité d'expliquer dans le rapport de gestion la politique même de détermination des rémunérations, précit., n° 43.

indiquer le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées ou de la société qui contrôle, au sens de l'article L. 233-6 du code de commerce (cadre des comptes consolidés) la société dans laquelle le mandat est exercé[20].
A la suite de diverses révélations médiatiques, mettant une fois de plus en cause le régime des rémunérations des dirigeants sociaux, le législateur s'est trouvé conduit à renforcer encore d'avantage les obligations d'information en ce domaine. C'est ainsi que l'article 9 de la loi « Breton » du 26 juillet 2005, est venu apporter plusieurs modifications sur ce point[21]. Désormais, le rapport annuel doit[22] décrire précisément les éléments fixes, variables et exceptionnels composant les rémunérations et avantages précités, ainsi que les critères en application desquels ils ont été calculés ou les circonstances en vertu desquelles ils ont été établis. Afin d'assurer l'efficacité de ce dispositif, deux types de sanctions et une mesure de contrôle ont été ajoutés au sein du nouvel article 225-102-1 du code de commerce. Tout d'abord, il est énoncé que « hormis les cas de bonne foi, les versements effectués et les engagements pris en méconnaissance des dispositions du présent alinéa peuvent être annulés ». Il s'agit donc d'une nullité facultative, dont il appartient au juge d'apprécier l'opportunité. Ensuite, si le rapport de gestion ne comporte pas l'ensemble des mentions requises par l'article L. 225-102-1, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration ou au directoire de communiquer ces informations[23]. Enfin, la loi du 26 juillet 2005 étend la mission des commissaires aux comptes, chargés d'attester spécialement l'exactitude et la sincérité des informations relatives à la rémunération et aux avantages accordés aux dirigeants, visées à l'article L. 225-102-1 du code de commerce[24].

Les destinataires de ces informations sont entendus de manière compréhensive. Il s'agira bien sur des actionnaires eux-mêmes, l'information leur étant transmise au cours de l'assemblée générale durant laquelle ce rapport sera présenté. Celui-ci devra en outre être envoyé, aux frais de la société, aux actionnaires qui en feraient la demande[25].

20 - Cf. art. L. 225-102-1 C. com. L'on sait que ce texte a été modifié par la loi de sécurité financière du 1er août 2003, pour répondre à la critique selon laquelle l'information prévue dans la loi NRE était « remontante » et non « descendante ». Autrement dit, les rémunérations versées par une société mère à un mandataire exerçant ses fonctions dans une filiale n'avaient pas à être mentionnées. La LSF a modifié ce point, de telle sorte que désormais doivent figurer dans le rapport les avantages et rémunérations perçues de la société contrôlante.

21 - V. C. Malecki, La loi Breton et les rémunérations des dirigeants sociaux : le long chemin vers la transparence, bull. Joly, 2005, § 263, p. 1194.

22 - C. com. Art. L. 225-102-1 modifié.

23 - C. com. art. L. 225-102 al. 3, sur renvoi de l'art. L. 225-102-1, al. 5 nouveau.

24 - C. com. art. L. 225-235, al. 3. Mais cette disposition a été abrogée par erreur par l'ordonnance du 8 septembre 2005, les articles L. 823-9 et s. C. com. ne la reprenant pas !

25 - C. com. art. L. 225-15, 2°.

Devant être déposée au greffe du tribunal de commerce[26], l'information qu'il révèle sera également accessible aux tiers. Elle devra enfin être communiquée au comité d'entreprise, s'il en existe un dans la société[27].

En revanche, la loi NRE avait exigé cette publicité des rémunérations aussi bien pour les mandats exercés dans les sociétés cotées que non cotées. La loi de sécurité financière du 1er août 2003 est venue restreindre le domaine de cette information, en décidant que celle-ci ne s'appliquait pas aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui ne sont pas contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé[28]. Pour ces sociétés, l'information passe donc seulement par les règles classiques.

En outre, venant compléter la loi de sécurité financière, qui avait laissé dans le champ de l'article L. 225-102-1 les filiales non cotées d'une société cotée, l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières soustrait dorénavant du domaine de la publicité devant figurer dans le rapport annuel, les rémunérations des dirigeants ne détenant aucun mandat dans une société cotée.

Enfin, cette même ordonnance a ajouté[29] aux informations relatives aux rémunérations, devant figurer dans le rapport précité, « l'attribution de titres de capital, de titres de créances ou de titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances de la société ou des sociétés mentionnées aux articles L. 228-13 et L. 228-93 du code de commerce » (c'est-à-dire soit les sociétés contrôlées majoritairement par l'émettrice, soit celles qui contrôlent majoritairement celle-ci). Cette extension met fin aux discussions qui, sur la base de l'ancien texte, s'interrogeaient sur la possibilité d'englober les stock-options. Elle répond ainsi aux souhaits, souvent exprimés, de plus grande transparence en la matière[30]. Mais on peut craindre ici une inflation d'obligations d'informations, puisque la transparence en ce domaine est en principe également assurée par ailleurs. En effet, s'agissant des stock-options, les actionnaires sont en principe mieux informés sur les options de souscription ou d'achat d'actions consenties ou levées, depuis la loi NRE[31]. Chaque année en effet, l'assemblée générale ordinaire – d'une société cotée ou non cotée – doit être informée, dans un

26 - D. 1967, art. 293, 1.

27 - C. trav. art. L. 432-4.

28 - C. com. art. L. 225-102-1 dern. al.

29 - C. com. art. L. 225-102-1 al. 1.

30 - V. not. V. Martineau-Bourgninaud, Le mythe de la transparence en droit des sociétés, Réflexions sur les stock-options accordés aux mandataires sociaux, D. 2004, chr. p. 862, spéc. n° 19.

31 - C. com. art. L. 225-184.

rapport spécial établi par le conseil d'administration, des plans d'options mis en œuvre. Ce rapport spécial devra rendre compte du nombre, des dates d'échéance et du prix des options de souscription ou d'achat d'actions qui, durant l'année et à raison des mandats et fonctions exercés dans la société, ont été consenties à chacun de ces mandataires sociaux par la société, ainsi que par celles qui lui sont liées dans les conditions prévues à l'article L. 225-180 du code de commerce et par celles qui sont contrôlées aux sens de l'article L. 233-16 du code de commerce. En outre, le rapport devra également rendre compte du nombre et du prix des actions souscrites ou achetées durant l'exercice par les mandataires sociaux de la société en levant une ou plusieurs des options détenues sur les sociétés visées. Visant donc aussi bien les options consenties que les options exercées, le texte apporte certains compléments aux dispositions jusqu'alors en vigueur, dont le plus manifeste n'est autre que l'indiscutable individualisation des renseignements fournis : en se référant explicitement aux options consenties à *chacun* des mandataires, le législateur introduit une véritable précision nominative des bénéficiaires, dissipant ainsi les hésitations antérieures.

2. S'agissant des jetons de présence

Les mêmes exigences de transparence inspirèrent d'autres propositions, relatives à la répartition des jetons de présence, afin que celle-ci ne soit pas seulement déterminée par le conseil d'administration[32], mais également que la délibération qui y est relative soit reproduite intégralement dans le procès-verbal de la réunion[33].

3. S'agissant enfin des primes d'arrivée (« golden hellos »[34]), des parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ ou avantages assimilés.

Jusqu'à présent, les informations fournies par les entreprises relativement aux indemnités d'arrivée, de départ et aux compléments de retraites perçus par certains dirigeants, se sont révélées particulièrement insuffisantes. Face aux critiques suscitées au cours des derniers mois par la révélation de telles pratiques jugées tout à la fois excessives et clandestines, le législateur a décidé d'intervenir et a choisi par la loi du 26 juillet 2005 d'une part de renforcer les obligations d'information relatives au régime de rémunération des dirigeants sociaux, et d'autre part de soumettre ces éléments de rémunération au régime des conventions

32 - Ce que la loi NRE est venue préciser dans l'article L. 225-45 C. com., dans une rédaction qui n'ajoute guère à celle de l'article 93 D. 1967 qui prévoyait déjà cela.

33 - Ce qu'aucun texte ne prévoit pour l'heure en dépit des volontés politiques exprimées en ce sens en leur temps.

34 - V. B. Roman, Les « *golden hellos* » : Nouvel Eldorado des dirigeants, JCP E, 2004, 925.

réglementées. Mais il n'a entendu appréhender, une fois encore, que les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, suivant ainsi un chemin déjà commencé d'être tracé, qui aboutit à consacrer – en *summa divisio* – la distinction des sociétés cotées et des sociétés non cotées.

S'agissant de la nouvelle obligation d'information, la loi prévoit que le rapport de gestion doit indiquer « les engagements de toute nature pris par la société au bénéfice de ses mandataires sociaux, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptible d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci » et préciser les modalités de détermination de ces engagements[35]. De façon identique aux rémunérations versées en cours de vie sociale[36], cette obligation peut se trouver sanctionnée par une nullité facultative, « hormis les cas de bonne foi », ou par une injonction sous astreinte. Et les commissaires aux comptes sont également invités à attester spécialement dans leur rapport l'exactitude et la sincérité de ces informations.

Par ailleurs, les articles L. 225-42-1 et L. 229-90-1 nouveaux du code de commerce soumettent désormais à la procédure des conventions réglementées les engagements pris, au sein seulement des SA dont les titres sont cotés, au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux, directeurs généraux délégués et membres du directoire par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle (au sens de l'article L. 233-16, II et III du code de commerce) et correspondant à « des éléments de rémunération, des contreparties financières ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci ». Sont donc notamment visés par cette nouvelle mesure les bonus de départ, les indemnités dues au titre des clauses de non concurrence et les complément de retraite. Les mêmes engagements pris en faveur de salariés nommés aux fonctions de direction énumérées ci-dessus et figurant dans leur contrat de travail sont également soumis à la procédure (articles L. 225-22-1 et L. 225-79-1 nouveaux du code de commerce).
Ce placement de certaines rémunérations des dirigeants sociaux sous l'empire de la procédure des conventions réglementées montre le rôle fondamental de cette dernière dans la prévention des conflits d'intérêts.

B - Les mesures d'information relatives aux conventions conclues entre les sociétés et leurs dirigeants ou certains de leurs associés

La réglementation de ces conventions repose directement sur une certaine méfiance à l'égard de situations ou l'intérêt personnel du

35 - C. com. art. L. 225-102-1, al. 3 nouveau.

36 - Et sur le fondement des mêmes textes, V. *supra*.

dirigeant risque de primer l'intérêt social ou l'intérêt commun des associés. La loi NRE du 15 mai 2001 a voulu renforcer le dispositif de contrôle de ces conventions, sans toutefois procéder à une refonte totale du dispositif existant. De sorte que n'a pas été modifiée la distinction antérieure entre les conventions purement et simplement interdites d'une part, les conventions libres d'autre part, et enfin les conventions qui doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, suivie d'une ratification expresse par l'assemblée générale Toutefois la loi nouvelle, dans le but de prévenir les conflits d'intérêts, est allée dans deux directions : elle a tout d'abord élargi le domaine des conventions réglementées ; elle a ensuite créé de nouvelles obligations en matière de conventions courantes. Bien évidemment, il n'est pas question d'examiner tout le régime de contrôle de ces conventions. L'on se concentrera sur les obligations d'information qu'il prévoit.

1. S'agissant des conventions courantes

Ce sont celles qui portent sur des opérations courantes (c'est-à-dire effectuées par la société d'une manière habituelle, dans le cadre de son activité) et lorsque ces opérations sont conclues à des conditions normales (c'est-à-dire les conditions habituelles dans lesquelles sont conclues des conventions semblables, au sein de la société ou dans son secteur d'activité) (articles L. 225-39 et L. 225-87 du code de commerce).

Aux termes de l'alinéa 1er de l'article L. 225-39 du code de commerce, « les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales » ne sont pas soumises au dispositif prévu par l'article L. 225-38. La loi NRE a cependant prévu qu'elles doivent être communiquées par l'intéressé au président du conseil d'administration. La liste et l'objet desdites conventions sont ensuite communiqués par le président aux membres du conseil d'administration et aux commissaires aux comptes. L'information bénéficie également aux actionnaires. En effet, l'article L. 225-115 du code de commerce prévoit que la liste et l'objet des conventions « courantes » figurent parmi les documents pour lesquels les actionnaires ont un droit de communication à compter de la convocation de l'assemblée générale. La loi de sécurité financière est enfin venue limiter le domaine de cette obligation d'information en excluant les conventions qui, en raison de leur objet ou de leurs implications ne sont significatives pour aucune des parties (article L. 225-39 du code de commerce).
Au total, l'on voit que c'est donc sur le cocontractant de la société que pèse la première obligation d'information. C'est lui qui devra apprécier le caractère significatif ou non de l'objet et des conséquences financières de la convention pour lui-même, mais aussi pour la société. Quant

au président, il a une obligation de communication qui ne porte pas sur les conventions elles-mêmes mais sur « l'objet et la liste » desdites conventions. Cette information doit être transmise aux membres du conseil et aux commissaires aux comptes au plus tard le jour du conseil arrêtant les comptes de l'exercice écoulé. Le président doit vérifier lors de l'établissement de cette liste que les conventions qui lui sont communiquées ne sont pas des conventions réglementées qui auraient du être autorisées par le conseil. Le commissaire aux comptes reçoit la liste des conventions courantes avec mention de leur objet. Il n'a pas l'obligation de faire un rapport sur cette liste. Cela étant, cette communication lui impose de nouvelles obligations : s'assurer que le président à satisfait à son obligation de communication et s'efforcer de repérer les conventions mal classées. Quant au droit de communication des actionnaires, il devrait permettre à ceux-ci de poser des questions lors de l'assemblée générale. Et éventuellement de diligenter une expertise de gestion.

2. S'agissant des conventions réglementées

Il s'agit de toute convention qui, ne pouvant être considérée comme libre ou interdite (v. *supra*), intervient directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un des membres du directoire ou du conseil de surveillance, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3[37].
Le régime des conventions réglementées s'étend aux conventions auxquelles ces mêmes personnes sont indirectement intéressées, ainsi qu'aux conventions conclues entre la société et une entreprise si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués, l'un des administrateurs de la société ou l'un des membres du directoire ou du conseil de surveillance est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de l'entreprise.

On n'entrera pas dans le détail de la procédure, qui repose finalement moins sur un dispositif d'information, que sur un dispositif d'autorisation[38]. L'on se bornera à rappeler que les articles L. 225-38 et s. et L. 225-40 et suivants du code de commerce prévoient une procédure en cinq étapes

37 - C. com., art. L. 225-38, al. 1 et L. 225-86, al. 1.

38 - On notera au passage que doit être indiqué dans le rapport de gestion l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun des mandataires durant l'exercice, même s'il s'agit d'une société étrangère. Si cette obligation d'information est essentiellement un moyen de vérifier l'application des dispositions relatives au cumul de mandats, elle permet aussi de révéler les situations de conflit d'intérêts virtuelles, et notamment d'optimiser le dispositif de contrôle des conventions réglementées.

(1° information du conseil d'administration (ou de surveillance) par l'intéressé, 2° soumission de la convention à l'autorisation préalable du conseil, 3° émission par le président du conseil d'un avis sur les conventions autorisées, adressé au commissaire aux comptes, 4° présentation à l'assemblée générale, par le commissaire aux comptes, d'un rapport spécial sur les conventions autorisée, 5° délibération de l'assemblée sur ces conventions, après audition du rapport spécial du commissaire aux comptes. L'intéressé, qui n'est pas pris en compte pour le quorum et la majorité, ne prend pas part au vote (articles L. 225-40, al. 2, 3 et 4 et L. 225 88, al. 2, 3 et 4 du code de commerce), dont le non respect peut entraîner certaines sanctions. Ainsi l'absence d'information du conseil par la personne intéressée, et de soumission de la convention à l'autorisation préalable audit conseil, peut entraîner la nullité de la convention, dans les trois ans à compter de la date de sa conclusion (sauf dissimulation, qui reporte le délai jusqu'à sa révélation), mais seulement si elle a eu des conséquences dommageables pour la société[39], sauf régularisation par un vote de l'assemblée, sur rapport spécial du commissaire aux comptes expliquant les raisons de cette irrégularité (al. 3). L'intéressé peut par ailleurs engager sa responsabilité.

Section II – Les mesures d'information pouvant avoir pour effet de révéler des situations de conflit d'intérêts

Ces mesures sont multiples, et il serait bien fastidieux d'énumérer toutes celles qui peuvent avoir un tel effet. Ainsi est-il bien clair, par exemple, que les dispositions légales et réglementaires qui obligent à mettre au jour les liens de capital entre différentes sociétés contribuent à révéler des situations de conflit d'intérêts. Parce qu'elles permettent la détection de l'intérêt personnel, elles en constituent même un préalable indispensable[40]. De même, est-il incontestable que tous les moyens d'investigation (donc de quête de l'information) mis à la disposition des actionnaires minoritaires peuvent également avoir pour effet – si ce n'est parfois pour but, même si ce n'est pas nécessairement la finalité directe qui leur est assignée par la loi – de révéler des situations de conflit d'intérêt. L'on songe de la sorte aux possibilités offertes aux actionnaires de poser des questions écrites, de déposer des projets de résolution afin de provoquer un débat en assemblée sur telle ou telle question litigieuse, ou encore de diligenter des mesures judiciaires telles que la désignation d'un contrôleur ou d'un observateur de gestion, ou même d'une expert de gestion[41]. Enfin, on ne peut passer sous

39 - C. com., art. L. 225-42, al. 1 et 2 et L. 225-90, al. 1 et 2.

40 - V. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, précit., p. 65 et s., n° 54, qui analyse de manière approfondie ces dispositions légales et réglementaires.

41 - V. sur toutes ces mesures, et leur contribution à la révélation éventuelle de conflits d'intérêts, D. Schmidt, précit. p. 79 et s. n° 70 et s.

silence le rôle des commissaires aux comptes à cet égard, qui doivent s'assurer à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, que l'égalité entre les actionnaires, les associés ou les membres des organes sociaux, a été respectée[42], ce qui implique une vigilance toute particulière de ces professionnels à l'égard des situations de conflit d'intérêts, porteuses par nature de telles ruptures d'égalité.

Mais parmi toutes les mesures auxquels on peut songer ici, parce qu'elles sont de nature à pouvoir révéler une situation de conflit d'intérêts en droit des sociétés, il en existe néanmoins deux qui nous paraissent particulièrement importantes. Il s'agit tout d'abord du rapport du président sur le fonctionnement du conseil et les procédures de contrôle interne. Ensuite du droit d'information des administrateurs.

A - Le rapport du président sur le fonctionnement du conseil et les procédures de contrôle interne

Complétés par la loi de sécurité financière du 1er août 2003, les articles L. 225-37, al. 6 et L. 225-68, al. 7 du code de commerce imposent respectivement au président du conseil d'administration et au président du directoire des sociétés anonymes (seulement celles qui sont cotées, depuis la loi Breton) de fournir aux actionnaires une information, à produire dans un rapport joint au rapport annuel, sur les « conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que sur les procédures de contrôle interne mises en place par la société ». Le commissaire aux comptes présente ensuite ses observations sur ce rapport[43].

La loi n'est cependant pas très claire sur le contenu exact de ce rapport. *De lege lata*, il n'est pas sur qu'elle impose des mesures concrètes et efficaces pour lutter contre les conflits d'intérêts. Mais *de lege ferenda*, et comme a pu le faire très justement observer le Professeur Schmidt, ce texte pourrait apporter beaucoup à la mise en œuvre de l'obligation de révélation des situations de conflit d'intérêts. En effet, selon cet auteur, « les travaux du conseil doivent être organisés de telle façon que les délibérations soient prises dans l'intérêt de la société et non dans l'intérêt personnel d'un administrateur ou d'un actionnaire influent. Les conditions d'organisation des travaux du conseil devraient donc prévoir que l'administrateur en situation de conflit d'intérêts est tenu d'en informer le conseil, qu'il doit s'abstenir de participer à la délibération et que les autres administrateurs doivent se prononcer de manière éclairée sur la décision susceptible d'avantager l'un de leur pair »[44].

42 - C. com. art. L. 823-11.

43 - C. com. art. L. 225-235.

44 - D. Schmidt, précit., n° 44, p. 58.

Et M. Schmidt d'en déduire, avec la conviction qu'on lui connaît, qu'afin d'assurer cet objectif, « les procédures de contrôle interne devraient donc porter sur la prévention, la détection et le traitement des conflits d'intérêts. Elles devraient, pour être efficaces, révéler si des actes sont accomplis pour favoriser des intérêts personnels. Dès lors, le rapport sur l'organisation des travaux du conseil présenté à l'assemblée général des actionnaires devrait explicitement mentionner les déclarations de conflits d'intérêts faites au conseil ainsi que l'abstention des administrateurs intéressés de participer aux délibérations concernant leurs intérêts. Il est normal et nécessaire que l'assemblée général, qui accorde sa confiance aux personnes qu'elle nomme aux fonctions d'administrateur, sache si ces personnes rencontrent des conflits d'intérêts qui les empêchent d'exercer leur mission dans l'intérêt de la société, et il est encore plus indispensable que l'assemblée générale sache que ces personnes n'ont pas participé aux délibérations sur les questions affectant leurs intérêts personnels »[45].

B - Le droit d'information des administrateurs

Afin d'exercer au mieux leurs fonctions, et prendre des décisions éclairées, les administrateurs jouissent d'un droit à l'information[46]. La jurisprudence a montré le chemin en ce domaine, en reconnaissant aux administrateurs un droit d'être informés des affaire sociales[47], préalablement à la tenue du conseil[48]. Ce droit a par la suite été consacré par le législateur, à l'article L. 225-35, al. 3 du code de commerce, avec quelques évolutions cependant.

En effet, en sa rédaction issue de la loi NRE, ce texte disposait que « chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires » a l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer « tous les documents qu'il estime nécessaire ». Craignant semble-t-il que ces dispositions très larges n'incitent les administrateur à demander des documents n'ayant aucun rapport avec l'ordre du jour du conseil, la loi de sécurité financière a modifié l'alinéa 3 de l'article L. 225-35, pour en préciser – et en fait en restreindre – la portée. Ainsi, désormais, le président ou le directeur général de la société est-il « tenu de communiquer

45 - *Ibid.*

46 - V. R. Baillod, Le droit d'information des administrateurs, RTD com., 1990, 1. – J.P. Bouère, L'information des administrateurs, JCP E, 1993, I, 190. – R.-M. Borges, Le droit d'information individuel des administrateurs de société anonyme, bull. Joly 1997, p. 843, § 309. Th. Léobon, L'information du conseil d'administration, Gestion et responsabilités, bull. Joly Sociétés 2006, § 31, p. 168.

47 - Cass. com. 2 juillet 1985, *Cointreau*, bull. civ., IV, n° 203 ; D. 1986, 351, note Loussouarn ; D. 1987, somm. 32, obs. Bousquet ; Rev. Sociétés 1986, 231, note P. Le Cannu ; JCP E, p. 14758, note A. Viandier – Cass. com. 24 avril 1990, bull. civ. IV, n° 125 ; Rev. sociétés 1991, p. 347, note P. Didier ; JCP E 1991, II, 122, note Jeantin ; Defrénois 1991, 617, obs. J. Honorat ; bull. Joly 1990, p. 532.

48 - Cass. com. 8 oct. 2002, JCP E 2003, 317, note A. Viandier ; Dr. Sociétés 2003, n° 36, note H. Hovasse ; bull. Joly 2003, 353, note Vidal ; RTD com., 2003, 327, obs. Chazal et Reinhard.

à chaque administrateur » tous les documents et informations « nécessaires à l'accomplissement de sa mission ». Comme on a pu le faire observer justement « cette disposition, introduite par amendement en cours de la discussion parlementaire, met l'accent sur l'initiative du président et sur le lien que le législateur a entendu introduire entre les informations données à l'administrateur et les dossiers qu'il doit examiner, et donc les questions qu'il devra trancher au cours de la séance du conseil »[49].

Par ailleurs, il appartient bien au président lui-même de s'assurer de la bonne information des administrateurs, puisqu'en vertu de l'article L. 225-51 il est censé veiller « au bon fonctionnement des organes de la société » et s'assurer « que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission ».

Il nous paraît indubitable que le droit d'information des administrateurs devrait contribuer de manière majeure – même si ce n'est pas là son objet exclusif non plus que principal - à la révélation des situations de conflit d'intérêts en droit des sociétés. Il n'est pas sur, néanmoins, que la réécriture de l'article L. 225-35 par la loi LSF favorise véritablement cette orientation.

Conclusion critique

Au terme de cette présentation, quel regard porter sur la prévention des conflits d'intérêts par l'information, en droit des sociétés ?
Le regard d'un juriste qui n'aurait pas encore perdu ses illusions, pour ne pas dire ses idéaux, ne pourrait qu'être mouillé de larmes. Pour lui le meilleur des mondes du droit est celui dans lequel un dispositif normatif se doit d'être tout à la fois adapté et fluide, insusceptible de conduire à une dérive bureaucratique et paperassière, économe de ses moyens comme de ceux des personnes auxquels il doit s'appliquer, en mesure d'assurer la sécurité juridique de ces derniers, et tout de même efficace, c'est-à-dire apte à réaliser le but que le législateur lui a fixé.
A cette aune, le dispositif examiné ne peut qu'être décevant. Construit par à-coups successifs, sous la pression des évènements et des intérêts du moment, tous les reproches peuvent lui être fait. Très éloigné de l'idée de « régulation », en vogue actuellement, il est par beaucoup jugé irréaliste et lourd, juridiquement peu sûr et économiquement coûteux. Il aboutit, notamment dans les grandes sociétés ou les grands groupes, à ensevelir les organes sociaux et les commissaires aux comptes sous une avalanche d'informations, de laquelle la transparence, paradoxalement, ne semble pas ressortir grandie. Surtout, il en vient à susciter davantage de questions, importantes, qu'il n'apporte de réponses satisfaisantes.
Quelques témoignages pris au hasard :

49 - J.-P. Valuet et A. Lienhard, Code des sociétés, Dalloz, 2006, comm. sous art. L. 225-35.

Le problème, par exemple, de la détermination du périmètre du dispositif de contrôle des conventions réglementées, et même des rémunérations, dans les groupes de sociétés (jusqu'ou remonter dans la chaîne de contrôle notamment ?). Les textes sont flous et s'articulent mal entre eux, quant ils ne procèdent pas de choix incompréhensibles (ainsi pour l'appréciation de la notion de contrôle, lorsque le législateur renvoie sans raison apparente et sans cohérence, tantôt à la définition posée par l'article 233-3 du code de commerce, tantôt à celle prévue par l'article L. 233-16 relatif aux comptes consolidés)[50].

Celui, encore, du sens qu'il convient de donner aux termes « la liste et l'objet », s'agissant des conventions libres (article L. 225-39 du code de commerce). Est-il exigé que les conditions principales des conventions soient mentionnées sur la liste (prestations, prix, au sens d'objet des obligations des parties), ou bien cela signifie-t-il que ce qui est exigé est l'objet de la convention, c'est-à-dire ce sur quoi elle porte (activités ou biens) ? L'efficacité du contrôle des conflits d'intérêts ne sera pas la même, selon l'interprétation retenue. D'autant que, dans la seconde interprétation, les commissaires aux comptes ne seront à l'évidence pas en mesure de relever si les conditions financières de la convention sont ou non manifestement anormales.

Dernier exemple, s'agissant également des conventions libres. Il ne sera certainement pas aisé de faire application de la formule imaginée par le législateur. Tous les paramètres d'application du texte sont incertains : le caractère « courant » et les « conditions normales » des conventions, leur « objet », et leurs « implications », leur caractère « significatif », pour « au moins l'une des parties ». Imaginer qu'un assemblage approximatif de plusieurs critères flous peut déboucher sur l'édiction d'un texte clair et précis relève de la pensée magique.

Sous l'angle de son efficacité, le dispositif ne mérite pas davantage de bienveillance. Pour être efficace, il faudrait qu'il contribue réellement à prévenir les conflits d'intérêts (en empêchant les tentations), et à en révéler la création, l'existence et la nocivité. Le dispositif peut-il actuellement espérer couvrir tout le champ des conflits d'intérêts possibles, qui peuvent affecter la plupart des actes d'un dirigeant social ou des votes d'un associé ? Nullement, et c'est en cela que la réforme (les réforme successives plutôt) est jugée la plus contestable.

Est ainsi sujet à critique, par exemple, le relèvement à 10 % du seuil de détention d'actions, au-delà duquel un actionnaire se trouve visé par la réglementation des conventions réglementées, et plus largement l'absence de distinction faite entre les sociétés cotées, où le seuil à toutes les chances de se révéler trop élevé, et les sociétés non cotées, ou il ne saurait le plus souvent induire une quelconque influence sur les décisions sociales. De même certains ont-ils pu estimer, non sans quelques raisons, que la sortie de la liste

50 - V. l'analyse approfondie de J.-Ph. Dom, Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, Rev. Sociétés 2002, p. 1 et s.

des conventions contrôlées, de celles qui sont non significatives, constitue une régression dans la lutte contre les conflits d'intérêts. Mais il est vrai que ce sentiment n'est pas partagé par tous. D'une manière générale, on a comparé le domaine des conventions réglementées à un lit de Procuste, tantôt trop large, tantôt trop étroit, toujours impuissant à appréhender convenablement les conflits d'intérêts susceptibles de surgir dans la vie des sociétés. Le risque est grand d'une absence de concordance entre le champ des conventions réglementées et celui des situations de conflit d'intérêts.

Le problème de l'efficacité du dispositif pose également la question de la sanction des obligations d'information. Or de ce point de vue les choses laissent également à désirer. Ainsi, s'agissant de l'information sur les rémunérations des dirigeants, aucune sanction spécifique n'est-elle prévue par la loi en cas d'absence ou d'erreur dans l'information communiquée. En effet, ce qui est sanctionné c'est l'absence d'établissement du rapport, non un rapport incomplet[51]. De même ne se trouve aucunement sanctionné le défaut de communication des conventions courantes significatives.

Inutile de poursuivre dans cet inventaire des défauts du système, le cadre limité de cette étude ne le permettrait d'ailleurs pas[52]. Faut-il dès lors abattre tout le dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information pour le reconstruire sur d'autres bases, voire avec d'autres objectifs ? Nous ne le pensons pas, en dépit des voix qui, parfois, s'élèvent en ce sens[53]. En revanche il doit être incontestablement perfectionné et amélioré, si tant est cependant que cela soit possible à méthode législative constante, c'est-à-dire en l'absence d'un changement dans la manière qu'a le législateur de faire aujourd'hui les lois (toutes les lois d'ailleurs, et pas seulement celles qui intéressent le droit des sociétés). Car ce qui manque finalement dans ce dispositif tatillon et technique – comme d'ailleurs dans le reste de la réglementation actuelle en matière de sociétés – c'est une vue d'ensemble, du souffle, de la hauteur de vue ; essentiellement donc des principes généraux[54] desquels il serait possible, notamment pour le juge, de déduire des règles concrètes et des solutions positives (des responsabilités même), singulièrement dans tous les cas où la loi ou le règlement sont incomplets ou obscurs.

---

51 - V. en ce sens, Communiqué CNCC du 11 octobre 2005, BCF 11/05, p. 25 ; BRDA 1/06, p. 4, n° 5. - La sanction civile est la nullité, C. com. art. L. 225-100 et L. 225-121 ; une sanction pénale prévoit six mois de prison et 9000 euros d'amende, C. com. art. L. 242-10.

52 - V. On consultera avec profit, parmi une bibliographie importante : B. Raynaud, La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions, JCP E, 2003, 354. – C. Malecki, Les retouches apportées au régime des conventions par le projet de loi de sécurité financière, D. 2003, chr., p. 1350 et du même auteur : Prévenir ou guérir ? Remarques sur les propositions des rapports AFEP/ANSA/MEDEF et CCIP relatives à la prévention des conflits d'intérêts, D. 2004, chr., p. 43.

53 - V. P. Salin et M. Laine, Le mythe de la transparence imposée, JCP E 2003, 1586 ; A propos du régime des conventions réglementées et des conventions courantes, V. D. Schmidt, note sous CA Paris 17 cot. 2003, bull. Joly 2004, § 35.

54 - Par exemple l'obligation générale faite à tout dirigeant, administrateur ou associé de révéler aux organes sociaux tout conflit d'intérêts susceptible de le concerner.

LA DEONTOLOGIE ET LES CONFLITS D'INTERETS : UN POINT DE VUE LIBRE D'ANCIEN DEONTOLOGUE

Benoît Gourisse
Responsable du Département juridique
Caisse d'Epargne de Bretagne

A titre liminaire, une requête : que le lecteur veuille accepter le ton parfois ironique, souvent détaché de cet article dont l'ambition n'est pas de faire avancer la recherche en matière juridique mais simplement d'éclairer la vie mouvementée des déontologues de banque d'investissement chargés de prévenir, voire de guérir, les risques générés par les conflits d'intérêts.

Jamais l'économie occidentale n'a semblé autant reposer sur des indicateurs de marché : confiance des investisseurs, des consommateurs, des entreprises, cours des devises, des matières premières (le pétrole bien sûr, mais aussi l'acier), statistiques d'import export, taux d'intérêts. Pas une journée ne se passe sans qu'un indice, qu'une donnée chiffrée n'émane d'un organisme public ou privé, américain ou européen, pour donner un sens à l'opinion incertaine des investisseurs.

Jamais pourtant les autorités n'ont autant semblé attacher d'importance à ce que l'éthique, la déontologie, la morale, termes non exactement synonymes mais indistinctement utilisés en matière financière, deviennent des références pour tous les intervenants, et particulièrement pour les établissements de crédit.

Comme si à l'aune d'un vingt et unième siècle débuté bien tristement et incertain sur le plan géopolitique, l'on voulait faire croire que les marchés et, partant, l'économie globale étaient mus par l'éthique ... Curieuse croyance.

Certes, l'éthique doit être de mise pour éviter certaines dérives. Bien sûr les banques, plus que tout autre intervenant, sont au cœur de ce débat car contrairement aux autres entreprises industrielles et commerciales, elles initient quotidiennement des opérations dépassant très largement leurs fonds propres et justifiant l'application d'une réglementation aussi rigoureuse qu'abondante. Mais ce constat est aussi vieux que le métier de banquier.

La question de la gestion des conflits d'intérêts est quant à elle bien plus récente, et jusqu'à il y a encore cinq ans rarement évoquée. Il fallait sans doute, pour prendre la mesure du risque, que des « accidents majeurs »

surviennent : Enron, World Com. Et le débat de repartir de plus belle avec les travaux du Comité de Bâle et la définition de la fonction de Conformité.

La déontologie doit exister, être organisée et avoir des choses à dire. C'est sur ce troisième point qu'il faut insister, car exister sans avoir de message clair et fort reviendrait pour la déontologie à n'être que vacuité.

La Déontologie suppose donc un vrai discours, la définition d'une doctrine portant fort et clair les valeurs de l'établissement, sa tradition. Elle suppose également le contrôle de l'application de cette doctrine. Ce sera notre premier développement, cantonné naturellement aux conflits d'intérêts.

Mais la déontologie trouve aussi naturellement ses limites, qui sont celles d'une indépendance aux allures de mythe, et du respect de l'intérêt supérieur de la Banque : tel sera l'objet de notre second développement.

Section I - Détecter les sources et prévenir l'expression des conflits d'intérêts

Détecter les sources potentielles de conflits d'intérêts impose de définir au préalable la notion même de conflit d'intérêts. Or, contrairement à ce qu'une appréhension trop rapide du sujet pourrait laisser penser, cette notion ne recouvre pas une, mais trois catégories de situations.

La première est la plus évidente, celle qui vient immédiatement à l'esprit : le conflit entre l'intérêt du client et celui du banquier. Dès l'instant où la banque exerce des activités pour compte propre et des activités pour compte de tiers, elle se trouve potentiellement en situation de conflits d'intérêts. Elle se doit d'agir au mieux des intérêts du client, mais ne peut oublier l'affirmation de son propre intérêt.

La deuxième tient au conflit pouvant exister entre deux intérêts contraires de clients, par exemple lorsque deux clients sont parties à la même transaction mais en sens opposé, ou lorsqu'ils sont concurrents pour l'acquisition d'une même cible.

La troisième est celle de deux intérêts contraires du banquier. Celle-ci est la moins évidente, mais en pratique probablement la plus dangereuse pour le banquier, car il faut alors faire prévaloir en interne un intérêt sur l'autre, sachant que l'intérêt qui primera peut lui-même aller à l'encontre de celui d'un client. C'est une catégorie de conflits qui nécessite donc, d'une part, de remonter à la source interne, d'autre part

de détecter les éléments tiers pouvant être influencés par le choix qui sera fait.

Forts de cette triple définition, tâchons désormais d'identifier des sources pratiques de conflits d'intérêts, avant de dégager des moyens de prévention adéquats.

A - Les sources potentielles de conflits d'intérêts

Vieux métier que celui de banquier, présent chez les notables égyptiens et les affairistes phéniciens ... mais que de nouvelles expressions il inspire dès lors que l'on parle des établissements pouvant exercer l'ensemble des services bancaires et financiers : banque de plein exercice, banque universelle, banque multi capacitaire.

Derrière ces expressions peu élégantes, une vérité se fait jour : la diversité des métiers conduit à une multiplication des sources de conflits d'intérêts, eux aussi tout aussi divers.

Et dresser une rapide liste des conflits d'intérêts potentiels revient à écrire un inventaire à la Prévert, toute poésie mise à part, les marchés financiers ne pouvant guère s'attarder sur quelque chose d'aussi futile que l'art poétique ...

Tentons donc de dresser cette liste :

- activités pour compte propre (*trading*, arbitrage) et pour compte de tiers (*brokerage*) : terrible situation quand les interventions pour compte propre sur actions ou dérivés sur actions créent un déséquilibre de marché, et par conséquent un risque de marché pour les clients des activités pour compte de tiers ;

- activités dites de « *corporate* » (conseils en structuration du capital, opérations dites de haut de bilan telles que fusions ou acquisitions), et analyse financière : cet enjeu est saillant dans les médias depuis trois ans et la querelle entre LVMH et Morgan Stanley ;

- placeur sur les marchés primaires de titres de capital (Océane, dérivés sur actions) et intermédiaire sur le marché secondaire des actions : c'est le sempiternel problème de la gestion des informations privilégiées du banquier placeur au regard du devoir de conseil du banquier intermédiaire ;

- actionnaire et prêteur : information privilégiée, soutien abusif, rupture abusive de crédit ... que de risques cumulés pour une situation

aussi banale en pratique que celle du banquier qui prend une participation dans un émetteur, entre à son conseil d'administration, et lui prête ses concours financiers ;

- créateur de produits dérivés et contrepartie sur ces mêmes produits, ou comment apprécier la couverture apportée à un client par un produit dérivé quand celui-ci sert aussi à transférer un risque à l'origine assumé par le banquier sur son client. Telle est la question suscitée par le développement des dérivés de crédit ;

- l'activité « warrants financiers » et la multiplicité des casquettes du banquier : émetteur, intermédiaire teneur de marché, contrepartie.

Peu de recherches seraient nécessaires pour trouver bien d'autres sources de conflits d'intérêts et justifier l'emploi d'armées rangées de déontologues chargés de les circonscrire, de les enfermer, de les « enbocaliser », pour reprendre l'expression chère aux hommes de marchés financiers. Et aucune de ces armées ne parviendrait à une réelle exhaustivité ... n'oublions pas qu'il existe cinquante manière de rater un crime parfait et que le criminel qui en prévoit vingt-cinq est un génie ...

Or le génie n'est pas une condition pour accéder à la fonction de déontologue et se contenter des quelques exemples énumérés ci-dessus, qui subviennent largement aux ripailles intellectuelles des déontologues et les obligent à rédiger chartes et procédures en tous genres aux fins d'éviter, non pas que ces conflits existent, mais que les intervenants les ignorent, car le meilleur moyen pour éviter qu'un opérationnel réalise un risque lié à un conflit d'intérêts, c'est encore qu'il ignore l'existence dudit conflit d'intérêts. Savoir soi-même et assurer l'ignorance des autres : voilà une bien belle profession de foi pour les déontologues.

B - La prévention par la déontologie

Savoir suppose de connaître les conséquences possibles d'un risque. La prévention des conflits d'intérêts passe donc par une bonne maîtrise du risque juridique et par la définition rigoureuse des principes déontologiques de l'établissement notamment au regard du droit. Derrière cette affirmation d'apparence simple se dissimulent de nombreux enjeux, y compris politiques.

Car l'appréciation du risque purement juridique paraît simple : le droit ne se négocie pas et lorsque le risque juridique est flagrant, notamment en termes d'engagement d'une éventuelle responsabilité pénale, l'établissement doit s'y conformer. La pratique n'est pas si claire car la souplesse doit être de mise ... la formule peut choquer, mais il est évident

que tout juriste de banque doit par moments négocier l'application du droit, pour deux raisons essentielles : lorsque le risque juridique ne va pas au-delà d'une simple responsabilité civile, il ne doit pas freiner l'activité économique de l'entreprise ; même s'il a un coût, le risque juridique ne sera jamais que le quatrième risque, en termes d'enjeux financiers, à gérer par un établissement de crédit, derrière le risque de crédit (ou de contrepartie), le risque de marché et le risque opérationnel.

L'appréciation du risque déontologique est quant à elle bien plus ardue, et à l'origine de querelles latentes entre juristes et déontologues, les premiers reprochant aux seconds de faire du droit sans le dire, et les seconds reprochant aux premiers une rigidité d'esprit qui les éloigne de la réalité opérationnelle.

Il serait pourtant si facile de définir le rôle du déontologue par rapport au juriste : lorsque le droit ne permet pas de répondre à une question, c'est la morale de l'établissement qui est en jeu, et derrière cette morale le risque que l'image de l'établissement pâtisse d'un comportement pourtant non forcément répréhensible en droit.

Par exemple, être intermédiaire dans la vente de cent tonnes d'amiante en sachant qu'elles serviront à la construction d'écoles au Brésil n'est en rien illégal puisque la loi brésilienne n'interdit nullement la construction d'édifices publics ou privés avec utilisation d'amiante. C'est ici qu'intervient la déontologie de l'établissement et la gestion d'un risque d'image évident si la presse vient à connaître de telles opérations.

La déontologie est donc bien la doctrine de l'établissement qui prend corps au travers de règles internes auxquelles il convient de ne jamais déroger, qui ont force de loi vis-à-vis des opérationnels aussi bien que n'importe quel extrait de code.

En matière de conflits d'intérêts, le rôle des déontologues prend concrètement deux expressions :
- la définition des principes d'indépendance entre les lignes métiers potentiellement en conflits d'intérêts via leur séparation physique assurée par les « murailles de Chine » ;
- le contrôle du respect de cette indépendance et du non-franchissement des murailles de Chine, qui passe par la définition d'un organigramme ;

Quelques exemples peuvent être donnés des « murailles de Chine : »
- la séparation physique des activités de compte propre et des activités pour compte de tiers, et l'interdiction pour les traders et les brokers de communiquer entre eux en salle de marché ;

- la séparation physique des analystes financiers et des traders ;
- la séparation physique des banquiers conseils et des traders et brokers.

Ces exemples sont courants et permettent réellement d'éviter l'expression de nombreux conflits d'intérêts.

La définition d'un organigramme est bien plus difficile, car cela revient à obliger le « patron » à créer une multitude de murailles de Chine dans son esprit ... une apologie de la schizophrénie organisée, en quelque sorte, non subie de manière freudienne, mais voulue et pleinement assumée comme chez Nietzsche, par delà le bien et le mal.

Oh, bien sûr, certains exemples sont évidents : le patron du trading ne peut être en même temps celui du *brokerage* ; le patron des banquiers conseils ne saurait être celui des analystes (c'est là le plus gros reproche que l'on puisse faire à Morgan Stanley dans l'affaire qui l'oppose à LVMH) ... mais attention, toutes ces activités n'ont *in fine* qu'un seul patron : celui de la banque de financement et d'investissement, voire le Président.

D'où surgissent avec évidence les limites des dispositifs de prévention et de contrôle des conflits d'intérêts : il existe toujours quelqu'un dans l'entreprise qui se dresse au dessus des murailles de Chine, et ce quelqu'un est également le garant de l'intérêt supérieur de la banque.

Section II - Les limites naturelles et humaines des dispositifs

L'utilité des dispositifs de prévention du risque lié à l'existence des conflits d'intérêts ne doit pas être mise en cause. Pas plus, du reste, dans de nombreux cas, que leur efficacité, notamment pour tout ce qui concerne la séparation des fonctions d'intermédiation (compte de tiers) et de vente (compte propre).

Et pourtant, la déontologie des établissements, traduite dans leurs chartes, codes, manuels, guides, aussi complète et rigoureuse soit-elle, s'efface nécessairement devant deux constats.

Le premier est le plus évident : l'indépendance du déontologue, théoriquement imposée par les autorités de tutelle et les textes (en matière de conformité, le règlement CRBF n° 97-02 modifié) ne peut être totale puisque le déontologue, salarié de l'établissement financier, est nécessairement soumis, au sein d'une chaîne hiérarchique, à l'autorité de son supérieur (un Secrétaire général, le Président, suivant les établissements). L'indépendance a donc des allures de mythe.

Le second constat est également évident, bien qu'il suscite plus de discussions : l'intérêt supérieur de l'établissement, qui impose dans

certaines situations de passer outre la règle déontologique pour préserver l'entreprise. On pourrait croire qu'il s'agit d'un corollaire au précédent, le supérieur hiérarchique du déontologue se devant de préserver l'intérêt supérieur de la banque, mais il n'en est souvent rien car le déontologue, en raison de sa fonction, doit être à même de sentir lui-même qu'un intérêt essentiel est en jeu et par conséquent adapter sa position. La déontologie s'efface donc au profit de l'intérêt supérieur de la banque.

A - Le mythe de l'indépendance

" Ah ! Monsieur, vivez, vivez au sein des mers ! Là seulement est l'indépendance. Là, je ne reconnais pas de maîtres. Là, je suis libre ! " [1]. Cette extraordinaire expression de l'indépendance en tant que vie non contrainte par la puissance d'une autorité, cette superbe définition de la liberté, nous la devons bien sûr au capitaine Nemo, pour qui cette indépendance doit aller jusqu'à refuser un nom qui pourrait le rattacher à une quelconque puissance extérieure : il n'échappera sûrement pas au juriste que « nemo » signifie, en latin, « nul », ou « personne ».

Qui aujourd'hui pourrait se targuer d'une telle indépendance dans la société ? Et *a fortiori*, qui pourrait prétendre la mettre en œuvre dans une entreprise ?

Car soyons clairs, que l'on soit commercial, financier, auditeur ou déontologue dans une banque, l'on se doit d'abord d'exercer son métier avec pour objectif la mise en œuvre de la politique de l'entreprise et la réalisation de ses objectifs. C'est là une servitude parfaitement logique. Et cette servitude est elle-même assise sur la dépendance financière du salarié vis à vis de son employeur.

Et voilà une première brèche dans l'indépendance : on n'est jamais indépendant de celui qui nous paie !

Alors bien sûr, les déontologues eux-mêmes dressent des principes pour éviter cet obstacle à leur indépendance : ils ne dépendent pas fonctionnellement de la banque d'investissement mais soit d'un secrétariat général, soit de la présidence ; leurs salaires et leurs primes variables ne dépendent pas des résultats de la banque d'investissement (ils le regrettent d'ailleurs bien souvent) mais sont décidés par une hiérarchie extérieure à la banque d'investissement.

Mais cela suffit-il à assurer leur indépendance ? Sûrement pas.

1 - Vingt-mille lieues sous les mers, chapitre X - « L'homme des eaux », Jules Verne, 1868.

Celle-ci ne peut provenir que d'une véritable autorité dans l'exercice de leur mission, de la faculté réelle de s'opposer à la réalisation d'opérations qui seraient contraires à la déontologie de l'entreprise. La franchise impose en effet de reconnaître que la déontologie, même en ses aspects les plus simples et ses principes les plus universels, n'est pas toujours partagée par les commerciaux de la banque d'investissement. Faut-il en déduire que ces derniers n'ont aucune morale, ou que les principes moraux justifiant la mise en œuvre d'une politique de gestion des conflits d'intérêts ne leur sont pas accessibles ? Non pas, mais eux voient leur rémunération, notamment variable, assise largement sur leur « rentabilité ». Ils sont donc nécessairement tentés de passer outre la règle aux fins d'assurer la marche de l'entreprise. Ils n'en sont pas condamnables.

C'est précisément parce que la rémunération de la fonction commerciale dépend des résultats de l'entreprise que les commerciaux ne peuvent objectivement pas prendre en compte les règles déontologiques et que par conséquent la déontologie est devenue une « place forte » des établissements financiers, souvent au plus haut niveau de l'organigramme parmi les fonctions dites de support.

Et de fait le déontologue peut s'opposer à la réalisation d'une opération lorsqu'il est consulté. Il peut de même efficacement faire sanctionner un opérationnel par la hiérarchie de celui-ci si malgré l'opposition du déontologue l'opération a été réalisée ou si, ce qui est peut-être encore plus grave car cela traduit un non-respect des procédures internes de l'établissement, lorsque l'opérationnel, conscient que l'opération envisagée était sensible, n'a pas consulté le déontologue.

Oui, le déontologue a une autorité, une légitimité, même, qui est confortée par le fait que le plus souvent il a une bonne connaissance des produits de la banque d'investissement et du contexte réglementaire : les directions de la déontologie sont le plus souvent composées d'anciens traders ou brokers, d'anciens analystes, d'anciens auditeurs et d'anciens juristes ... car il s'agit bien de conseil[2], de contrôle et de support d'une activité opérationnelle qui nécessite une technicité importante.

Au final, on pourrait presque conclure que les déontologues ont plus de pouvoir que d'indépendance. Etrange.

Mais enfin, il faut aussi avouer que la notion même d'indépendance mérite d'être éclairée. Il s'agit sans doute d'un état d'esprit. D'une

2 - Le déontologue a une mission de conseil et une mission de contrôle : c'est pour cela que les anglo-saxons le désignent sous le terme de « *compliance officer* », dont la traduction française par « responsable de la conformité » est maladroite. En tant que conseil, son rôle est souvent proche de celui des juristes. En tant que contrôleur, il est vu par les opérationnels comme un auditeur ... C'est là une ambiguïté à l'origine de bien des difficultés dans les grandes banques pour positionner adroitement la nouvelle fonction de conformité sans empiéter sur les missions traditionnelles des juristes et des inspecteurs, et donc sans froisser leur orgueil.

contrainte financière également (par l'absence de corrélation directe entre la rémunération et les résultats de la banque d'investissement). C'est aussi un principe écrit, car elle est décrétée, mais elle s'efface dès que l'intérêt supérieur de la banque est en jeu, lorsque les circonstances d'une gravité exceptionnelle justifient la mise en veille de la déontologie. Le déontologue doit savoir détecter ces circonstances, et en tout état de cause sa hiérarchie, qu'il s'agisse d'un Secrétaire général ou du Président, coupera court à toute discussion.

B - L'intérêt supérieur de la Banque

Le déontologue n'est pas mandataire social !

Il ne définit pas la politique budgétaire de l'entreprise ni ses objectifs à court terme. Or, rappelons-le, la clé de la réussite d'une banque tient à la combinaison vertueuse de trois éléments :
- le développement commercial
- la rentabilité
- la maîtrise des risques

Bien sûr, la déontologie peut être pour partie prise en considération dans la définition des moyens qui permettront de combiner ces éléments, et plus particulièrement dans la maîtrise des risques. Mais cela ne suffit pas à en faire un élément déterminant de la politique de l'entreprise.

Les dirigeants sont aujourd'hui tournés vers des objectifs de rentabilité à court terme – ceci est encore plus vrai dans les établissements cotés en bourse – et cette logique, essentiellement financière, peut conduire à balayer les règles déontologiques sans pour autant que l'on puisse y déceler la légitime protection des intérêts supérieurs de la banque. Cette affirmation ne vise pas à engager un procès d'intention des dirigeants des grandes entreprises ni de considérer qu'ils mettent en œuvre des politiques déontologiques dont ils entendent aisément s'affranchir.

Il s'agit simplement de relever, une fois de plus, que ce n'est pas la déontologie qui guide l'activité économique de l'entreprise mais bien sa politique budgétaire fondée elle-même sur les objectifs commerciaux et financiers.

Mais une question demeure à ce stade sans réponse : l'intérêt supérieur de la banque qui donne légitimité à un comportement contraire aux règles déontologiques et à la violation de règles de prévention des conflits d'intérêts ressort-il de manière évidente de la politique budgétaire de l'établissement ? Répondre par un « oui » massif à cette question paraît bien dangereux, car l'intérêt supérieur de l'établissement réside d'abord dans sa préservation, dans l'assurance que sa pérennité ne sera pas remise en cause par la survenance par exemple d'une défaillance d'un grand client et donc la réalisation d'un risque de crédit.

L'on pourrait même considérer que le lieu où sont débattues les questions touchant à l'intérêt supérieur de la banque n'est pas le Comité exécutif ou le Directoire (selon que l'établissement est une SA à conseil d'administration ou à directoire et conseil de surveillance), mais les Comités qui décident de la constitution des provisions sur les importantes opérations de crédit ou de contrepartie lorsque la solvabilité des clients est douteuse, ce qui suppose qu'ils comprennent en leur sein de manière systématique un mandataire social.

L'on pourrait pousser encore plus loin la réflexion pour finalement aboutir à la conclusion que les dirigeants sont les moins bien placés pour déterminer quel est l'intérêt supérieur de la banque puisqu'ils sont trop immergés dans la conduite de leur politique pour mesurer les enjeux de la déontologie.

Soyons sérieux ! Le déontologue peut certes philosopher sur le sens du métier du banquier et sur une gouvernance qui permettrait le mieux de conjuguer réalisation des objectifs et respect d'une déontologie forte ... mais c'est bien le dirigeant qui tient les rênes de l'entreprise, et jamais cela ne pourra jamais être remis en cause car seul le dirigeant détient l'ensemble des informations permettant *in fine* de prendre les décisions opportunes tant du point de vue politique que déontologique.

Associer les déontologues aux réflexions politiques pour gérer au mieux les conflits d'intérêts est sans doute nécessaire. Mais savoir fixer les limites de la déontologie est également nécessaire. Le déontologue ne peut jouir d'une complète indépendance ... il ne peut pas plus influer sur la politique globale de l'établissement.

Comment conclure ?

Le constat de ces brefs développements pourrait être amer car finalement, s'efforcer de définir des règles de déontologie en matière de prévention des conflits d'intérêts pour accepter que la première situation sensible sur le plan politique justifie leur mise à l'écart, c'est accepter que l'indépendance et l'autorité, qui devraient être les deux points d'appui des déontologues, n'existent pas.

Rien ne sert de tomber dans la névrose face à ce constat. Alors finissons sur une citation de Michel Audiard qui traduit mieux que tout discours la difficulté du rôle des déontologues dans les banques : « *il vaut mieux un bon argument et un flingue qu'un bon argument tout seul* » . Il ne serait certes pas acceptable sur le plan déontologique que les déontologues disposent de flingues ...

3 - Un taxi pour Tobrouk, de Denys de la Patellière, 1961.

CONFLITS D'INTERETS, PROCEDURE COLLECTIVE ET OFFICE DU JUGE

Corinne Perot-Reboul
Docteur en droit
Avocat au Barreau de Paris

Le Dictionnaire de l'Académie définit l'intérêt comme « ce qui importe ou ce qui convient à l'utilité d'une personne, d'une collectivité, d'une institution, en ce qui concerne, soit leur bien physique ou matériel, soit leur bien intellectuel ou moral, leur honneur, leur considération »[1].

Ramenés aux dispositions applicables aux procédures collectives de traitement des difficultés des entreprises, les intérêts en présence sont multiples et peuvent être répertoriés en quatre catégories : l'intérêt de la -ou d'une- collectivité (intérêt général, intérêts économiques), l'intérêt du débiteur (différent selon le type de procédure collective), l'intérêt des créanciers (différent selon la nature de la créance, ou selon que la créance est antérieure ou postérieure à l'ouverture de la procédure collective), l'intérêt des salariés (outre leur qualité de créancier du débiteur).

En outre, l'existence d'intérêts nombreux et différents à l'oeuvre dans le cadre de la procédure collective ouverte par le tribunal compétent, suppose concomitamment l'existence de conflits.

L'une des fonctions reconnue au droit est d'anticiper les conflits qui peuvent naître du fait de l'existence d'intérêts divergents exprimés spontanément par les différents sujets de droit.
La fonction pacificatrice du droit est réalisée, d'une part, par l'existence de normes positives, et d'autre part, par l'action du Juge.

La nouvelle réforme des procédures collectives s'est achevée par la promulgation de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, de sauvegarde des entreprises[2].

Durant toute la période de son élaboration, le projet du texte a fait l'objet de nombreux commentaires critiques. Nul doute que le texte définitif risque de subir un sort identique, mais tel n'est pas l'esprit du commentaire proposé. Sans qu'il soit encore possible de porter un jugement sur la manière dont le texte va être appliqué, l'on voudrait montrer pourquoi et comment est accompli l'office du juge, dans le nouveau cadre que lui confie le législateur.

---

1 - Dictionnaire de l'Académie Française, 9ème éd. (1986-1992).

2 - JO du 27 juillet 2005.

A cet égard, au moment de l'élaboration du texte législatif, la question s'est posée de savoir s'il était nécessaire de réformer plus profondément l'esprit et la lettre de la loi en intégrant une nouvelle manière de concevoir le traitement des difficultés des entreprises. En effet, certains appelaient fortement de leur vœu que la procédure de sauvegarde reflète l'esprit, sinon la lettre, des règles de droit américain applicables aux entreprises en difficulté, mais qui ne sont pas nécessairement en état de cessation des paiements.

Dans la procédure américaine de traitement des difficultés des entreprises, l'accent est mis sur la nature contractuelle du règlement des conflits d'intérêts en présence, le rôle du juge étant extrêmement réduit (section I). S'il est clair que l'objectif poursuivi par la procédure de sauvegarde est similaire à celui envisagé par le législateur nord-américain, il n'en reste pas moins que la législation française n'est en aucun cas une traduction du *chapter 11* du *Bankruptcy Code* (section II).

Section I – Modalités contractuelles du règlement des conflits d'intérêts

L'objectif poursuivi par la loi américaine et française est le même en ce sens où à l'instar du système de « réorganisation de l'entreprise en difficulté » nord-américaine, la procédure française de sauvegarde devrait permettre de traiter les difficultés des entreprises sans attendre l'état de cessation des paiements.

Précisément, les sociétés de droit américain peuvent, à condition d'être encore in bonis, déposer une requête auprès du Tribunal civil de l'Etat compétent afin d'obtenir sans délai une suspension des poursuites de l'ensemble des créanciers, et ce quelque soit la nature de leurs créances.

Au moment où il est saisi, le tribunal américain n'a pas vocation à contrôler la légitimité de la demande formée par le chef d'entreprise, celui-ci devant simplement exposer au juge, que de son point de vue, l'entreprise subit des difficultés financières sévères.

L'ouverture d'une procédure entraîne derechef une suspension des paiements des créanciers, détenant des créances assorties de sûretés ou non.

En outre, le dirigeant conserve l'intégralité des prérogatives attachées à ses fonctions sans que le tribunal puisse soit limiter son pouvoir, soit l'exclure de l'entreprise.

Enfin, l'élaboration d'un plan est ensuite organisée au sein de comités de créanciers, qui négocient directement avec le chef d'entreprise

maintenu dans ses fonctions –sauf cas rarissime-, les modalités de rééchelonnement de la dette.

Le fait remarquable dans la procédure américaine est que le rôle du juge est extrêmement faible, puisque le plan de sauvegarde est le fruit de négociations entre le débiteur et ses créanciers, négociations au cours desquelles le juge n'intervient quasiment pas. C'est pourquoi, il est d'usage de considérer cette procédure comme une procédure de « règlement judiciaire privé».

Dans cette procédure américaine de « faillite », le juge joue le rôle de l'arbitre. Il n'intervient plus une fois les comités de créanciers désignés, laissant le soin aux parties de résoudre elles-mêmes leurs intérêts conflictuels.

Le cas échéant, le juge n'intervient que pour imposer à l'ensemble des créanciers, y compris ceux qui n'ont pas accepté les termes du règlement des conflits passés entre le débiteurs et ses principaux créanciers, un plan de sauvegarde de l'entreprise. Cette règle («*cram down*») peut être utilisée par le juge s'il s'avère que le plan de sauvegarde imaginé par les parties permettra la continuation de l'entreprise et si ce plan préserve les droits des créanciers.

Il est clair que les dispositions américaines du *chapter 11* sont l'expression des valeurs propres au système économique, lequel tente toujours d'échapper à une réglementation extérieure au profit d'une auto-régulation.

A l'instar du phénomène de déréglementation ou de « dérégulation », la contractualisation du règlement des conflits d'intérêts pouvant naître des difficultés rencontrées par une entreprise, voire le recours à l'arbitrage, sont des manifestations diverses d'un système d'auto-régulation préféré à un système judiciaire.

D'ailleurs, les termes du rapport de la Banque Mondiale sur l'état des procédures collectives en vigueur dans le monde[3] expriment parfaite-

3 - A cet égard, il est remarquable que dans son rapport pour 2004, la Banque mondiale explorant les voies du développement du secteur privé, parvenait aux conclusions suivantes au terme d'un étude (*Closing a Business*) une étude comparée des procédures de traitement des difficultés des entreprises existant en 2003 dans les parties du monde où de tels instruments juridiques existent.
Qu'y apprend-on ? Ses auteurs ont relevé que toutes les procédures collectives poursuivent des buts qu'ils qualifient d'universels et qui seraient au nombre de trois : premièrement, maximaliser tous les effets de la procédure c'est-à-dire réduire tous les coûts directs et indirects d'un dépôt de bilan ; deuxièmement, séparer le bon grain de l'ivraie, en favorisant la sauvegarde des entreprises viables ; enfin, respecter autant que possible la sécurité juridique constituée par l'ordre de priorité des créances existant lorsque l'entreprise était encore *in bonis*.
Sur la question du rôle, dans l'économie mondiale joué par la Banque mondiale, v. M. CHMILLIER-GENDREAU, « Pour une éthique de l'économie ; le droit, élément de frein ou de progrès », publication de l'UNESCO, 2003.

ment les valeurs du marché qui permettent son équilibre et l'emploi desdits termes est révélateur : les procédures collectives « efficientes » doivent poursuivre des finalités « universelles » : « *maximizing value* », « *rescuing a viable business* », « *keeping the order of claims stable* »[4].

Il est évident que dans le modèle d'une procédure collective envisagé par la Banque Mondiale, on privilégie un droit d'essence contractuelle à une réglementation étatique, qui suppose toujours une réponse judiciaire et non transactionnelle à l'existence ou la prévention d'un conflit d'intérêts. L'effacement du Juge est évidemment préconisé, celui-ci n'intervenant que pour faciliter l'adoption d'un plan de sauvegarde.

De son côté, et à l'instar de la loi américaine, la loi française sur les procédures collectives encadre les conflits d'intérêts nés de l'ouverture d'une procédure collective, à savoir impose un ordre de règlement des conflits, d'une part, tranche en faveur de tel ou tel intérêt d'autre part.

La nouvelle loi de sauvegarde est, on le sait, le résultat d'une modernisation des procédures de traitement des difficultés des entreprises, avec pour ambition affichée, d'être une loi concurrentielle sur le nouveau marché intérieur des procédures collectives, lequel est né du règlement européen n°1346/2000 du 29 mai 2000, entré en vigueur le 31 mai 2002[5].

Aux difficultés rencontrées par les entreprises, en bannissant du périmètre du sauvetage le plan de cession considéré comme une solution ultime, cette réforme propose des plans de sauvetage, à savoir outre le plan de redressement (ou de continuation) –instrument juridique connu-, le plan de sauvegarde, et même un « plan » de conciliation,-nouveaux instruments-.

Cependant, la législation française serait inapplicable sans ceux qui la mettent en œuvre, le tribunal compétent et le juge-commissaire.

Les plans de sauvetage sont tous placés sous l'égide d'un tribunal qui exerce un rôle fondamental.

En effet, le tribunal est seul compétent pour ouvrir une procédure, laquelle peut déboucher sur la mise en place d'un plan de conciliation, correspondant peu ou prou à l'ancien règlement amiable (article L. 611-6 nouveau du code de commerce), de redressement, correspondant

4 - Préc., p. 72-76.

5 - Règlement (CE) du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO n°L. 160 du 30 juin 2000, p. 1 à 13.

approximativement à l'ancien plan de continuation (articles L. 631-1 et s. nouveaux du code de commerce) ou un plan de sauvegarde (article L. 621-1 nouveau du code de commerce), innovation essentielle de la réforme.

La sauvegarde constitue la véritable nouveauté des dispositions applicables aux traitements des difficultés des entreprises, et a été définie comme « un redressement judiciaire anticipé »[6].

Néanmoins, et contrairement à l'idée assez répandue, le plan de sauvegarde n'est en aucun cas une reprise, à la française, du *chapter 11* du *Bankruptcy Code*.

Certes, le plan de sauvegarde peut paraître conforme à l'objectif poursuivi par les dispositions de droit américain. En réalité, il s'en éloigne considérablement dans les modalités de sa mise en œuvre.

Section II – Nature processuelle du règlement des conflits d'intérêts

La différence majeure entre la procédure américaine et la procédure française réside précisément dans la nature processuelle du plan de sauvegarde.

Contrairement à l'esprit libéral du *chapter 11*, le plan de sauvegarde est le résultat d'une procédure totalement encadrée par l'organe judiciaire compétent, lequel intervient à tous les stades de la procédure et s'exprime principalement de la manière suivante, par :

- un contrôle *ab initio* de la légitimité de la demande initiale formée par le débiteur, à savoir s'il est ou non in bonis (articles L. 620-1 et L. 621-1 nouveaux du code de commerce);
- la désignation d'un juge-commissaire chargé de suivre la procédure en veillant à son déroulement rapide et aux intérêts en présence (articles L. 621-4 et L. 621-9 nouveaux du code de commerce) ;
- la désignation de mandataires de justice aux fonctions très précises (articles L. 622-1 et L. 622-20 nouveaux du code de commerce), et éventuellement d'un expert (dont il est laissé le soin au juge-commissaire de déterminer la fonction) ;
- le remplacement éventuel des mandataires de justice ainsi que de l'expert ;
- la possibilité de subordonner l'adoption du plan de sauvegarde au remplacement du dirigeant de l'entreprise (sous réserve des dispositions applicables au débiteur exerçant une profession libérale, article L. 626-4 nouveau du code de commerce).

6 - X. de ROUX, rapport Assemblée Nationale n°2095, sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises.

- ordonner, dans le cadre du jugement arrêtant le plan, l'inaliénabilité de certains biens qu'il estime nécessaires à l'exécution du plan de sauvegarde (article L. 626-14 nouveau du code de commerce).

En outre, l'omniprésence du Ministère public, garant de l'ordre juridique économique, renforce la nature judiciaire de la procédure de sauvegarde devant conduire à l'adoption du plan.

Enfin, il est aisé de constater la nature judiciaire de l'ensemble des plans de sauvetage que permet la loi n° n°2005-845 du 26 juillet 2005, puisque seul le Tribunal a le pouvoir d'arrêter ou de refuser le plan proposé, en homologuant le plan de conciliation (article L. 611-10 nouveau du code de commerce), en arrêtant le plan de sauvegarde (article L. 626-28 nouveau du code de commerce) ou de continuation (article L. 631-19 nouveau du code de commerce renvoyant au chapitre VI du Titre II).

L'attraction du plan de sauvegarde dans la sphère judiciaire, au détriment d'un règlement contractuel des difficultés des entreprises, illustre le fait que les nouvelles dispositions restent conformes à la tradition juridique française selon laquelle le droit n'est pas un instrument au service des seuls intérêts économiques, mais que l'économie doit être encadrée par le droit.

Certes, la réforme des procédures collectives existantes, et la mise en place de nouveaux moyens de sauvetage des entreprises en péril, ne modifie pas fondamentalement le rôle du Juge en ce qu'il connaît des conflits existants entre les divers intérêts des créanciers du débiteur, entre intérêts du débiteur et intérêt général, entre intérêts du débiteur et intérêts des créanciers, entre intérêt de la personne morale débitrice et intérêts de ses associés.

Le rôle du juge est y prépondérant car les procédures collectives forment un système particulier de règlement des conflits d'intérêts, envisagés, en droit français, de manière collective et non individuelle.

En effet, pour déterminer les modes adéquats de règlement des conflits, il est nécessaire de prévoir les situations qui, potentiellement, susciteront des antagonismes.

Une fois ceux-ci constatés, le magistrat peut être appelé au soutien de la loi, afin de régler les conflits en germe ou déclarés.

A ce titre, la nouvelle loi va encore plus loin, non en ce qu'elle confère au juge de nouveaux pouvoirs, mais en ce qu'elle élargit son champ d'application –ou plutôt ses champs d'application- et lui donne le

pouvoir d'intervenir dans des situations jusqu'à présent échappant à son contrôle, à savoir trouver une solution collective à des conflits d'intérêts existants ou à naître du fait de l'état de difficultés rencontrées par un débiteur qui ne se trouve pas –encore- en état de cessation des paiements.

Ainsi, la réforme de la loi sur les procédures collectives de traitement des difficultés des entreprises nous semble constituer une illustration parfaite du principe de légalité ou plus précisément de la doctrine de la *rule of law*. En effet, le législateur fait le droit, ce qui signifie qu'il crée des normes générales et abstraites susceptibles de régler une quantité indéfinie de conflits. De son côté, le juge dit le droit, c'est-à-dire applique ces normes préconstituées à des cas individuels et concrets[7].

Autrement dit, la réforme des procédures collectives reste conforme à l'esprit de la loi antérieure en ce qu'elle ne permet, dès lors qu'une procédure a été ouverte par le tribunal compétent, d'autre issue qu'un règlement « judiciaire » et collectif des divers conflits des intérêts en présence.

7- R. Guastini, Théorie et ontologie du droit chez Dworkin, Droit et Société 2-1986, p. 18.

LES CONFLITS D'INTERETS EN DROIT PENAL

Haritini MATSOPOULOU
Maître de conférences de droit privé à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Dans le domaine du droit pénal, le conflit d'intérêts majeur, c'est celui de la société en général, face à l'intérêt de l'individu. La première souhaite découvrir et châtier tous les coupables, tandis que l'individu oppose son droit à se défendre, et donc des restrictions à la mise en œuvre de la machine sociale. Ces intérêts sont antagonistes, et ceci explique pourquoi il a fallu ces derniers temps renforcer les droits de la défense et même la protection de la présomption d'innocence.

Mais, ce type de conflits ne fera pas l'objet de notre étude, dans la mesure où il ne relève pas du droit pénal. En revanche, les conflits d'intérêts que ce dernier peut sanctionner paraissent nombreux. Il peut en exister dans le domaine du droit pénal de la consommation, où le consommateur s'oppose au fabricant ou au producteur. Dans le secteur du droit pénal du travail, il en existe aussi, car le salarié n'a pas les mêmes visions que l'employeur, et inversement. Il serait, par ailleurs, permis de se demander, si dans le droit pénal de la concurrence, de tels conflits pourraient surgir. A notre sens, cela serait plutôt l'inverse, car les entités économiques démontrent que les opérateurs sur un marché déterminé ont surmonté leurs antagonismes, pour se répartir le marché au mieux de leurs intérêts. Bref, les ententes illicites éliminent tout conflit d'intérêts en la matière.

En revanche, un tel conflit est présent dans plusieurs autres domaines du droit pénal, comme dans celui du droit pénal des affaires. En particulier, dans le droit pénal des sociétés, les conflits sont certains, car l'intérêt du dirigeant prime parfois l'intérêt de la société. Cependant, ce n'est pas le seul exemple. On peut en trouver d'autres dans le droit pénal commun, car ce que l'on dénomme le délit d' «ingérence» ou de «prise illégale d'intérêts» entre bien dans le schéma d'un conflit d'intérêts. Il s'agit, en particulier, de l'intérêt que peut avoir un chef d'entreprise, investi en même temps d'un mandat électif public, à favoriser la société qu'il dirige, et ce, au détriment de la collectivité publique. Nul doute qu'il s'agit là de conflits ouverts, pour lesquels la sanction pénale a été prévue par les rédacteurs du code pénal.

Il nous semble, dès lors, que les conflits d'intérêts susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction de la loi pénale peuvent relever de deux séries de dispositions. Il y a, tout d'abord, celles qui résultent du droit pénal commun et peuvent trouver application dans la vie des affaires. Et puis, il y a certaines dispositions particulières du droit pénal des sociétés qui tendent à sanctionner des conflits d'intérêts mal maîtrisés.

Dès lors, il convient de présenter, tour à tour, ces différentes dispositions.

Section I – Les conflits d'intérêts régis par le droit pénal commun

Un examen attentif de la matière fait, d'une part, apparaître que certaines incriminations du droit commun peuvent parfaitement s'appliquer aux mandataires ou salariés d'une entreprise, qui sont parfois infidèles. D'autre part, les infractions principales, qui tendent à sanctionner directement un conflit d'intérêts et relèvent du droit pénal commun, sont la prise illégale d'intérêts et son prolongement qui est le délit de «pantouflage».

A - Les conflits d'intérêts et les personnes privées

Les hypothèses qu'on rencontre fréquemment en pratique visent deux catégories de personnes qui, abusant des pouvoirs qui leur sont confiés, font primer leur propre intérêt sur celui de la personne pour le compte de laquelle elles accomplissent une mission déterminée ou exécutent un travail. Il s'agit, d'une part, des mandataires et, d'autre part, des salariés unis à leur employeur par un contrat de travail.
En ce qui concerne les *mandataires* qui tiennent leurs pouvoirs de la loi, du contrat, voire du juge, ils doivent agir dans l'intérêt et pour le compte du mandant et recevoir, en échange, la rémunération convenue. Mais, ils peuvent parfois commettre des détournements. Tel est, par exemple, le cas, lorsque qu'au lieu de continuer de détenir les biens reçus ou remis pour le compte du mandant, ils intervertissent la possession et s'attribuent le bien d'autorité. De tels détournements sont sanctionnés au titre du délit d'abus de confiance (article 314-1 du code pénal), et exposent leur auteur à une peine d'emprisonnement de trois ans et à une amende de 375 000 euros.
Un examen attentif de la jurisprudence démontre que de nombreuses condamnations ont été prononcées à l'encontre de personnes agissant en tant que mandataires : gérants de sociétés civiles[1], agents d'assurances[2], comptables ayant détourné des sommes destinées à payer le personnel[3], agents immobiliers[4], membres d'un comité d'entreprise[5], syndics de copropriété[6], mandataires d'agences de voyages[7]. Ainsi, il a été jugé que commet un acte de détournement le gérant d'une SARL qui, ayant reçu le versement d'un souscripteur à une augmentation de

1 - Cass. crim. 15 février 1972, bull. crim. n°57.

2 - Cass. crim. 23 janv. 1995, Dr. pénal 1995, comm. n°119, obs. M. Véron.

3 - Cass. crim. 6 janv. 1992, Dr. pénal 1992, comm. n°177, obs. M. Véron.

4 - Cass. crim. 24 oct. 1988, bull. crim. n°269.

5 - Cass. crim. 16 oct. 1997, bull. crim. n°341, RTD com. 1998, p. 428, obs. B. Bouloc.

6 - Cass. crim. 12 nov. 1985, bull. crim. n°349 ; cass. crim. 30 nov. 1993, Dr. pénal 1994, comm. n°110, obs. M. Véron ; cass. crim. 15 déc. 2004, bull. crim. n°320.

7 - Cass. crim. 3 juill. 1997, bull. crim. n°265, Rev. sc. crim. 1998, p. 552, obs. R. Ottenhof, RTD com. 1998, p. 428, obs. B. Bouloc.

capital, affecte les fonds aux besoins de trésorerie de la société[8]. Il en est de même du banquier qui utilise, pour son compte personnel, des sommes d'argent déposées par des clients, en vue d'une finalité précise[9]. On peut encore citer le cas du syndic de copropriété qui ne fait pas raison à son mandant (c'est-à-dire la copropriété) des ristournes qu'il reçoit de la part des entreprises[10]. Dans ces situations, nul doute que la jurisprudence sanctionne le conflit d'intérêts, puisque le mandataire fait prévaloir son intérêt personnel ou celui d'une tierce personne sur l'intérêt de son mandant.

Mais, on peut aussi songer à une autre jurisprudence, selon laquelle le mandataire, qui utilise le mandat contrairement aux intérêts du mandant, effectue une manœuvre frauduleuse caractéristique de l'escroquerie. C'est, par exemple, le cas de l'agent immobilier qui, devant rechercher un acheteur pour un immeuble à un prix déterminé, se porte acquéreur de cet immeuble, puis le revend immédiatement à un tiers à un prix plus élevé, à l'insu dudit mandant[11]. Cette hypothèse s'est, d'ailleurs, présentée dans l'affaire de Vathaire, où le trésorier de la société Dassault s'est fait remettre personnellement des sommes au préjudice de ladite société, en utilisant la procuration contre les intérêts du mandant[12].

On voit donc qu'en cas de dissimulation d'une convention de contrepartie[13], le mandataire agit nécessairement contre les intérêts du mandant et peut alors tomber sous le coup de l'incrimination de la loi pénale.

Quant à la seconde hypothèse, elle vise le *salarié* qui s'approprie, parfois, les biens de son employeur. Ainsi, dans un arrêt du 22 septembre 2004[14], la Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'appel de Paris, ayant condamné pour abus de confiance un ancien salarié qui, chargé de mettre au point une «borne informatique de gestion» pour un client de la société qui l'avait embauché, a finalement réalisé son «projet» avec ce même client pour le compte d'une autre société avec laquelle il était entré en contact. Et, c'est avec cette dernière société, que ledit client a passé commande de la borne. Ce faisant, le salarié avait détourné, au profit d'un tiers, un projet qui, dès sa réalisation, était propriété de son employeur. Aussi bien, sa condamnation a-t-elle été, à juste titre, maintenue.

A vrai dire, le plus souvent, la question se pose à propos de documents appartenant à l'employeur, dont le salarié, licencié, peut se servir contre

8 - Cass. crim. 6 mai 1969, bull. crim. n°151 ; cass. crim. 9 janv. 1980, bull. crim. n°14.

9 - Cass. crim. 1er avr. 1968, JCP G, 1969, II, 15930, note B. Bouloc.

10 - Cass. crim. 12 nov. 1985, bull. crim. n°189 ; v. aussi : crim. 15 déc. 2004, bull. crim. n°320.

11- Cass. crim. 15 mars 1973, bull. crim. n°106 ; cass. crim. 27 mars 1973, bull. crim. n°151 ; cass. crim. 18 juill. 1985, bull. crim. n°273.

12 - Cass. crim. 23 mars 1978, D. 1979, p. 319, note B. Bouloc.

13 - V. J.-H. Robert et H. Matsopoulou, Traité de droit pénal des affaires, Coll. Droit fondamental, PUF, 2004, n°10, p. 36.

14 - Cass. crim. 22 sept. 2004, bull. crim. n°218, Dr. pénal 2004, comm. n°179, note M. Véron, D. 2005, p. 411 note B. de Lamy.

son patron dans le cadre d'un procès prud'homal. La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré, à plusieurs reprises, qu'il y avait délit de vol[15]. Plus précisément, elle n'a pas hésité à retenir cette infraction à l'encontre du préposé qui, détenant matériellement certains documents de son employeur, prenait, à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré de celui-ci, des photocopies et appréhendait ainsi frauduleusement ces documents pendant le temps strictement nécessaire à leur reproduction[16].

A vrai dire, la position de la chambre criminelle était en pleine contradiction avec celle adoptée par la chambre sociale de la Haute juridiction, affirmant clairement que «le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions»[17].

Mais, par deux arrêts du 11 mai 2004[18], la chambre criminelle met désormais fin à cette divergence de jurisprudence, en s'alignant sur la position de la chambre sociale. En particulier, elle ne voit plus aucune infraction dans le fait, pour un salarié, d'appréhender ou de reproduire, sans l'autorisation de son employeur, les documents de l'entreprise, dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, dès lors que ces documents étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense dans le litige l'opposant à son employeur[19].

Il est clair que, dans la présente hypothèse, l'employeur et le salarié licencié sont en conflit d'intérêts. Faut-il faire prévaloir le droit de propriété, dont dispose l'employeur sur les documents, ou l'exercice des droits de la défense invoqué par le salarié ? Comme on l'a fait, à juste titre, observer, «la propriété et la défense sont l'objet de deux droits fondamentaux par principe équivalents»[20]. Cependant, les juges répressifs sacrifient le premier, dès lors que les documents utilisés sont «strictement nécessaires»[21] à l'exercice des droits de la

15 - Larguier et Ph. Conte, Droit pénal des affaires, 11e éd., Armand Colin, 2004, n°198.

16 - Cass. crim. 8 janv. 1979, bull. crim. n°13, D. 1979, p. 509, note P. Corlay, Rev. sc. crim. 1979, p. 571, obs. P. Bouzat ; en ce sens, v. aussi : cass. crim. 8 déc. 1998, bull. crim. n°336, Dr. pénal 1999, comm. n°67, note M. Véron, Rev. sc. crim. 1999, p. 822, obs. R. Ottenhoff ; cass. crim. 24 avril 2001, bull. crim. n°98, Rev. sc. crim. 2001, p. 829, obs. G. Giudicelli-Delage, Dr. pénal 2001, comm. n°114, note M. Véron, RTD com. 2001, p. 789, obs. B. Bouloc.

17 - Cass. soc. 2 déc. 1998, bull. civ. V, n°535, JCP G, 1999, II, 10 166, 1ère espèce, note S. Bouretz, D. 1999, p. 431, note H.-K. Gaba, *ibid.*, somm. p. 120, obs. M. Segonds.

18 - Cass. crim. 11 mai 2004 (deux arrêts), bull. crim. nos 113 et 117, D. 2004, jur. p. 2326, note H.-K. Gaba, ibid. somm. p. 2760, obs. G. Roujou de Boubée, Dr. pénal 2004, comm. n°122, note M. Véron, Rev. sc. crim. 2004, p. 635, obs. E. Fortis et p. 866, obs. G. Vermelle, Revue pénitentiaire et de droit pénal 2004, n°4, p. 861, obs. A. Lepage et p. 875, obs. J.-Ch. Saint-Pau.

19 - Cette formule est, d'ailleurs, entièrement reprise par la chambre sociale, dans un arrêt du 30 juin 2004 (D. 2004, p. 2327, note H.-K. Gaba), précisant que l'exercice des droits de la défense doit être strictement nécessaire.

20 - V. J.-Ch. Saint-Pau, obs. sous cass. crim. 11 mai 2004, Revue pénitentiaire et de droit pénal 2004, n°4, p. 875.

21 - Les juges doivent rechercher, en application du principe de respect des droits de la défense, si les documents litigieux sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense du prévenu dans le litige l'opposant à son employeur : crim. 4 janv. 2005, bull. crim. n°5.

défense. La stricte nécessité de l'exercice de ces droits devient donc un fait justificatif, enlevant à l'acte de soustraction tout caractère délictueux et faisant, par conséquent, obstacle à ce que le délit de vol soit constitué. Il est évident que cette infraction peut être retenue, si le critère de «stricte nécessité» n'est pas satisfait. En d'autres termes, le salarié pourra voir sa responsabilité pénale engagée, s'il est démontré qu'il pouvait obtenir les pièces litigieuses en ayant recours aux voies légales, telles qu'une demande de production forcée de documents détenus par l'adversaire[22] ou des mesures d'instruction *in futurum*[23].
Mais, les conflits d'intérêts n'opposent pas uniquement les personnes privées ; ils peuvent également surgir, dès lors qu'un « agent public » prend illégalement un intérêt dans une opération le concernant.

B - Les conflits d'intérêts entre agents publics et dirigeants d'entreprise

La principale infraction, qui incrimine explicitement un conflit d'intérêts entre personnes publiques et personnes privées, est la prise illégale d'intérêts (article 432-12 du code pénal). Celle-ci tend à sanctionner ceux qui, investis de prérogatives de puissance publique ou chargés de fonctions administratives, cèdent à la tentation d'abuser de leur pouvoir, pour favoriser une entreprise dans laquelle ils ont un intérêt, et ce, au détriment de la collectivité publique. Il est évident qu'en pareil cas, l'intérêt public et l'intérêt privé sont en conflit.
Mais, un tel conflit d'intérêts peut aussi apparaître, lorsqu'un ancien fonctionnaire prend un intérêt, après cessation de ses fonctions, dans une entreprise privée qu'il était chargé de surveiller ou de contrôler. Dès lors, il convient d'étudier chacune de ces deux hypothèses.

1. La prise d'intérêts par une personne chargée d'une fonction publique

Le délit de prise illégale d'intérêts, connu autrefois sous le nom de délit d'ingérence, interdit à certaines personnes de s'immiscer sciemment dans une affaire dont elles ont la surveillance. La loi vise toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public. Ce dernier terme désigne essentiellement les maires[24], leurs adjoints[25]

22 - V. art. 138 et 142 NCPC.

23 - Cf. art. 145 NCPC.

24 - Cass. crim. 7 oct. 1976, bull. crim. n°285, Rev. sc. crim. 1977, p. 325, obs. A. Vitu. V. aussi : cass. crim. 16 déc. 1975, bull. crim. n°279, Rev. sociétés 1976, p. 353, note M. Guilberteau, Rev. sc. crim. 1976, p. 713, obs. A. Vitu ; cass. crim. 18 févr. 1987, bull. crim. n°80, Rev. sc. crim. 1988, p. 83, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; cass. crim. 30 mars 1990, bull. crim. n°121 ; cass. crim. 21 juin 2000, bull. crim. n°239.

25 - Cass. crim. 2 févr. 1988, bull. crim. n°51. V. aussi : cass. crim. 18 juin 1996, Dr. pénal 1996, comm. n°263, obs. M. Véron (à propos d'un adjoint délégué à l'urbanisme, ayant signé les avis du maire dans des dossiers de demandes de permis de construire, alors qu'il était l'architecte auteur des projets produits à l'appui de ces demandes).

et les élus municipaux. Le texte pourrait aussi concerner le président[26] ou les membres des conseils régionaux ou généraux, et, plus rarissimement, les parlementaires[27].
Certaines difficultés se présentent, toutefois, pour déterminer les personnes dépositaires de l'autorité publique et celles chargées d'une mission de service public.
S'agissant de la première catégorie, elle comporte essentiellement les fonctionnaires d'autorité de catégorie supérieure. C'est, par exemple, le directeur des services techniques d'une commune[28], un agent technique du service de l'aéronautique[29] ou un inspecteur des impôts[30]. En revanche, les agents subalternes d'un service public industriel ou commercial (tels que ceux de l'EDF) sont exclus du domaine d'application de l'incrimination, car ils ne sont chargés d'aucun pouvoir de puissance publique[31].
Quant aux personnes chargées d'une mission de service public, entrent, dans cette hypothèse, le président d'une chambre de commerce et d'industrie chargé de gérer le service public d'un port[32], le directeur général d'un service d'une agence de développement rural et d'aménagement foncier disposant du pouvoir d'attribuer des subventions au nom des pouvoirs publics[33], ou le directeur du service départemental d'incendie et de secours ayant reçu délégation de signature du président[34]. On peut encore citer l'exemple de l'architecte investi d'une mission de maîtrise d'œuvre par une collectivité ou un organisme public[35] ou de l'ingénieur au commissariat à l'énergie atomique, détaché auprès d'un établissement public à caractère industriel et commercial, qui est chargé d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général[36]. En tout cas, selon la Cour de cassation, l'article 432-12 du code pénal peut s'appliquer, même si l'agent ne dispose d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique, mais participe simplement aux actes préparatoires à la prise d'une telle décision.

26 - Cass. crim. 27 nov. 2002, bull. crim. n°213 (à propos d'un président de Conseil général ayant ordonnancé les dépenses de communication de son département au profit d'une société, laquelle avait apporté un soutien financier à deux autres sociétés, dont le prévenu était actionnaire et administrateur).

27 - J. Thevenot, Les maires face à la prise illégale ou légale d'intérêts, Petites Aff. 8 févr. 2000, n°27, p. 5.

28 - Cass. crim. 14 juin 1972, bull. crim. n°204.

29 - Cass. crim. 21 déc. 1935, Gaz. Pal. 1936.1.138.

30 - Cass. crim. 11 mars 1976, bull. crim. n°93, JCP G, 1976, II, 18460, note A. Vitu ; cass. crim. 3 avr. 1991, bull. crim. n°157, D. 1992, p. 225, note C. Pagnon.

31 - Cass. crim. 10 févr. 1988, bull. crim. n°69, Rev. sc. crim. 1988, p. 772, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire.

32 - Cass. crim. 20 nov. 1980, bull. crim. n°310, D. 1982, p. 246, note W. Jeandidier, Rev. sc. crim. 1981, p. 607, obs. A. Vitu.

33 - Cass. crim. 11 juin 1998, D. 1999, somm. p. 159, obs. M. Segonds ; v. aussi : cass. crim. 21 nov. 1985, bull. crim. n°370, JCP G 1987, II, 20782, note P. Ourliac et M. de Juglart, Rev. sc. crim. 1986, p. 607, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire.

34 - Cass. crim. 27 nov. 2002, bull. crim. n°212 ; v. cependant : cass. crim. 6 août 1996, bull. crim. n°305.

35 - Cass. crim. 14 juin 2000, bull. crim. n°221, Dr. pénal 2001, comm. n°5, obs. M. Véron.

36 - Cass. crim. 27 févr. 2002, bull. crim. n°48.

La question se pose, par ailleurs, pour les administrateurs provisoires ou les administrateurs judiciaires. Ces personnes agissent dans le cadre des procédures collectives, mais elles ne sont pas investies d'une mission de service public, même si elles satisfont un besoin d'intérêt général. Aussi bien, la jurisprudence a-t-elle exclu, dans un premier temps, l'administrateur judiciaire des personnes susceptibles de commettre le délit de l'article 432-12 du code pénal[37]. Mais, les dernières évolutions jurisprudentielles[38] donnent à penser que l'administrateur judiciaire pourrait se rendre coupable d'une telle infraction, ce qui ne semble pas juridiquement exact, car ledit administrateur ne remplit pas une mission de service public[39].

Quoi qu'il en soit, ce qui est sanctionnable, c'est le fait, pour une personne disposant d'une des qualités précitées, de prendre, recevoir ou conserver un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération, dont elle a, au moment de l'acte, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. Concernant la notion de prise d'intérêt, la jurisprudence en fournit de nombreux exemples. En particulier, on peut citer le cas du maire qui cède, agissant en cette qualité, des terrains communaux à une société de construction, dont il est l'un des gérants[40] ou du directeur d'une SAFER qui obtient la rétrocession d'un lot à son profit[41]. Mais, il existe aussi d'autres cas où l'immixtion de l'agent ne se produit qu'«indirectement» par personne interposée[42]. Celle-ci peut être un membre de la famille du prévenu ou bien un dirigeant de fait ou de façade[43], alors que la société est en réalité entre les mains de l'élu ou du fonctionnaire qui en possède le capital. Ainsi, l'infraction a pu être imputée au maire d'une commune ayant signé deux contrats avec une société, dont les associés n'étaient que des prête-noms de son fils[44], ou au président d'une chambre de commerce et d'industrie qui avait accordé une sous-concession du domaine public, dont il avait l'administration ou la surveillance, à une société

37 - Cass. crim. 19 juin 1997, bull. crim. n°250, Dr. pénal 1998, comm. n°8, obs. J.-H. Robert (en l'espèce, il a été décidé que l'administrateur provisoire, bien que désigné par décision de justice, n'est pas un agent du gouvernement ou un officier public, car il n'est pas chargé d'une mission de service public et n'exerce aucune prérogative de service public) ; v. aussi : cass. crim. 30 janv. 2001, bull. crim. n°27.

38 - Cass. crim. 26 sept. 2001, bull. crim. n°93 ; v. en ce sens, en matière de corruption : cass. crim. 17 déc. 2003, pourvoi n°02-87.151.

39 - Cf. en ce sens : cass. ch. mixte 4 nov. 2002, bull. crim., ch. mixte, n°1, JCP G, 2003, II, n°10006, note Derieux, Dr. pénal 2003, comm. n°18, obs. M. Véron (en l'espèce, il a été décidé que les administrateurs judiciaires ne disposent d'aucune prérogative de puissance publique).

40 - V. cass. crim. 13 févr. 1969, bull. crim. n°80, Rev. sc. crim. 1969, p. 661, obs. A. Vitu.

41 - Cass. crim. 21 nov. 1985, bull. crim. n°370, JCP G, 1987, II, 20782, note P. Ourliac et M. de Juglart, Rev. sc. crim. 1986, p. 607, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire.

42 - Cass. crim. 14 juin 1988, bull. crim. n°272, JCP G, 1989, II, 21218, note W. Jeandidier ; cass. crim. 10 avr. 2002, bull. crim. n°84.

43 - Cass. crim. 2 nov. 1961, bull. crim. n°438, Rev. sc. crim. 1962, p. 327, obs. L. Hugueney.

44 - Cass. crim. 20 févr. 1995, Dr. pénal 1995, comm. n°173, obs. M. Véron ; v. aussi : cass. crim. 19 mai 1999, bull. crim. n°100, Dr. pénal 1999, comm. n°139, obs. M. Véron ; cass. crim. 21 juin 2000, bull. crim. n°239.

dans laquelle il était intéressé par l'intermédiaire de son gendre[45]. Cette dernière jurisprudence nous paraît excessive. C'est qu'en effet, si aucune critique ne peut être formulée, lorsque l'élu possède une part, fût-elle faible, dans le capital de la société bénéficiaire de l'opération, les juges doivent se montrer prudents, dès lors que l' «intéressé» est un tiers. Or, dans cette dernière espèce, le beau père, président d'une chambre de commerce et d'industrie, n'avait pas de parts de capital, et on ne saurait affirmer qu'une société créée et dirigée par le gendre soit dans les mains du beau père. Qu'il y ait peut-être favoritisme, ce n'est pas impossible, mais cette hypothèse entre, à notre avis, difficilement dans la prise illégale d'intérêts. Néanmoins, la Cour de cassation a repris le même argument, dans un arrêt du 29 septembre 1999[46], à propos d'un maire ayant fait signer par son adjoint un contrat avec son gendre, architecte, portant sur des travaux de construction de bâtiments communaux.

En revanche, mérite notre pleine approbation l'arrêt de la chambre criminelle du 21 juin 2000[47], ayant prononcé une condamnation à l'encontre d'un maire qui, en sa qualité de président de la commission d'appel d'offres, est intervenu dans l'attribution de plusieurs marchés de travaux publics à des sociétés gérées par ses enfants et dont l'une exploitait en location gérance le fonds de commerce de son entreprise personnelle.

En tout cas, seule la prise d'intérêts suffit à caractériser l'infraction, indépendamment de la recherche d'un gain ou d'un avantage personnel procuré à l'agent[48]. En réalité, la loi sanctionne, par cette incrimination, l'abus de la fonction, peu important que l'opération n'ait pu finalement aboutir pour des raisons indépendantes de la volonté de l'auteur[49], telles que la nullité de la convention conclue. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'agent ait retiré un profit pécuniaire de l'acte prohibé[50], seul un intérêt moral ou familial[51] étant suffisant pour établir le fait délictueux. Mais qu'il s'agisse d'un intérêt matériel ou moral, il doit être pris dans une entreprise ou dans une opération, dont l'auteur a, au moment de l'acte, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. Ainsi, le délit se trouve constitué, lorsqu'un membre du conseil municipal participe, personnellement ou par personne interposée - munie d'un pouvoir spécial[52]-, aux délibérations dudit conseil

45 - Cass. crim. 5 nov. 1998, bull. crim. n°289, RTD com. 1999, p. 771, obs. B. Bouloc, JCP G 1999, II, 10182, note W. Jeandidier.

46 - bull. crim. n°202.

47 - bull. crim. n°239.

48 - Cass. crim. 14 juin 2000, bull. crim. n°221 ; cass. crim. 3 mai 2001, bull. crim. n°106, Dr. pénal 2001, comm. n°99, obs. M. Véron.

49 - Cass. crim. 21 févr. 2001, bull. crim. n°46, D. 2001, somm. p. 2353, obs. M. Segonds.

50 - Cass. crim. 25 juin 1996, bull. crim. n°273, Dr. pénal 1996, comm. n°264, obs. M. Véron, RTD com. 1997, p. 156, obs. B. Bouloc.

51 - Cass. crim. 5 nov. 1998, précité ; cass. crim. 29 sept. 1999, bull. crim. n°202, D. 2000, somm. p. 125, obs. M. Segonds, RTD com. 2000, p. 473, obs. B. Bouloc, Dr. pénal 2000, comm. n°15, obs. M. Véron.

52 - Cass. crim. 24 oct. 2001, Dr. pénal 2002, comm. n°29, obs. M. Véron ; cass. crim. 10 avr. 2002, bull. crim. n°84, D. 2003, p. 246, obs. M. Segonds.

qui portent notamment sur une affaire dans laquelle il a un intérêt[53]. La jurisprudence fait aussi entrer dans la notion de surveillance la participation à l'élaboration d'un projet soumis à l'approbation d'un organe ou la formulation des propositions adressées à une autorité chargée de prendre des décisions. Le délit de l'article 432-12 du code pénal a pu donc être retenu à l'encontre d'un maire qui faisait des propositions au préfet pour l'octroi du permis de construire des immeubles, et dont la société assurait ultérieurement la construction[54], ou à l'encontre d'un contrôleur des impôts ayant participé à la préparation des impositions décidées par son supérieur hiérarchique à l'égard de contribuables, dont il établissait les déclarations moyennant rémunération[55].

Toutefois, afin de ne pas rendre impossible la gestion des petites communes, le législateur a prévu que, pour les communes comptant au maximum 3 500 habitants, il est possible à un élu de contracter avec ladite commune pour des transferts de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services, dans la limite d'un montant de 16 000 euros par an (v. article 432-12 du code pénal). Ce plafond doit s'entendre du montant global du contrat soumis à la délibération du conseil municipal, et non de celui de la prise effective d'intérêts, ce qui interdit à un élu de sous-traiter, même pour une somme inférieure au seuil de 16 000 euros[56].

Les élus municipaux précités peuvent aussi acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle, conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement, ou acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Cependant, ces opérations ne sont licites que si une évaluation des biens a été faite par le service des domaines et que si la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation de ces contrats a été prise sans la participation de l'intéressé, lors d'une séance tenue publiquement. On voit donc que, afin de protéger les intérêts des petites communes, la loi autorise exceptionnellement une prise d'intérêt.

Mais, l'interdiction légale ne concerne pas seulement les personnes chargées d'une fonction publique ; elle a été également étendue aux anciens fonctionnaires qui peuvent être auteurs de ce que l'on appelle le délit de «pantouflage».

2. La prise d'intérêts par un ancien fonctionnaire

L'article 432-13 du code pénal vise la prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire dans une entreprise privée, dont il avait eu la

53 - Cass. crim. 19 mai 1999, bull. crim. n°101, RTD com. 1999, p. 1000, obs. B. Bouloc, Dr. pénal 2000, comm. n°139, obs. M. Véron, D. 2000, somm. p. 124, obs. M. Segonds.

54 - Cass. crim. 7 oct. 1976, bull. crim. n°285, Rev. sc. crim. 1977, p. 325, obs. A. Vitu.

55 - Cass. crim. 11 mars 1976, bull. crim. n°93, JCP G, 1976, II, 18460, note A. Vitu.

56 - Cass. crim. 4 juin 1996, bull. crim. n°231, Dr. pénal 1996, comm. n°262, obs. M. Véron, Rev. sc. crim. 1997, p. 371, obs. B. Bouloc.

surveillance ou le contrôle, dans les cinq années précédant la cessation de ses fonctions. Il est clair que, par cette disposition, le législateur cherche, d'une part, à faire obstacle à ce que les anciens agents publics fassent profiter les entreprises privées du réseau de connaissances ou de relations d'amitié qu'ils ont pu acquérir, lorsqu'ils étaient en activité dans la fonction publique. D'autre part, cette incrimination a pour but de dissuader les grandes sociétés de tenter de débaucher les hauts fonctionnaires, afin de les intégrer dans leurs services, en leur faisant des propositions alléchantes ; ce qui peut provoquer une désorganisation de la fonction publique. Dès lors, il est permis de constater que, comme dans la précédente hypothèse, l'intérêt personnel et l'intérêt général sont en conflit. Aussi bien, le législateur fait-il prévaloir ce dernier sur l'intérêt de l'entreprise privée ou sur celui de l'ancien fonctionnaire récompensé pour les services rendus.

Deux catégories de personnes peuvent avoir la qualité d'auteur de cette infraction. En premier lieu, il s'agit des fonctionnaires publics, des agents et des préposés d'une administration publique. En second lieu, l'incrimination s'applique, depuis la loi du 23 décembre 1960, aux agents des établissements publics, des entreprises nationalisées et des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital. A cette liste, les rédacteurs du nouveau code pénal ont ajouté les exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications. Il en résulte alors que les personnes susceptibles de commettre le délit de «pantouflage» sont moins nombreuses que celles pouvant tomber sous le coup de l'incrimination de l'article 432-12 du code pénal. Ainsi, les personnes chargées d'une mission de service public ou celles investies d'un mandat électif, telles que les maires, les adjoints et les conseillers municipaux, ne peuvent être poursuivies sur le fondement de l'article 432-13 du code pénal[57].

Mais, ce que la loi sanctionne, par cette incrimination, c'est le fait, par un ancien fonctionnaire ayant été chargé soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseils ou capitaux dans l'une de ces entreprises, avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de ses fonctions. La loi prohibe, en outre, toute participation par travail, conseil ou capitaux, dans une entreprise privée qui possède au moins 30% de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de

57 - Haute Cour de justice, 21 juill. 1931, aff. Péret, S. 1931.2.182 (il a été jugé que l'article 175-1 de l'ancien CP ne s'appliquait pas à un ancien ministre des Finances, devenu, moins de cinq ans après la cessation de ses fonctions, l'avocat-conseil d'une banque qui, à l'occasion de certaines opérations, avait été soumise au contrôle du ministère des Finances).

droit ou de fait avec l'une des entreprises surveillées ou contrôlées. Un ancien agent public ne pourra pas donc bénéficier d'un emploi dans une filiale de la société précédemment contrôlée par lui ; une solution contraire aurait eu certainement pour conséquence de contourner l'interdiction légale[58]. La loi étend encore plus le domaine d'application de l'incrimination, en assimilant à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé (cela vise, en particulier, les services publics à caractère commercial ou industriel). En revanche, la prohibition prévue par l'article 432-13 du code pénal est écartée en cas de prise de capitaux dans des sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont échus par dévolution successorale.

La prise d'intérêts suppose, en tout cas, une participation permanente par travail, conseil ou capitaux, c'est-à-dire une collaboration qui se prolonge ou est susceptible de se prolonger un certain temps, un concours instantané et occasionnel n'étant pas suffisant[59]. La nécessité d'une telle participation confère, d'ailleurs, à l'infraction le caractère d'un délit continu, dont la prescription commence à courir à compter du jour où cesse cette collaboration. Ainsi, l'infraction a pu être imputée à un ancien inspecteur des impôts chargé du contrôle des compagnies d'assurances, qui, après avoir quitté l'administration, a conclu un contrat de formation et collaborait de façon permanente avec un certain nombre d'entre elles[60].

Mais, l'article 432-13 du code pénal ne peut s'appliquer que lorsque l'agent a pris un intérêt dans une entreprise privée qu'il avait autrefois surveillée ou était chargé de contrôler. On pourra faire observer que le texte ne requiert pas une surveillance directe, ce qui encourage les juridictions répressives à interpréter largement cette dernière notion. Aussi bien, il a été décidé que tombe sous le coup de l'incrimination un ancien inspecteur des impôts qui, depuis sa révocation, a été appelé à donner à certaines entreprises privées du département, où il exerçait précédemment ses fonctions, des conseils d'ordre juridique ou fiscal, peu important que l'intéressé n'ait pas eu l'occasion d'exercer lui-même un contrôle direct sur ces entreprises ; il suffisait, en effet, que le fonctionnaire ait eu une mission générale de surveillance ou de contrôle[61]. Aussi bien, afin d'éviter de retenir cette infraction, le Conseil d'Etat, saisi par un tiers, a préventivement considéré que les dispositions de l'article 432-13 du code pénal faisaient obstacle à ce qu'un fonctionnaire des Finances soit détaché, par une décision administrative, auprès d'un organisme

58 - A. Vitu, Juris-Classeur pénal, Art. 432-12 et 432-13, n°93.

59 - Cass. crim. 11 mai 1928, bull. crim. n°140.

60 - Cass. crim. 18 juill. 1984, bull. crim. n°262, Rev. sc. crim. 1985, p. 291, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire.

61 - Cass. crim. 15 nov. 1982, bull. crim. n°254, Rev. sc. crim. 1983, p. 469, obs. A. Vitu.

privé sur lequel il avait jusqu'alors exercé un contrôle direct[62].
Néanmoins, la prohibition légale prend fin à l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation des fonctions de l'agent, quelle qu'en soit la cause (démission, révocation, retraite, mise en congé ou disponibilité). Il est à préciser que ce délai ne commencera à courir qu'à compter du jour où le fonctionnaire a quitté le corps auquel il appartenait, la date à laquelle il a changé de service au sein de la même administration ne devant pas être prise en considération[63].
Les développements précédents démontrent donc que, dans le droit pénal commun, sont envisagés légalement ou jurisprudentiellement certains conflits d'intérêts. Cependant, il en existe d'autres pouvant justifier l'application de dispositions extérieures au code pénal.

Section II – Les conflits d'intérêts régis par des textes extérieurs au code pénal

Le droit pénal extérieur au code pénal prend aussi en compte certains conflits d'intérêts. Au premier chef, nous trouvons le droit pénal des sociétés. Mais, on peut aussi découvrir d'autres formes de conflits, comme certains agissements concernant les procédures collectives.

A - Les conflits d'intérêts relevant du droit pénal des sociétés

Au sein des sociétés commerciales, des conflits d'intérêts peuvent apparaître à l'occasion de la gestion et de l'administration des sociétés. On sait que, pour faciliter la répression de certains comportements résultant des indélicatesses des dirigeants, le législateur a créé le délit d'abus de biens sociaux pour la SA et les SARL, ainsi que pour les sociétés assimilées[64].
En outre, afin de rendre moins fréquents ces agissements, la loi a mis en place des organes de contrôle en la personne des commissaires aux comptes, ceux-ci devant être indépendants, compétents et impartiaux. Aussi bien, pour qu'il n'y ait pas de risque d'atteinte à l'indépendance dans les missions de ces contrôleurs, la loi a incriminé certains comportements susceptibles de donner prise à des conflits d'intérêts.
Enfin, l'on peut aussi, même si, à première vue, l'objectif de la loi est d'assurer la loyauté et la transparence du marché, faire entrer dans les conflits d'intérêts sanctionnés par le droit des sociétés, les délits d'initié, par lesquels les titulaires de droits sociaux vont procéder à des ventes ou à des achats en raison de la connaissance d'informations secrètes et privilégiées. Tour à tour, ces trois situations doivent donc être examinées.

62 - CE, 6 déc. 1996, D. 1996, p. 57, note M. Dobkine, JCP G, 1997, II, 22752, note Hérisson, RFDA 1997, p. 173, concl. Piveteau. On notera que l'actuel ministre des Finances a procédé à la vente de ses actions France Telecom pour éviter de faire la une du Canard Enchaîné.

63 - Trib. corr. Seine, 16 déc. 1966, Gaz. Pal. 1967.1.156, note F. Granier.

64 - V. J.-H. Robert et H. Matsopoulou, Traité de droit pénal des affaires, PUF, Coll. Droit fondamental, 2004, n°292.

1. La répression des conflits d'intérêts par l'abus de biens sociaux

En matière de droit pénal des sociétés, l'infraction phare demeure l'abus des biens, du crédit ou l'abus de pouvoirs. Cette incrimination tend à réprimer le fait pour un dirigeant social d'accomplir, de mauvaise foi, des actes contraires à l'intérêt social et à des fins personnelles. Il y a bien ici un conflit d'intérêts : l'intérêt de la société face à l'intérêt propre de son dirigeant. Aussi bien, le législateur sanctionne-t-il ce dernier qui fait primer son propre intérêt sur celui de la société.

Cela n'est pas douteux quand le dirigeant fait supporter à la société les dépenses personnelles engagées lors d'un voyage[65], le financement partiel de l'acquisition de son logement[66], les honoraires de son avocat[67], ou des indemnités et des remboursements de frais correspondant à des prestations fictives, quand bien même ces prélèvements auraient reçu l'assentiment du conseil d'administration et de l'assemblée générale des actionnaires[68]. Il en est de même en cas d'appropriation par le dirigeant des sommes provenant de la vente de biens appartenant à la société[69] ou de rémunération, par le biais d'un compte bancaire ouvert au nom de la société, d'un détective privé chargé de surveiller son épouse[70].

L'infraction se trouve aussi constituée, lorsque le dirigeant fait usage des biens de la société, pour favoriser un membre de sa famille ou un de ses proches[71], voire une société dans laquelle il est directement ou indirectement intéressé. Ainsi, commet un abus de biens sociaux le Président-directeur général d'une société anonyme, qui, par des affirmations mensongères, contraint cette société à consentir des commissions injustifiées et exorbitantes à une SARL qu'il a créée[72] ou celui qui organise une fusion-absorption contraire à l'intérêt de la société et avantageuse pour lui-même et d'autres sociétés dans lesquelles il est intéressé directement ou indirectement[73].

Et même, s'agissant de la constitution des caisses noires, la jurisprudence présume que le solde non établi des dépenses faites dans l'intérêt de la société n'a pu que profiter au dirigeant[74]. Cette présomption est, à notre avis, très vraisemblable[75].

---

65 - . Cass. crim. 6 nov. 1979, D. 1980, I.R., p. 144.

66 - Cass. crim. 24 oct. 1996, Rev. sociétés 1997, p. 373, obs. B. Bouloc, bull. Joly 1997, p. 201, note J.F. Barbièri, JCP E, 1997, I, 639, n°14, obs. Viandier et Caussain.

67 - Amiens, 11 juill. 1962, Rev. sociétés 1964, p. 148.

68 - Cass. crim. 12 déc. 1994, bull. Joly 1995, p. 427 ; cass. crim. 28 mars 1996, bull. crim. n°142, Rev. sociétés 1997, p. 141, note B. Bouloc ; v. aussi : Paris, 30 nov. 1995, Dr. sociétés 1996, n°106.

69 - Cass. crim. 28 nov. 1977, bull. crim. n°372.

70 - Cass. crim. 20 févr. 2002, bull. crim. n°37, Rev. sociétés 2002, p. 546, note B. Bouloc.

71 - Cass. crim. 13 mars 1975, bull. crim. n°78.

72 - Cass. crim. 14 févr. 1974, D. 1974, somm. p. 32.

73 - Cass. crim. 10 juill. 1995, bull. crim. n°253, Rev. sociétés 1996, p. 313, note B. Bouloc, bull. Joly 1995, p. 1048, note A. Couret et P. Le Cannu, JCP G, 1995, II, 22572, note Paillusseau.

74 - Cass. crim. 11 janv. 1996, bull. crim. n°21, Dr. pénal 1996, comm. n°108, note J.-H. Robert ; cass. crim. 20 juin 1996, bull. crim. n°271, D. 1996, p. 589, note B. Bouloc.

75 - V. Cass. crim. 9 juill. 1998, Rev. sociétés 1998, p. 821, note B. Bouloc (les prélèvements occultes de fonds sociaux par un dirigeant le sont «nécessairement» dans son intérêt personnel) ; v. aussi : J. Larguier et Ph. Conte, Droit pénal des affaires, 11e éd., Armand Colin, 2004, n°377.

Mais, là où l'on reste perplexe, c'est lorsque la jurisprudence fait entrer dans le champ de l'incrimination des agissements non effectués dans l'intérêt personnel du dirigeant. Tel est le cas de l'arrêt de la chambre criminelle du 3 février 1992[76], ayant condamné, pour le délit d'abus de biens sociaux, le PDG d'une société de transports, qui avait fait payer par celle-ci les amendes auxquelles il a été personnellement condamné pour infractions au code de la route, alors que celles-ci ont été commises dans l'exercice de son activité professionnelle.

Aussi bien, on retrouve également cette absence d'intérêt personnel dans la jurisprudence qui retient le délit d'abus de biens sociaux, dès lors que les dirigeants utilisent les biens de la société pour commettre une corruption. En particulier, l'utilisation de fonds sociaux, pour effectuer des opérations illicites, a été mise en relief dans l'affaire Carpaye[77]. Il s'agissait, en l'espèce, pour les gérants d'une SARL de transports, d'obtenir du conseil général l'attribution de marchés de transports scolaires. A cette fin, les intéressés avaient proposé de l'argent à un élu local, membre du conseil général, ainsi que l'acquisition d'un véhicule automobile, les sommes en cause étant prélevées sur l'actif de la SARL. La Haute juridiction a estimé que l'usage des fonds sociaux pour tenter de corrompre un élu, membre d'une commission, est «nécessairement abusif, dès lors qu'il est fait «dans un but illicite». Cette solution, qui avait été contestée, car les fonds étaient destinés à l'octroi d'un marché au profit des sociétés des dirigeants, avait même été qualifiée de «malencontreuse» par un ancien président de la chambre criminelle[78]. C'est qu'en effet, les gérants n'avaient pas utilisé les fonds sociaux à des fins personnelles, mais avaient cherché à obtenir des marchés dans l'intérêt de la société. D'ailleurs, des pratiques comparables avaient cours pour l'obtention de marchés publics à l'étranger, et il avait été institué un bureau officiel au ministère des Finances où les entreprises venaient indiquer les sommes versées à des intermédiaires, ce qui permettait de les déduire fiscalement. Mais, si c'était officiel en matière de commerce international, cela devrait l'être aussi dans le domaine interne.

Aussi bien, la Cour de cassation a-t-elle pris conscience de cette situation et a voulu y mettre un terme en douceur. Au début de l'année 1996, elle avait à connaître de l'existence d'une caisse noire, ayant servi à payer des ouvriers clandestins. La Cour de cassation aurait pu considérer que l'abus de biens sociaux concernait l'intégralité des sommes constituant ladite caisse, mais elle a, au contraire, retenu le délit, dans la

76 - Cass. crim. 3 févr. 1992, bull. crim. n°49, Dr. pénal 1992, comm. n°209, note J.-H. Robert, Rev. sociétés 1992, p. 535, note B. Bouloc ; v. aussi : cass. crim. 6 sept. 2000, Dr. pénal 2000, comm. n°138, note J.-H. Robert.

77 - Cass. crim. 22 avril 1992, bull. crim. n°169, Rev. sc. crim. 1993, p. 124, note B. Bouloc, Dr. pénal 1993, comm. n°115, note J.-H. Robert, D. 1995, p. 59, note H. Matsopoulou. V. aussi : W. Jeandidier, Droit pénal des affaires, 6e éd., Dalloz, 2005, n°272.

78 - V. l'intervention de M. Le Gunehec au colloque organisé, le 13 juin 1996, par l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et ayant comme thème l'abus de biens sociaux, Gaz. Pal. 1996, n°spécial, 9-13 août 1996.

mesure où la destination d'une partie des sommes prélevées ne pouvait être justifiée[79].

Quelque temps après, la Cour de cassation devait connaître de l'affaire de l'ancien maire de Lyon, Michel Noir[80]. Dans cette affaire, il était prétendu qu'une somme d'argent avait été remise par le dirigeant d'une société au gendre de l'ancien maire de Lyon, afin que ce dernier, qui était, à l'époque, ministre du commerce extérieur, intervienne auprès de son collègue, ministre de l'Economie, pour obtenir une remise fiscale en faveur de la société. La Cour de cassation a censuré la décision de la cour d'appel, ayant retenu le délit d'abus de biens sociaux, en invoquant une contradiction et une insuffisance de motifs. C'est qu'en effet, elle a considéré que la cour d'appel ne lui avait pas permis de s'assurer de la légalité de la décision, en énonçant que la somme versée ne correspondait à aucune prestation réelle, alors que la demande du dirigeant, fût-elle constitutive d'une infraction non poursuivie en l'espèce, a pu avoir pour résultat, en échange du versement, de minorer substantiellement la dette de la société envers le trésor public. On pouvait donc avoir un espoir que, parmi les différents actes illicites, il fallait distinguer entre ceux destinés à faire une économie et les autres. Mais, la cour de renvoi a constaté que, finalement, il n'y avait pas eu d'économie[81], ce qui avait pour conséquence de retenir, en l'espèce, la qualification d'abus de biens sociaux.

Mais, si la jurisprudence rendue dans l'affaire Michel Noir laissait une lueur d'espoir, la Cour de cassation a changé de cap, dans l'affaire Carignon[82]. En reprenant la formule de l'arrêt Carpaye de 1992, à quelque chose près, elle énonce que le délit d'abus de biens sociaux se trouve constitué toutes les fois qu'il y a une utilisation des fonds sociaux pour commettre un acte illicite. Aussi bien, cela expose la société à un risque anormal de sanctions pénales ou fiscales et porte atteinte à son crédit et à sa réputation.

Il résulte donc d'une telle jurisprudence que l'utilisation des fonds sociaux, pour commettre un délit, est un abus de biens sociaux[83]. Cependant, la loi exige un usage « à des fins personnelles » ; or, cette finalité a été oubliée, car ce n'était pas à des fins personnelles que les fonds avaient servi dans les affaires Carpaye et Carignon. On peut alors constater que, loin d'interpréter strictement la loi pénale, la Haute juri-

79 - Cass. crim. 11 janv. 1996, bull. crim. n°21, Dr. pénal 1996, comm. n°108, note J.-H. Robert, Rev. sociétés 1996, p. 586, note B. Bouloc ; v. aussi : cass. crim. 20 juin 1996, D. 1996, p. 589, note B. Bouloc.

80 - Cass. crim. 6 févr. 1997, bull. crim. n°48, D. 1997, p. 334, note J.-F. Renucci, D. Affaires 1997, p. 780, note H. Matsopoulou, JCP G, 997, II, 22823, note M. Pralus, Rev. sociétés 1997, p. 146, note B. Bouloc, bull. Joly 1997, p. 291, note J.-F. Barbièri.

81 - Paris, 19 mai 1998, Rev. sociétés 1998, p. 810, Rev. sc. crim. 1999, p. 332, obs. J.-F. Renucci ; v. aussi, sur second pourvoi : cass. crim. 15 sept. 1999, D. 2000, p. 319, note A. Médina.

82 - Cass. crim. 27 octobre 1997, bull. crim. n°352, Rev. sociétés 1997, p. 869, obs. Bouloc, JCP 1998, G, II, 10017, note M. Pralus, Dr. pénal 1998, comm. n°21, note J.-H. Robert.

83 - Une partie de la doctrine approuve toutefois cette jurisprudence : v. J. Larguier et Ph. Conte, *op. cit.*, n°375 ; W. Jeandidier, *op. cit.*, n°272 ; comp. M. Véron, Droit pénal des affaires, 6e éd., Armand Colin, 2005, n°204.

diction se montre peu exigeante quant à la caractérisation de l' «intérêt personnel», qui est, pourtant, un élément constitutif de l'infraction.
Toutefois, il faut relativiser, car est intervenu l'arrêt dans l'affaire de la tour BP de la Défense. En l'espèce, un certain nombre de personnes ont été mises en cause au titre de l'abus de biens sociaux. Mais, il y avait aussi un petit entrepreneur, dont la condamnation a été cassée, car la Cour de cassation a rappelé qu'il fallait caractériser l'intérêt personnel du dirigeant acquittant une fausse facture[84]. C'est un point important, parce qu'il ne faut pas occulter cet «intérêt personnel» et faire comme si celui-ci n'existait pas dans la loi. En fait, si on n'arrive pas à caractériser cet intérêt, il manque un élément constitutif de l'infraction, faisant obstacle à ce que celle-ci soit consommée. La jurisprudence rendue dans l'affaire Carignon serait-elle donc devenue caduque ? Il ne le semble pas, au vu d'un arrêt récent de la chambre criminelle du 22 septembre 2004[85], ayant rappelé que la corruption d'un salarié est un acte contraire à l'intérêt social, «en ce qu'elle expose le dirigeant de la société au risque anormal de sanctions pénales, ce qui porte atteinte au crédit et à la réputation de celle-ci». Toutefois, la Haute juridiction prend soin d'indiquer que, dans cette dernière affaire, l'utilisation des fonds sociaux pour commettre un délit «a eu pour seul but de maintenir la situation personnelle de son dirigeant au sein de la société». Comme le fait, très justement, observer le professeur J.-H. Robert, «l'adjectif «seul» est de trop et, de toute façon, il y a beau temps que cette condition de la recherche de l'intérêt personnel n'est plus, en droit positif jurisprudentiel, un élément constitutif de l'infraction»[86].
En réalité, dans les affaires précitées, les actes sanctionnés, au titre du délit d'abus de biens sociaux, n'étaient pas contraires à l'intérêt de la société, dans la mesure où ils tendaient directement à faire bénéficier celle-ci d'un avantage déterminé. L'intérêt de la société et l'intérêt personnel de ses dirigeants n'étaient donc pas en conflit. Sans doute, est-il permis de penser que, dans ces hypothèses, on était en présence d'un autre conflit : c'est qu'en effet, l'intérêt général, qui était compromis par la commission d'un acte illicite, tel que la corruption, s'opposait à l'intérêt de la société. Mais, en fait, la jurisprudence n'a pas hésité à privilégier le premier, et ce, au détriment de la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale.
Mais, le législateur n'a pas seulement entendu incriminer, par le délit d'abus de biens sociaux, le conflit d'intérêts entre la société et ses dirigeants, il a également mis fin à d'autres types de conflits, comme ceux concernant l'exercice des activités des commissaires aux comptes.

84 - Cass. crim. 1er mars 2000, bull. crim. n°101, Rev. sociétés 2000, p. 576, note B. Bouloc, bull. Joly 2000, p. 710, note A. Medina, RSC 2000, p. 839, obs. J.-F. Renucci.

85 - Dr. pénal 2004, comm. n°178, note J.-H. Robert.

86 - Il semble, toutefois, que cet élément réapparaît dans certaines décisions judiciaires. Aussi bien, il a servi pour justifier la cassation d'arrêts de cours d'appel ne s'étant pas prononcés sur ce point : crim. 5 mai 2004, pourvoi n° 03- 82535 ; crim. 4 nov. 2004, Dr. pénal 2005, comm. n°44, obs. J.-H. Robert, rev. pénitentiaire et de droit pénal 2005, p. 437, obs. Ph. Conte ; sur la question, v. aussi : H. Matsopoulou, Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux, D. 2005, cah. dr. des aff., p. 2075.

2. La répression des conflits d'intérêts dans le commissariat aux comptes

Les commissaires aux comptes apparaissent comme les gardiens de la régularité comptable, et même de la bonne situation financière de l'entreprise. Comme l'a affirmé la jurisprudence, ce sont des fonctionnaires de la société investis d'une mission légale de surveillance des comptes[87] et des conséquences de la gestion. Ils agissent dans l'intérêt de tous, en vue du bon fonctionnement de la société : dirigeants, actionnaires, salariés, épargnants et fournisseurs.

N'ont-ils pas, au demeurant, l'obligation de dénoncer au procureur de la République tous les faits délictueux appris dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ?

Dès lors, vu le rôle important que ces personnages jouent au sein des entreprises, le législateur s'est efforcé, par un bloc de dispositions, d'assurer leur indépendance[88]. Car il faut vraiment que celui qui peut mettre en œuvre une procédure d'alerte[89] ou dénoncer des agissements douteux ne soit pas sous la domination de celui qui l'a choisi et le fait payer. C'est qu'en effet, les commissaires aux comptes assurent une mission d'intérêt général au service du public et des associés. Ils ne doivent donc pas faire prévaloir l'intérêt de la société qu'ils sont chargés de contrôler, voire leur propre intérêt, sur l'intérêt général.

Le législateur français a, depuis longtemps, été sensible à cette nécessité d'indépendance. Ainsi, il a édicté des causes d'incompatibilités générales ou spéciales qui ont été accrues notamment avec les lois du 1er mars 1984 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises et du 1er août 2003 de sécurité financière.

Plus précisément, l'article L. 822-11-I, al. 1er, du code de commerce (modifié par l'art. 13 de l'ordonnance n°2005-1126 du 8 sept. 2005 relative au commissariat aux comptes) interdit, en premier lieu, à un commissaire aux comptes de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne ou de l'entité, dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle, au sens de l'article L. 233-3 (I ou II) du code de commerce.

En deuxième lieu, l'article L. 822-11-I, al. 2, du code de commerce prévoit que le code de déontologie définira les liens personnels, financiers et professionnels[90], concomitants ou antérieurs à la mission du commissaire aux comptes, incompatibles avec l'exercice de celle-ci.

87 - Com. Séc. soc. Paris, 1er février 1965, Gaz. Pal. 1965.1.244.

88 - V. H. Matsopoulou, Le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes, Rev. sociétés 2003, n°4, p. 813 et s. ; cf. aussi : du même auteur, Le contrôle légal des comptes sociaux, Rev. sociétés 2005, n°1, p. 45 et s.

89 - D. Legeais, Droit commercial et des affaires, 15e éd., Armand Colin, 2003, n°811.

90 - Le décret n°2005-1412 du 16 nov. 2005, portant code de déontologie des commissaires aux comptes (JO 17 nov., p. 17 925) apporte des réponses précises quant aux incompatibilités, en définissant les liens personnels, financiers ou professionnels qui empêchent un commissaire aux comptes d'accepter ou de conserver une mission d'audit (art. 27, 28 et 29).

En particulier, cette indépendance pourra être en péril, en cas d'appartenance à un réseau pluridisciplinaire, national ou international, dont les membres ont un intérêt économique commun pour la fourniture de prestations de services à une personne ou une entité contrôlée ou qui contrôle la personne, dont les comptes sont certifiés par le commissaire aux comptes. Avant d'être désigné, le commissaire aux comptes devra indiquer s'il est affilié à un réseau national ou international n'ayant pas pour activité exclusive le contrôle des comptes et dont les membres ont un intérêt économique commun (article L. 820-3 du code de commerce). Le cas échéant, le commissaire informera la personne ou l'entité, dont il se propose de certifier les comptes, du montant global des honoraires perçus par le réseau au titre des prestations non directement liées à la mission du commissaire aux comptes, fournies par ce réseau à une personne ou l'entité contrôlée ou qui contrôle la personne ou l'entité, dont le commissaire se propose de certifier les comptes.
Enfin, le commissaire aux comptes, affilié à un réseau n'ayant pas pour activité exclusive le contrôle légal des comptes, ne peut certifier les comptes d'une personne qui, en vertu d'un contrat conclu avec ce réseau, bénéficie d'une prestation de service qui n'est pas directement liée à la mission du commissaire aux comptes (art. 822-11-11, al. 2, C. com.). Le non-respect de ces dispositions expose certainement à des sanctions disciplinaires et même à des sanctions pénales. En effet, s'agissant d'incompatibilités légales, leur non-respect paraît entrer dans le champ d'application de l'article L. 820-6 du code de commerce. On rappellera que ce texte sanctionne le fait d'accepter, d'exercer ou de conserver les fonctions de commissaires aux comptes, nonobstant les incompatibilités légales. Sans doute, on fait peu souvent usage de ce texte. Néanmoins, la jurisprudence n'a pas hésité à l'appliquer à tout commissaire exerçant d'autres fonctions dans la société contrôlée ou qui était rémunéré par elle pour un service d'assistance régulier. Ainsi, la cour d'appel de Bordeaux a retenu le délit contre le commissaire aux comptes ayant donné des conseils à la société et qui recevait deux rémunérations[91]. Pour sa part, la Cour de cassation a prononcé une condamnation à l'encontre d'un commissaire aux comptes ayant exercé des fonctions d'expert comptable au sein de la société contrôlée et touché deux rémunérations[92]. Le fondement de la condamnation reposait sur la méconnaissance de l'article 220-4 de la loi de 1966[93]. A nouveau, la Haute juridiction approuvait, le 24 mai 1983[94], la décision d'une cour d'appel ayant déclaré coupable un commissaire aux comptes ayant reçu des rémunérations correspondant à d'autres activités occultes, alors

91 - Bordeaux, 29 juin 1978, bull. CNCC 1980, n°39.

92 - Cass. crim. 3 janv. 1983, Rev. sociétés 1984, p. 114, obs. B. Bouloc.

93 - V. encore pour le cas de cumul de rémunérations : trib. corr. Paris, 23 avr. 1979, Rev. sociétés 1979, p. 352, note P. Mabilat ; Trib. corr. Créteil, 2 déc. 1980, bull. CNCC 1981, n°4180.

94 - D. 1984, p. 101, note D. Vidal.

que son épouse était l'associée majoritaire d'une société lui versant des rémunérations pour des services étrangers aux fonctions de commissaire aux comptes. Comme le relevait la Cour de cassation, le principe de l'indépendance des commissaires aux comptes s'oppose à toute activité étrangère à leurs fonctions, permanente ou non, rémunérée ou non, directement ou indirectement[95].

A vrai dire, la question de l'étendue de l'incrimination a rebondi au lendemain de la loi du 1er mars 1984 qui a inséré, dans celle du 24 juillet 1966, les incompatibilités figurant dans l'article 8-1 du décret du 12 août 1969. Comme la doctrine la plus autorisée l'a fait observer, ce changement de hauteur de norme n'est pas banal ; c'est qu'en effet, s'agissant d'incompatibilités légales, «la sanction est pénale et non plus disciplinaire»[96]. Les termes sont très compréhensifs et les auteurs ont remarqué que la seule sauvegarde résiderait dans la sagesse des magistrats répressifs[97]. Une autre partie de la doctrine a, au contraire, considéré que la loi était un peu vague[98].

Sans doute, la cour d'appel de Bordeaux s'est inspirée, dans un arrêt du 15 janvier 2002, d'une telle opinion, en estimant que les dispositions légales étaient trop vagues, pour pouvoir donner lieu à sanction[99]. Il est vrai qu'en l'espèce, il n'était pas démontré que le commissaire avait été rémunéré pour des actes d'assistance fiscale et juridique. En revanche, la cour d'appel de Paris a refusé, par un arrêt du 23 août 2000[100], le paiement d'une rémunération à un commissaire aux comptes, intervenu comme prestataire de services auprès d'une société, dont plus de 10% du capital était détenu par la société qu'il contrôlait, car la convention puisait sa source dans une infraction à la loi pénale et ne pouvait, par conséquent, produire aucun effet.

De ces différentes décisions et opinions, il est permis de déduire que l'indépendance du commissaire aux comptes doit être pleinement assurée, si bien que toute rémunération provenant d'une incompatibilité générale ou spéciale, quelle que soit la forme qu'elle prendrait, pourrait faire tomber le commissaire sous le coup de l'article L. 820-6 du code de commerce. Malgré le caractère imprécis de la norme d'incrimination, il existe un risque certain de voir le juge répressif prendre appui sur ce texte pour prononcer une sanction, comme l'ont noté, à juste titre, certains auteurs[101]. C'est, d'ailleurs, en ce sens que se prononce la Circulaire

95 - Cass. crim. 18 oct. 1983, D. 1984, p. 361, note D. Vidal.

96 - Ch. de Lauzainghein, J.-L. Navarro et D. Nechelis, Droit comptable, Précis Dalloz, 3e éd., 2004, n°87.

97 - V. aussi dans le sens de l'extension de l'incrimination : E. du Pontavice, «Portée des nouvelles règles en matière d'incompatibilités, bull. CNCC n°58, juin 1985, p. 258 à 261 ; N. Stolowy, Les délits comptables, Economica 2001, p. 166 et 169.

98 - D. Vidal, Le commissaire aux comptes dans la société anonyme, thèse Nice, 1985, LGDJ, n°328 et s.

99 - Bordeaux, 15 janvier 2002, bull. CNCC 2002, n°125, p. 67, note Ph. Merle (à propos de l'article L. 225-222-1 C. com.).

100 - JCP E, 2001, n°14, 610, note Pasqualini.

101 - A. Couret et M. Tudel, Le nouveau contrôle légal des comptes, D. 2003, n°33, chron. p. 2290, et spéc. p. 2297 ; cf. aussi : H. Matsopoulou, article précité, Rev. sociétés 2003, n°4, p. 821.

du garde des Sceaux en date du 14 septembre 2004 (Crim. 04-14/G3-14.09.2004)[102], en incitant, à propos de la violation des incompatibilités générales ou spéciales, les procureurs à mettre en mouvement l'action publique avec fermeté, dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction définie à l'article L. 820-6 du code de commerce leur apparaîtront réunis. Mais, si l'application des dispositions répressives suscite certaines réserves dans le domaine du commissariat aux comptes, la loi ne laisse, en revanche, place à aucun doute, dès lors qu'elle sanctionne certains conflits d'intérêts en matière boursière.

3. La répression des conflits d'intérêts dans l'utilisation illicite d'informations privilégiées

En matière boursière, il y a aussi un conflit d'intérêts entre celui qui dispose des informations privilégiées et l'ensemble des opérateurs. Plus précisément, ces informations peuvent porter sur «les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé» ou «les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé» (article L. 465-1, al. 1er, du code monétaire et financier). Constitue donc une information privilégiée tout événement touchant directement ou indirectement à la vie d'un émetteur de produits admis sur un tel marché[103]. Ainsi, peuvent être considérées comme des informations privilégiées la préparation d'une offre publique d'achat[104], la connaissance du montant exact des pertes enregistrées par une société[105] ou de celui du dividende qui sera distribué à la suite d'un exercice bénéficiaire[106], voire les renseignements relatifs à des signatures de contrats[107], prises de contrôles, restructurations ou à une opération de stellage[108]. Sans aucun doute, l'information privilégiée présente un caractère confidentiel, dans la mesure où elle n'est connue que d'un cercle très restreint de personnes[109].
En ce qui concerne celles-ci, il peut s'agir des dirigeants sociaux sur qui pèse, en raison de leurs fonctions, une présomption de connaissance des informations privilégiées (article L. 225-109 du code de commerce).

102 - V., H. Matsopoulou, Incidences pénales des réformes récentes en droit des sociétés et en droit financier : présentation de la circulaire Crim. 04-14/G3 du 14 sept. 2004, rev. Sociétés 2005, p. 579, et spéc., p. 584.

103 - . N. Rontchevsky, Instruments financiers et délits boursiers, *in* Actes du colloque de Reims, 9 janv. 2002, L'utilité de la notion d'instrument financier, Petites Affiches 28 mars 2002, n°63, et spéc. p. 25.

104 - Cass. crim. 26 oct. 1995, Affaire Péchiney-Triangle, bull. crim. n°324, Rev. sociétés 1996, p. 326, obs. B. Bouloc, bull. Joly Bourse 1996, p. 120, obs. N. Rontchevsky.

105 - Trib. gr. inst. Paris, 19 déc. 1975, JCP G, 1976, II, 18329, note A. Tunc.

106 - Trib. gr. inst. Paris, 28 janv. 1985, D. 1985, p. 357, note J.-P. Marchi ; v. aussi : cass. crim. 15 mai 1997, Rev. sociétés 1998, p. 135, obs. B. Bouloc.

107 - Trib. gr. inst. Paris, 15 oct. 1976, JCP G, 1976, II, 18329, note A. Tunc (à propos d'un projet de construction par deux sociétés d'un supermarché).

108 - Cass. crim. 29 nov. 2000, bull. crim. n°359, Rev. sociétés 2001, p. 380, obs. B. Bouloc (en l'espèce, les informations étaient précises, puisqu'elles indiquaient les parties et le nombre de titres concernés, ainsi que le sens et la date de dénouement).

109 - Paris, 14 janv. 1993, Gaz. Pal. 1993.1.198, note J.-P. Marchi.

La doctrine les dénomme souvent des initiés de droit, internes, de première main[110] (ou primaires) ou encore des «initiés par nature». Entrent dans cette catégorie le président, les directeurs généraux, les membres du directoire d'une société, les personnes physiques ou morales exerçant dans celle-ci les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance, ainsi que les représentants permanents des personnes morales qui exercent ces fonctions.
Sont également concernées toutes les personnes qui peuvent disposer des informations privilégiées à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions (article L. 465, al. 1er, du code monétaire et financier). On les appelle souvent des initiés de fait, de seconde main (secondaires) ou encore des « initiés par occasion ». En tout cas, aucune présomption de connaissance d'informations privilégiées ne pèse sur ceux-ci, le juge répressif ne pouvant prononcer une condamnation que lorsqu'il est établi que l'intéressé a eu une véritable connaissance d'une telle information, acquise dans le cadre de l'exercice de sa profession. Ainsi, peuvent tomber sous le coup de l'interdiction de la loi pénale un cadre de banque[111], un liquidateur amiable[112], un avocat ou un conseil intervenant dans la négociation ou la rédaction d'un acte[113], un secrétaire général de société[114], des employés de sociétés de bourse ou de compagnies d'assurances[115] ou un haut responsable de ministère[116]. Ces intermédiaires peuvent profiter de ces informations soit pour réaliser, directement ou par personne interposée, des opérations personnelles, soit pour faciliter l'accomplissement de telles opérations par un tiers. Normalement, ils doivent exécuter leurs missions imparties et ne pas profiter de leur qualité en agissant ainsi.
Aussi bien, la loi impose-t-elle une obligation d'abstention à ces personnes pendant la période précédant la révélation des informations au public (par exemple, par la publication d'avis dans de journaux spécialisés, par des conférences de presse ou par un communiqué officiel de la société dans la presse spécialisée, etc...)[117].
Il est vrai que la chambre commerciale a admis que l'initié puisse établir que l'opération aurait été motivée par un intérêt autre que personnel,

110 - Lamy, Droit pénal des affaires, 2006, n°1278.

111 - Trib. gr. inst. Paris, 13 janv. 1978, bull. COB. févr. 1978, n°101, p. 4.

112 - Trib. gr. inst. Paris, 30 mars 1979, JCP G, 1980, II, 19306, note A. Tunc.

113 - Paris, 27 déc. 1990, Gaz. Pal. 1991.1.157.

114 - Trib. gr. inst. Paris, 17 mars 1976, JCP G, 1976, II, 18496, note A. Tunc.

115 - Cass. crim. 18 févr. 1991, bull. crim. n°81, Rev. sociétés 1991, p. 787, note W. Jeandidier.

116 - Trib. gr. inst. Paris, 13 mai 1986, Gaz. Pal. 1986.2.459, note J.-P. Marchi ; v. aussi : cass. crim. 26 oct. 1995, bull. crim. n°324, Petites Aff. 24 nov. 1995, p. 19, note Cl. Ducouloux-Favard. La jurisprudence va parfois très loin, en considérant que devient un initié le directeur d'une société d'architecture qui, ayant vu sortir de son bureau le président-directeur général d'une société accompagné du président-directeur général d'une autre société, s'est rappelé avoir lu dans un journal qu'un accord se préparait entre les deux sociétés (v. Trib. gr. inst. Paris, 15 oct. 1976, JCP G, 1977, I, 18543, note A. Tunc, Rev. sociétés 1977, p. 123, obs. B. Bouloc).

117 - Paris, 26 mai 1977, JCP G, 1978, II, 18789, note A. Tunc, D. 1978, p. 379, note J. Cosson.

tel que l'intérêt de la société et la poursuite des objectifs de la stratégie sociale[118]. Mais, si cette solution jurisprudentielle apporte un peu de souplesse, on doit reconnaître qu'elle admet implicitement que, par principe, celui qui connaît l'information, avant que le public en ait connaissance, a tendance à rechercher son propre intérêt.
En tout cas, il faut bien convenir que le fait justificatif tiré de l'intérêt social pourra difficilement être invoqué dans l'hypothèse où l' «initié» est une personne autre que celles d'initiés «de première main». Et l'on sait que la loi du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne[119], a introduit un article L. 465-1, al. 3, dans le code monétaire et financier, tendant désormais à sanctionner toute personne, autre que celles précédemment indiquées, qui, en possédant en connaissance de cause des informations privilégiées, réalise ou permet de réaliser, directement ou indirectement, une opération, avant que le public en ait connaissance.
Il est clair que, par ce dispositif répressif, le législateur incrimine tous ceux qui font primer leur intérêt personnel ou celui de leurs «proches» sur l'intérêt de l'ensemble des investisseurs, en imposant ainsi une transparence et une certaine loyauté dans la réalisation des opérations boursières.
Mais, en dehors du droit des sociétés, des conflits d'intérêts sont également pris en compte par la législation applicable aux entreprises individuelles ou non connaissant des difficultés financières.

B - Les conflits d'intérêts en matière de procédures collectives

De fait, que ce soit dans les lois anciennes, concernant ce que l'on appelait autrefois les «faillites», ou dans les lois plus récentes sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, on trouve au moins deux textes sanctionnant les conflits d'intérêts. Il s'agit, d'une part, du délit de «malversation» susceptible d'être commis par les organes de la procédure collective. D'autre part, le législateur a institué le délit de banqueroute par détournement d'actif, tendant à incriminer le dirigeant (ou le commerçant) qui, au mépris des droits des créanciers, appréhende certains biens de la société (ou de l'entreprise individuelle) débitrice, dans son propre intérêt.

1. Les conflits d'intérêts sanctionnés par le détournement d'actif

L'article L. 654-2-2° du code de commerce (anc. art. L. 626-2-2 C. com.) sanctionne le fait d'avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif

118 - Cass. com. 9 avril 1996, bull. civ. IV, n°115, bull. Joly Bourse 1996, p. 305, note F. Peltier, RJDA 1996, n°5, n°645, concl. M.-C. Piniot, Rev. dr. bancaire et bourse 1996, p. 177, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche, Dr. sociétés 1996, comm. n°138, obs. H. Hovasse, JCP E, 1996, II, n°589, p. 391, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; et sur pourvoi, cf. aussi : Paris, 13 mai 1997, D. 1998, som. p. 77, obs. Y. Reinhard, Rev. sociétés 1997, p. 855, obs. B. Bouloc, bull. Joly Bourse 1997, p. 628, note H. de Vauplane. En l'espèce, il n'a pas été, en tout cas, établi qu'il avait été procédé à la vente litigieuse «dans l'intérêt de la société et pour atteindre les objectifs que lui assignait sa stratégie sociale » : cass. com. 5 oct. 1999, bull. civ. IV, n°157, Rev. dr. bancaire et bourse 1999, p. 247, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche, bull. Joly Bourse 2000, p. 38, note N. Rontchevsky.

119 - Les dispositions de cette loi ont été pérennisées par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (art. 31).

du débiteur, privant ainsi les créanciers d'une part de leur gage. Ce texte ne peut recevoir application qu'en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires qui est une condition préalable de l'infraction[120]. En l'absence de cette condition, les actes de détournement d'actif peuvent entrer dans le champ d'application du délit d'abus de biens sociaux [121].

S'agissant plus précisément du détournement, qui constitue l'âme de l'infraction, il suppose, selon la formule utilisée par la Cour de cassation, tout acte positif [122] de disposition, accompli volontairement sur le patrimoine du débiteur, en fraude des droits des créanciers[123]. Il est clair que, dans la présente hypothèse, l'intérêt personnel des dirigeants sociaux est en conflit avec l'intérêt des créanciers. Aussi bien, le législateur, sanctionnant les premiers, fait-il prévaloir l'intérêt des seconds.

Les exemples fournis par la jurisprudence, en la matière, sont assez nombreux. Concrètement, il peut s'agir des prélèvements, non justifiés, de deniers sociaux au sein d'une société civile professionnelle[124]. Ce peut être aussi le virement de fonds sociaux sur le compte personnel du dirigeant[125] ou la cession, par le gérant d'une société en état de cessation des paiements, du matériel, pour un prix inférieur à sa valeur vénale, à une autre société, dans laquelle ledit gérant a des intérêts[126]. Caractérise aussi un acte de détournement d'actif le fait, pour un dirigeant, titulaire d'un compte courant d'associé créditeur, d'opérer postérieurement au jugement prononçant le redressement judiciaire et au jugement arrêtant le plan de cession, des prélèvements sur le compte de la société, aux fins de paiement de sa créance, alors que celle-ci est éteinte, faute d'avoir été déclarée[127]. Il en est de même, lorsqu'il s'agit de la vente volontaire d'un fonds de commerce d'une société à deux autres sociétés dirigées l'une par l'épouse et l'autre par le fils du gérant, et dont le produit a servi à payer les dettes sociales, dont le gérant s'était porté caution solidaire, comme à rembourser des comptes courants d'associés[128]. Enfin, constitue un détournement punissable le fait, pour le

120 - V. J.-H. Robert et H. Matsopoulou, Traité de droit pénal des affaires, *op. cit.*, n°338. la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises n'a pas modifié cette condition préalable de la banqueroute ; v. J.-H. Robert, Banqueroute et autres infractions : commentaire des dispositions pénales de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, Dr. pénal nov. 2005, étude n°15, p. 13.

121 - M.-Ch. Sordino, Banqueroute par détournement d'actif et abus de biens sociaux : un conflit de qualifications ... des solutions en «clair-obscur», Mélanges M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 697 et s.

122 - Cass. crim. 24 avr. 1984, D. 1984, p. 508, note J.-H. Robert, Gaz. Pal. 1985.1.25, note J. Cosson ; Cass. crim. 7 avr. 1998, RTD com. 1998, p. 947, obs. C. Mascala, Rev. sociétés 1998, p. 624, obs. B. Bouloc.

123 - Cass. crim. 11 mai 1995, bull. crim. n°172.

124 - Cass. crim. 14 déc. 1994, Rev. proc. coll. 1996, p. 135, obs. C. Mascala.

125 - Cass. crim. 23 oct. 1997, bull. crim. n°348, Rev. sociétés 1998, p. 141, obs. B. Bouloc, JCP E, 1999, 321, note J.-H. Robert.

126 - Cass. crim. 7 déc. 1992, Rev. proc. coll. 1993, p. 610, obs. J. Devèze.

127 - Cass. crim. 20 mars 1995, bull. crim. n°110, Rev. proc. coll. 1996, p. 134, obs. C. Mascala.

128 - Cass. crim. 11 mai 1995, précité ; cass. crim. 27 nov. 1997, bull. crim. n°405, Rev. sociétés 1998, p. 596, obs. B. Bouloc. V. aussi : cass. crim. 3 mai 2001, pourvoi n°00-86.068.

dirigeant d'une société, de détourner des règlements de clients et des contrats de construction, éléments du patrimoine social[129]. En revanche, la cession à des créanciers sociaux, pendant la période suspecte, de biens de la société, dans la mesure où la créance des bénéficiaires, égale ou supérieure à la valeur de ces biens, est certaine, liquide, et exigible, ne constitue pas un détournement d'actif ; en réalité, il s'agit, dans ce dernier cas, d'un paiement préférentiel qui n'est plus répréhensible[130].
Quant aux actes de dissimulation, ils peuvent consister dans la soustraction volontaire d'un élément d'actif de patrimoine du débiteur, qui est le gage des créanciers. Tel peut être, par exemple, le cas de celui qui dissimule les fonds provenant de la vente d'un immeuble, élément d'actif, en les déposant sur un compte bancaire ouvert à l'étranger au nom de jeune fille de son épouse[131].
On constate donc que les juges répressifs n'hésitent pas à condamner tous ceux qui font prévaloir leur propre intérêt sur celui des créanciers de la société (ou de l'entreprise) débitrice.
Mais, le législateur se montre aussi sensible à ce que les intervenants dans la procédure collective, désignés par l'autorité judiciaire, soient intègres et ne profitent pas de leur situation pour commettre des actes de détournement ou se faire attribuer certains avantages.

2. La prohibition des conflits d'intérêts par l'incrimination de la «malversation»

Depuis la loi du 28 mai 1838, le législateur incrimine les malversations commises par les « syndics de faillite », prédécesseurs des administrateurs et liquidateurs judiciaires[132]. Lors de la refonte de la législation en 1985, le Conseil Constitutionnel[133] a exigé une rédaction plus précise du texte d'incrimination, pour éviter l'arbitraire judiciaire. Ainsi, le législateur a été amené à donner à l'infraction une nouvelle définition, contenue actuellement dans l'article L. 654-12-I du code de commerce (anc. art. L. 626-12-I). Ce texte sanctionne l'utilisation, à des fins personnelles, par l'une des personnes organes de la procédure collective des sommes appartenant au débiteur ou l'utilisation abusive des pouvoirs au détriment des droits des créanciers ou du débiteur. Qu'il s'agisse de la première ou de la seconde hypothèse, l'une et l'autre font apparaître un conflit d'intérêts, dans la mesure où les organes de la procédure collective privilégient leur intérêt personnel sur celui des créanciers ou du débiteur.

129 - Cass. crim. 5 oct. 1992, bull. crim. n°301, bull. Joly 1993, p. 252, note B. Bouloc.

130 - Depuis l'abrogation par la loi du 25 janvier 1985 de l'ancien article 131, al. 3, de la loi du 13 juillet 1967. V. Cass. crim. 21 juin 1993, bull. crim. n°217, Rev. jurispr. com. 1994, p. 16, obs. R. Bernardini et A. Honorat.

131 - Cass. crim. 29 mars 2000, bull. crim. n°141.

132 - L'article 596 de l'ancien code de commerce disposait : «Tout syndic qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion sera puni correctionnellement des peines portées en l'article 406 du code pénal». Cette rédaction avait été reprise par la loi du 13 juillet 1967 (art. 146).

133 - Cons. Const., déc. n°84-183 DC du 18 janv. 1985, D. 1986, p. 425, note T. Renoux.

Le délit de malversation peut être commis par « tout administrateur, mandataire judiciaire, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan ».
Plus précisément, la loi sanctionne, d'une part, le fait pour l'une des personnes précitées « de porter volontairement atteinte aux intérêts des créanciers et du débiteur soit en utilisant à son profit des sommes perçues dans l'accomplissement de sa mission, soit en se faisant attribuer des avantages qu'elle savait n'être pas dus ». Aussi bien, la doctrine fait-elle observer que le législateur institue, en la matière, un délit d' « abus de confiance spécial »[134], tendant à réprimer les actes de détournement et de dissipation des sommes perçues par l'un des organes de la procédure collective, à la suite par exemple d'une vente ou du recouvrement d'une créance.
En s'appuyant sur les termes de la loi, la jurisprudence n'hésite pas, pour sa part, à faire tomber sous le coup de la loi pénale les administrateurs ou liquidateurs qui, avant de rendre en temps utile les sommes perçues, les placent, afin que celles-ci produisent des intérêts dans leur seul profit[135]. Et il en est de même, lorsqu'ils perçoivent des honoraires supérieurs à ceux qui sont réglementés, se faisant ainsi attribuer un « avantage indu ».
La loi vise, d'autre part, le professionnel qui fait «dans son intérêt, des pouvoirs dont il disposait, un usage qu'il savait contraire aux intérêts des créanciers ou du débiteur». Un arrêt de la chambre criminelle du 26 septembre 2001[136] constitue un exemple de cette deuxième situation. En l'espèce, un administrateur avait créé des sociétés avec certains de ses salariés, et il recommandait aux débiteurs d'y recourir, pour l'exécution de tâches d'exploitation de leurs entreprises. Il semblerait que le recours aux services de ces personnes n'aurait pas vraiment été trop onéreux pour les débiteurs. Cependant, la cour d'appel de Versailles, puis la Cour de cassation, ont considéré que le délit de malversation était réalisé : c'est qu'en effet, les frais de l'administration ont été réduits, tandis que les débiteurs avaient dû effectuer des dépenses supplémentaires. Il est vrai que l'administrateur avait fait valoir que les prestations fournies n'étaient pas de celles qui entraient dans ses missions ; mais, les juges, en retenant l'infraction, n'ont guère attaché d'importance à la nature des prestations effectuées par les sociétés tierces.
A nouveau, par un arrêt du 9 février 2005[137], la chambre criminelle a retenu le délit de malversation par abus de pouvoirs, à l'encontre d'un mandataire judiciaire qui avait fait exécuter, par le débiteur, des travaux à son domicile personnel, mais n'avait pas porté la créance de ces travaux à l'actif de la liquidation et ne l'avait pas recouvrée. Sans doute, à la fin de la procédure, le liquidateur avait fait taxer ses honoraires en

134 - J.-H. Robert et H. Matsopoulou, op. cit., n°355, p. 574.

135 - Cass. crim. 5 juill. 1993, bull. crim. n°239, D. 1993, I.R., p. 240.

136 - Bull. crim. n°190, Dr. pénal 2002, comm. n°9, note J.-H. Robert, RTD com. 2002, p. 181, obs. B. Bouloc.

137 - Bull. crim. n°50.

demandant au juge de tenir compte de l'accord de compensation. Mais, la Haute juridiction a estimé que l'infraction était constituée, dans la mesure où le mandataire avait bénéficié pendant plusieurs années d'un crédit injustifié et, par conséquent, avait fait «usage, dans son intérêt, d'un pouvoir dont il disposait dans le cadre de ses prérogatives, pour soustraire un élément de l'actif de la liquidation, en préjudiciant gravement aux intérêts du débiteur et des créanciers». En réalité, l'intérêt consistait, pour le mandataire, à bénéficier d'un crédit entre la réalisation des travaux et l'exécution de l'accord de compensation.
On s'aperçoit donc, par ces différents exemples, que les juridictions répressives sont amenées, en matière de procédures collectives, à sanctionner les professionnels, qui se montrent peu scrupuleux, en faisant primer leur propre intérêt sur celui des créanciers ou du débiteur[138].

Que conclure de ce tour d'horizon ?
Tout d'abord, le législateur répressif a, depuis longtemps, pris conscience de ce que certains conflits d'intérêts devaient entraîner l'application de sanctions pénales, car, au-delà de l'antagonisme naturel de certaines parties, c'est l'ordre social qui est en cause.
Ensuite, d'autres conflits d'intérêts devraient donner lieu à un dispositif de prévention, tant il est évident qu'ils puissent se produire.
Enfin, les sanctions devraient être adaptées, car, dans certains cas, la peine d'emprisonnement n'est guère appropriée, et peut-être devrait-on développer les mesures réparatrices ou sanctionnatrices du droit civil ou commercial.
En tout cas, il y a aussi place, dans les entreprises, pour des déontologues, lesquels devront rappeler qu'à certaines fonctions, on ne peut à la fois servir la collectivité et profiter de cette circonstance pour se servir.

138 - On peut, enfin, faire remarquer que l'article L. 654-12-II C. com. interdit aux organes de la procédure collective «de se rendre acquéreurs» pour leur compte, directement ou indirectement, de biens du débiteur ou des les utiliser à leur profit. A notre avis, le législateur a voulu instituer, par cette disposition, une interdiction ou une incompatibilité à l'égard des organes de la procédure, sans avoir vraiment l'intention de sanctionner un conflit d'intérêts.

CONFLITS D'INTERETS, IMPARTIALITE, INCOMPATIBILITES

Nicole Decoopman
Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne
CEPRISCA

Le conflit d'intérêts peut se définir comme une situation de fait, de l'ordre du constat. Nous le définirons comme le fait pour une même personne d'être titulaire de (ou d'avoir en charge) deux ou plusieurs intérêts potentiellement contradictoires, il n'y a pas conflit d'intérêts lorsque les intérêts sont complémentaires ou convergents[1]. Il peut s'agir d'un intérêt particulier et d'un intérêt d'ordre général. Il peut s'agir aussi de deux intérêts particuliers : par exemple un avocat ne peut défendre en même temps deux parties adverses, un commissaire aux comptes ne peut recevoir de rémunérations de la société qu'il contrôle en tant que commissaire aux comptes. Théoriquement, il pourrait s'agir enfin de deux intérêts d'ordre général, mais qui relèvent de sphères différentes, qu'elles soient géographiques, sectorielles ou simplement fonctionnelles. Dans les situations que nous envisagerons, est systématiquement en jeu un intérêt personnel, direct ou indirect, financier ou non[2]. Même si un intérêt personnel direct est en jeu, on est au-delà des droits subjectifs, définis comme un intérêt légitime juridiquement protégé. Il est d'ailleurs fréquent que l'un des intérêts en cause réside dans l'exercice d'une fonction, par exemple la fonction de juger.

Le conflit d'intérêts étant une situation de fait, son traitement juridique peut être très différent : de l'admission à l'interdiction en passant par les stades intermédiaires. Sa définition n'est alors pas la même, elle est plus précise lorsqu'il s'agit d'une interdiction ou d'une incompatibilité du fait que ces mesures heurtent les libertés individuelles.

Même si la confusion des intérêts n'est pas une préoccupation récente[3], les situations de conflits d'intérêts se sont apparemment multipliées ces dernières années pour différentes raisons. Une plus grande exigence déontologique, au moins affichée, comme l'atteste l'utilisation des termes transparence, loyauté... peut constituer une première explication. S'en rapproche une affirmation plus nette des exigences procédurales telle l'impartialité qui dépasse d'ailleurs le champ des juridictions

1 - Cf. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, 2è éd., éd. Joly, 2004, p. 28.

2 - V. la définition retenue par P.F. Cuif, Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, RTD com. 2005, p. 1.

3 - V. Répertoire Dalloz, rubrique Experts, t. 23, 1852.

étatiques classiques. Le travail en réseaux comme une plus grande interpénétration public-privé peuvent également favoriser les situations de conflits d'intérêts. Enfin, un conflit classique tel que celui des relations entre les actionnaires et la société ou ses dirigeants peut occuper de nouveau le devant de la scène en raison de l'évolution des discussions relatives par exemple à la *corporate governance*.

Impartialité et incompatibilités ont depuis longtemps droit de cité dans les textes juridiques, internes[4], européens[5] et internationaux[6]. Ils ont tous deux un rapport étroit avec l'indépendance. Ils sont d'ailleurs parfois systématiquement accolés[7], par exemple impartialité et indépendance du juge[8] : l'indépendance s'apprécie alors à l'égard des pouvoirs, en particulier exécutif, elle est garantie par un statut tandis que l'impartialité concerne l'attitude du juge par rapport aux parties et au litige. Dans d'autres cas, l'indépendance est l'une des valeurs morales exigées lors de l'exercice d'une profession, les incompatibilités et interdictions édictées constituant l'un des moyens de permettre cette indépendance. L'expression conflits d'intérêts apparaît en revanche plus récemment soit expressément[9], soit implicitement[10]. Pour autant, la préoccupation était loin d'être ignorée comme l'attestent l'article 420 du code civil ou encore les articles 1596 et 1597 du même code. Il en est de même de la question du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social ou de celle de la contrepartie qui illustrent en partie le contrat avec soi-même.

On devine que impartialité et incompatibilités ont un rapport avec les conflits d'intérêts sans que celui-ci soit perceptible d'emblée. L'objet de cette étude est d'essayer de l'élucider et non d'étudier le traitement et les applications juridiques de chacun des termes. De manière générale, l'incompatibilité est édictée par une règle juridique ou professionnelle[11] et a pour objet d'éviter certaines situations de conflit d'intérêts. L'impartialité est une attitude d'esprit exigée de façon classique de la personne chargée d'une fonction de juger ; l'objectif est d'éviter que le jugement de cette dernière soit obscurci ou orienté notamment en raison de

4 - Voir les textes cités *infra*.

5 - Art. 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH).

6 - Art. 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

7 - S. Guinchard et M. Bandrac, M. Douchy, F. Ferrand, X. Lagarde, V. Magnier, H. Ruiz Fabri, L. Sinopoli, J.M. Sorel, Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès, Dalloz, 2è éd., 2003, n°340, p. 547 et s.

8 - Est significatif l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui exige que toute cause soit jugée par un « tribunal indépendant et impartial ».

9 - Par exemple loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, avant-projet de code de déontologie des commissaires aux comptes (art.7), règlement intérieur unifié des barreaux de France (art.4).

10 - Par exemple loi de sécurité financière du 1er août 2003 (art.104), code de déontologie médicale (art. 52 et 105).

11 - Ce qui explique le fait que le terme ne soit pas utilisé dans les instruments internationaux.

liens existants avec l'une ou l'autre des parties, c'est-à-dire en raison d'un conflit d'intérêts. Il en ressort que conflits d'intérêts, impartialité et incompatibilités ne se situent pas au même niveau d'appréhension juridique même lorsque leurs domaines sont communs et il n'est pas indifférent de constater que la poursuite de l'impartialité est préférée à la prohibition des conflits d'intérêts : les conflits d'intérêts pris en considération sont moins nombreux et nécessitent une intervention de la personne qui en est victime. De la même manière, alors que l'édiction d'une incompatibilité suppose une situation de conflits d'intérêts potentiels, il s'agit de la réaction juridique la plus massive et qui n'est pas forcément la mieux adaptée. Mettre l'accent sur les conflits d'intérêts ne préjuge pas au contraire de la façon dont le droit ou, plus largement, les règles professionnelles les appréhenderont et permet une plus grande flexibilité. C'est dire qu'exiger l'impartialité ou édicter une incompatibilité suppose un choix préalable entre les intérêts dont l'intéressé est titulaire ou en charge alors que raisonner en terme de conflits d'intérêts peut conduire à une solution plus souple telle que la révélation ou l'autorisation. C'est à l'aune de la confrontation entre d'une part conflits d'intérêts et impartialité et d'autre part, conflits d'intérêts et incompatibilités que nous vérifierons ces hypothèses.

Section I – Conflits d'intérêts et impartialité

Alors que le conflit d'intérêts est une situation de fait, l'impartialité est une qualité exigée d'une personne ou d'une instance chargée d'une fonction de juger[12]. L'impartialité, devoir moral, est érigée en exigence juridique par de nombreux textes et son domaine a été considérablement élargi par la jurisprudence tant interne qu'européenne. Le défaut d'impartialité peut notamment résulter de l'existence de données personnelles qui altèrent l'indépendance de jugement ou de décision de l'intéressé. Néanmoins, si conflits d'intérêts et impartialité ont des domaines qui se recoupent, ceux-ci sont également en partie différents bien que l'exigence d'impartialité, dont le traitement juridique est plus certain dans la mesure où est généralement prononcée la nullité de l'acte ou de la procédure contestés, est désormais bien souvent évoquée hors des limites du procès.

A - Dans le cadre du procès

Si l'on aborde le domaine traditionnel de l'exigence d'impartialité, c'est-à-dire le procès, le périmètre commun existe lorsque le défaut d'impartialité résulte du fait que le juge a un intérêt personnel dans le litige qui lui est soumis, intérêt qui risque d'entraîner un « pré-jugé ». Les liens

12 - M.A. Frison-Roche, L'impartialité du juge, D. 1999, chr. p. 53.

peuvent être de nature diverse, ils peuvent être directs ou indirects. L'article 341 du NCPC définissant la liste des cas de récusation du juge civil, très largement identique à l'article 668 du code de procédure pénale, énumère les cas les plus patents. Sont visés les liens familiaux, financiers ou de subordination, d'amitié ou d'inimitié. La seule hypothèse où l'on n'est pas en présence d'un conflit d'intérêts est celle qui envisage le cas où le juge a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'on serait en présence d'un « préjugement » selon l'expression de certains auteurs[13]. Certes, certains cas exigent une interprétation jurisprudentielle : c'est notamment le cas du premier qui vise le juge ou son conjoint ayant « un intérêt personnel à la contestation ». Il n'en reste pas moins que, de jurisprudence constante, la liste des cas de récusation est limitative[14], ce qui ne signifie pas qu'est ainsi épuisée l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction[15]. L'article 6 §1 de la CESDH relatif au procès équitable, indépendamment de la conception objective ou subjective de l'impartialité que préconise la Cour européenne des droits de l'homme, formule en effet cette exigence de base. Or, le traitement juridique est fondamentalement différent, même si l'on s'en tient aux hypothèses de conflits d'intérêts. La récusation – ou la demande de renvoi pour suspicion légitime (article 356 NCPC) –, doit être formée par la partie elle-même « dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation » et avant la clôture des débats (article 342 NCPC). Dans la mesure où la demande de récusation permet d'obtenir le remplacement du juge, elle permet d'éviter le conflit d'intérêts ponctuel et constitue ainsi un traitement en amont. Le droit au juge impartial fondé sur l'article 6 §1 de la CESDH s'exerce en revanche *a posteriori* – à l'occasion des voies de recours – et par ceux-là même qui, ayant pu récuser le juge, ne l'auraient pas fait. Il permet en conséquence d'obtenir l'annulation de la décision juridictionnelle.

L'exigence d'impartialité s'applique à l'ensemble des juridictions, aux juridictions financières comme aux juridictions du travail. Ce dernier exemple a posé un certain nombre de problèmes en jurisprudence en raison de la composition particulière des conseils de prud'hommes et de la plupart des juridictions du travail en Europe ; leur solution permet de montrer l'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans la définition de l'impartialité lorsque l'on est en présence d'un conflit d'intérêts. L'article L. 516-3 c. trav. interdit aux personnes habilitées à assister ou à représenter les parties en matière prud'homale, si elles sont par ailleurs conseillers prud'hommes, d'exercer une mission d'assistance ou un mandat de représentation devant la section

13 - S. Guinchard et *alii*, Droit processuel, préc., n°364, p. 575 et s.

14 - Cass. 2ème civ. 14 déc. 1992, JCP 1993, IV, 551.

15 - Cass. 1ère civ. 28 avril 1998, bull. civ. I, n°155 ; D. 1998, IR, 131 ; JCP G, 1999, II, 10102, note J. Pralus-Dupuy.

ou la chambre à laquelle elles appartiennent. En conséquence, ce texte ne vise pas le conseil de prud'hommes dans son ensemble. Cependant, en se fondant sur l'exigence d'impartialité posée par l'article 6 de la CESDH, la Cour de cassation a étendu la règle à l'ensemble de la juridiction[16]. Il s'agissait bien par ailleurs d'une situation de conflit d'intérêts caractérisée par le lien entre le juge et une partie, et non le litige. La nature de ce lien peut cependant poser problème. Ainsi, la jurisprudence a refusé de considérer que le seul fait qu'un ou plusieurs membres d'un conseil de prud'hommes appartiennent à la même organisation syndicale que l'une des parties au procès suffise à affecter l'équilibre d'intérêts inhérent au fonctionnement de la juridiction prud'homale ou à mettre en cause l'impartialité de ses membres[17]. En somme, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aboutit à élargir le domaine commun impartialité/conflits d'intérêts, mais le juge européen comme la Cour de cassation refusent de remettre en cause la composition particulière des juridictions du travail sous couvert d'un jugement sur l'impartialité.

Cependant, le plus souvent, lorsque l'interprétation de l'article 6 de la CESDH par la Cour de cassation conduit à une extension du champ de l'impartialité, il s'agit d'une impartialité fonctionnelle liée en matière répressive à la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, et non d'une impartialité personnelle résultant d'une absence de conflit d'intérêts. L'exemple de l'exercice du pouvoir de sanction par une commission administrative, une autorité administrative indépendante[18] ou une instance disciplinaire[19] est particulièrement significatif. Le Conseil d'Etat, bien que plus réticent[20] a rejoint cette ligne jurisprudentielle[21]. Il est vrai que ces exigences sont pleinement justifiées dans la mesure où il s'agit de « matière pénale » et de « tribunal » au sens de la Cour de Strasbourg. En déduire que l'impartialité personnelle n'est pas exigée

16 - Cass. soc. 3 juill. 2001, Dr. social 2001, 898, obs. X. Prétot.

17 - Cass. soc. 19 déc. 2003 : bull. civ. V, n°321 ; D. 2004, p. 1688, note M. Keller ; JCP E 2004, p. 1142, obs. P. Morvan ; RJS 2004, n°338. P. Lyon-Caen, La juridiction prud'homale et l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme , RJS 12/03, p. 936. *adde* J.P. Marguénaud et J. Mouly, L'impartialité des juridictions du travail devant la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt AB Kurt Kellermann c./Suède du 26 octobre 2004), Dr. soc. 2005, p. 803.

18 - Voir l'affaire Oury à propos de la COB : cass. Ass. plén. 5 février 1999, bull. civ. 1 ; JCP 1999, 10060, note H. Matsopoulou ; JCP E 1999, p. 957, note E. Garraud ; Gaz. Pal. 1999.1.60, concl. Lafortune, note Degueline, Gramblat et Herbière ; D. 1999, somm. com. 249, obs. I. Bon-Garcin ; rev. soc. 1999, 129, note H. Le Nabasque ; RD bancaire et financier 1999, 33, obs. M.A. Frison-Roche et M. Germain. *Adde*, A. Couret, La sauvegarde des droits de la défense devant la COB, RJDA 1999, p. 203 ; V. Magnier, La notion de juridiction impartiale, JCP 2000, I, 252 ; N. Rontchevsky, La commission des opérations de bourse à l'épreuve de l'impartialité, bull. Joly Bourse 1999, p. 129.

19 - Voir en qui concerne la participation du bâtonnier à la formation disciplinaire de jugement, cass. 1ère civ. 23 mai 2000 : D. 2000, IR, 183 ; Gaz. Pal. 1er août 2000, note G. Guénoun ; AJDA 2000, 762, obs. P. Sargos ; JCP 2000, II, 10400, note Raymond Martin ; RTD civ. 2000, 623, obs. J. Normand.

20 - Affaire Didier : CE 3 déc. 1999, Didier, bull. Joly Bourse 2000, p. 29, note A. Bienvenu-Perrot ; JCP 2000, II, 10267, note F. Sudre ; D. affaires 2000, p. 63, note M. Boizard ; RFDA 2000, p. 584.

21 - CE 20 octobre 2000, JCP E 2001, 272, note R. Salomon à propos de la commission bancaire et CE 28 octobre 2002, AJDA 2002, 1492, note D. Costa à propos de la Commission de contrôle des assurances.

serait bien entendu excessif. Différentes raisons peuvent expliquer le fait qu'une jurisprudence ne se soit pas développée sur ces points. En premier lieu, une plus grande difficulté de preuve : même appréciée à partir d'éléments objectifs, l'impartialité personnelle qui est au demeurant présumée ou le défaut d'impartialité demeurent des appréciations subjectives. En second lieu, cette question fait plus l'objet d'une auto-régulation[22] ou d'une régulation par les instances concernées elles-mêmes[23]. La même jurisprudence relative à l'impartialité fonctionnelle s'est développée en matière civile en ce qui concerne les juges « auxiliaires » ou « satellites » civils[24].

En revanche, lorsque – tout en restant dans le cadre du procès ou du contentieux – la jurisprudence ou la pratique ont étendu l'exigence d'impartialité à d'autres personnes telles que l'arbitre ou l'expert judiciaire, la question des conflits d'intérêts a été déterminante. L'arbitre, juge non étatique, pose un problème particulier dans la mesure où il est choisi par les parties ou conformément à la convention, et peut appliquer des procédures plus informelles que les procédures institutionnalisées imposées par le législateur au juge étatique. La composante contractuelle de l'arbitrage, qu'il soit interne ou international, doit être combinée à la fonction de juger qui constitue sa raison d'être. De ce point de vue, l'impartialité fonctionnelle est exigée de l'arbitre comme elle l'est du juge et pourrait de la même manière donner lieu à récusation ou à contestation de la décision arbitrale. L'impartialité personnelle l'est tout autant et peut poser des problèmes de définition plus délicats que pour le juge étatique ; l'*International Bar Association* s'est saisie de la question et a élaboré des directives intéressantes dans la démarche utilisée[25]. Elles opèrent notamment la distinction entre conflits d'intérêts et impartialité, révélation et récusation ; elles constatent d'abord que le développement du commerce international rend de plus en plus nombreux et difficiles à résoudre les problèmes de conflits d'intérêts en raison notamment des « liens de plus en plus complexes qui se forment au sein des groupes de sociétés et la taille de plus en plus importante des cabinets d'avocats internationaux » ; elles souhaitent également harmoniser les pratiques de révélation des conflits d'intérêts. En ce qui concerne ces derniers, après avoir posé des normes générales, une gradation est opérée entre les diverses situations par l'établissement de listes (rouge, orange et verte) ; de plus, des distinctions sont opérées à l'intérieur d'une même liste : ainsi, parmi les situations visées par la liste rouge, certaines doivent entraîner la récusation de l'arbitre ou le conduire à refuser sa nomination et ne sont pas sujettes en

22 - Voir *supra* les codes de déontologie qui envisagent les conflits d'intérêts.

23 - Art. L. 621-4 I c. mon. fin. qui confère au président de l'AMF le soin de prévenir et traiter les conflits d'intérêts.

24 - J. Normand, obs. RTD civ. 1993, p. 879.

25 - V. T. Clay, Présentation des directives de l'*International Bar Association* sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, Rev. arb. 2004, 991.

principe à renonciation de la part des parties alors que les autres, qui doivent être révélées, peuvent être l'objet d'une renonciation. Les situations visées par la liste verte ne constituent pas un conflit d'intérêts et ne doivent pas être révélées par l'arbitre ou les parties. Dans tous les cas, les directives insistent sur la nécessité d'examiner les circonstances particulières. Plusieurs leçons peuvent être tirées de ces directives. D'abord, même lorsqu'il résulte de liens juridiques entre les parties, le conflit d'intérêts est bien une situation de fait – des circonstances, des données – qu'il convient d'apprécier. Ensuite, telle situation de fait, même si elle révèle des liens préexistants entre l'une ou l'autre des parties et l'arbitre, peut ne pas être constitutive d'un conflit d'intérêts (liste verte). Par ailleurs, un conflit d'intérêts peut imposer la révélation sans que pour autant l'impartialité de l'arbitre soit mise en cause. Enfin, l'accent est mis autant sur l'impartialité apparente – la norme générale 2 insiste sur les « doutes » – que sur l'impartialité réelle, ce que font également la Cour européenne des droits de l'homme qui parle de « doute légitime »[26] et la Cour de cassation[27].

C'est aussi dans le cadre d'une exigence générale d'impartialité que la question du conflit d'intérêts est posée à propos des experts judiciaires. Dans la mesure où il s'agit de « techniciens », la question se pose dans des termes différents et en particulier les difficultés relatives à l'impartialité fonctionnelle sont pratiquement inexistantes sauf à ce que soient établies des règles d'interdiction[28], bien qu'elles soient imaginables : par exemple, une cour d'appel pourrait demander une expertise au même expert que celui intervenu en première instance. Le nouveau code de procédure civile (article 237) impose au technicien d'accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité et l'article 234 NCPC précise que les techniciens dont les experts constituent la catégorie principale « peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges ». Cette solution ne prend pas en compte le fait que l'expert – comme l'arbitre – ne dispose pas de la même autonomie professionnelle que le juge étatique et qu'il peut exister certains liens inhérents à l'exercice de sa profession[29]. Il est vrai que le développement de la jurisprudence relative à l'article 6 § 1 de la CESDH permet, si besoin est, d'élargir les cas d'impartialité, y compris aux hypothèses de conflits d'intérêts. Outre l'élargissement du domaine, nous avons vu que le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme modifie la sanction du grief de partialité : à une prévention du conflit d'intérêts s'ajoute une sanction *a posteriori* lors de l'exercice des voies de recours.

26 - Voir les arrêts fondateurs Cour EDH 1er oct. 1982, Piersack c. Belgique (série A n°53) ; 26 octobre 1984, de Cubber (Série A n°83).

27 - Voir par exemple affaire Oury, préc.

28 - Voir par exemple art. 105 du code de déontologie médicale (art. R. 4127-105 du code de la santé publique) qui interdit à une même personne d'être à la fois expert et médecin traitant d'un même malade.

29 - R. Perrot, obs. RTD civ. 1978, p. 191.

Ces derniers exemples où l'impartialité personnelle est plus mise en avant que l'impartialité fonctionnelle montrent que l'exercice d'une profession par les personnes concernées favorise l'existence de conflits d'intérêts. Ce même type de problématique se rencontre lorsqu'on se situe hors du procès, il reste néanmoins à déterminer si l'on peut alors parler d'impartialité ou si l'utilisation de ce terme ne constitue qu'une facilité de langage.

B - Hors du procès

L'impartialité est traditionnellement une exigence processuelle tandis que le conflit d'intérêts, situation de fait dans laquelle une personne est titulaire ou a en charge deux ou plusieurs intérêts potentiellement contradictoires, n'a pas *a priori* de domaine précis et peut bien évidemment se rencontrer hors de la sphère du procès. Il semblerait en conséquence que les domaines respectifs de ces deux notions ne se recoupent pas dès lors que l'on sort de la sphère du procès. Ce serait oublier les mouvements de procéduralisation du droit en général et de processualisation notamment du droit des contrats[30] qui aboutissent à mettre l'accent sur les exigences procédurales (contradiction, impartialité) au détriment parfois du débat de fond. La difficulté est accrue par le fait que loin d'être étanche, la frontière entre le procès, le litige et le conflit est de plus en plus poreuse, de même qu'entre justice étatique et justice privée[31] ou expertise judiciaire et expertise amiable.

Le cas des experts – au sens large du terme – est typique. La question de l'extension de l'exigence d'impartialité aux experts conventionnels ou amiables c'est-à-dire nommés par les parties à l'occasion d'un différend actuel ou potentiel se pose[32]. Cette solution pourrait s'expliquer par l'aspect pré-contentieux de la mission de l'intéressé à l'instar de l'exigence d'impartialité imposée à la commission départementale de conciliation en matière de droits d'enregistrement par la Cour de cassation[33]. Elle pourrait aussi se justifier par l'intervention d'un tiers auquel cette qualité ne peut être reconnue que s'il est indépendant à l'égard des deux parties et impartial. Serait alors exigée une impartialité personnelle c'est-à-dire une absence de conflit d'intérêts qui résiderait dans des relations préexistantes avec l'une ou l'autre des parties, qu'il s'agisse de liens personnels, familiaux, financiers ou plus largement professionnels, directs ou indirects, actuels ou passés. Mais, on devine qu'une définition du conflit d'intérêts doit être donnée par le juge qui reconnaîtra ou non l'existence d'un conflit d'intérêts prohibé. Telle est la démarche suivie par la Cour de

30 - L. Cadiet, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, Mélanges G. Farjat, Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?, éd. Frison-Roche, 1999, p. 24.

31- Voir l'exemple de l'arbitrage ou celui de la justice disciplinaire.

32 - V. les observations de J. Bigot sous cass. 2ème civ. 3 févr. 2005, RGDA 1er avril 2005, p. 491.

33 - Cass. 8 mars 2005, LxB N2285AIH.

cassation dans un arrêt rendu le 5 octobre 2004[34]. Au seul visa de l'article 1592 du code civil, la Chambre commerciale casse et annule l'arrêt d'appel pour n'avoir pas recherché si l'expert avait personnellement entretenu avec la société cessionnaire ou ses dirigeants des relations de nature à faire naître un doute légitime et actuel sur son impartialité. Cette décision confirme l'exigence d'impartialité à propos de l'expert de l'article 1592 du code civil, de la même manière que cette qualité est exigée de l'expert de l'article 1843-4 du code civil. Peu importe que l'on ne soit réellement en présence dans ces deux hypothèses ni d'un expert, ni d'un arbitre[35]. Bien que la situation juridique soit substantiellement différente, on peut sans doute opérer un rapprochement avec, en droit public, la Commission d'enquête publique et son président[36]. Cette solution jurisprudentielle adoptée sur le fondement de l'article 1592 c. civ. montre que ce qui importe est la qualité de tiers et non le lien avec un éventuel contentieux : il est d'ailleurs symptomatique que le prix fixé par l'expert s'impose aux parties. Néanmoins, la référence au « doute légitime » démontre le caractère non pas expansionniste de l'article 6 §1 de la CESDH qui n'est pas visé, mais son influence. Le « doute légitime » est en effet l'expression utilisée par la Cour de Strasbourg lorsqu'elle statue sur l'impartialité contestée du juge[37]. Qui plus est, l'expression est ici utilisée par la Cour de cassation non à propos d'une impartialité fonctionnelle, mais d'une éventuelle impartialité personnelle.

En somme, loin d'avoir des domaines radicalement distincts hors de la sphère du procès, conflits d'intérêts et impartialité ont un domaine commun dès lors qu'un tiers intervient. La référence à l'impartialité présente un avantage indiscutable, celle de permettre non seulement une sanction a posteriori : une nullité par exemple, mais surtout une intervention en amont par la récusation de l'expert. Par ailleurs, cette exigence d'impartialité hors de la sphère du procès conduit à se poser la question de son extension au domaine contractuel alors que l'évolution du droit des contrats montre un rapprochement avec le droit du procès[38].

Une distinction peut sans doute être opérée entre les contrats-organisations[39] et les autres contrats. En ce qui concerne les premiers – contrats d'association, de société notamment –, la question d'une éventuelle exigence d'impartialité s'est posée en particulier à propos de

34 - Bull. Joly 2005, p. 262, §44, note G. S. Giorgini.

35 - Voir sur ce point notamment D. Cohen, Arbitrage et société, préf. B. Oppetit, LGDJ, 1993, n°340 et s. ; L. Cadiet, *Arbiter, Arbitrator*. Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du code civil, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, pp. 153-169.

36 - Petites Aff. 14 juin 2005, p. 18.

37 - Voir notamment les arrêts précités.

38 - L. Cadiet, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, préc.

39 - P. Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation, Mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 635.

l'exclusion d'un membre. Dans un arrêt rendu le 14 décembre 2004 par la 1ère chambre civile[40], la Cour de cassation admet l'exclusion d'un sociétaire par une décision de l'assemblée générale et estime que, dès lors que l'intéressé connaissait la sanction et a pu se justifier devant les organes chargés de la décision, les principes du contradictoire et d'impartialité qui s'imposent dans le droit associatif ont été respectés ; elle ajoute que les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme sont sans application aux conseils d'administration ou aux assemblées générales d'associations examinant la violation d'engagements contractuels. Cette précision est à la fois évidente et discutable. Evidente dans la mesure où l'article 6 de la CESDH prônant le droit à un procès équitable ne s'applique qu'en matière processuelle et non en matière contractuelle ; discutable cependant, si à propos des contrats-organisations, on retient la théorie institutionnelle, l'exclusion d'un membre constitue une manifestation de pouvoir disciplinaire ; or la Cour de cassation n'a pas hésité à appliquer le principe de l'impartialité aux commissions de discipline[41]. Il est vrai qu'il s'agissait d'impartialité fonctionnelle. De toute façon, même si la Cour de cassation considère que l'article 6 de la CESDH ne s'applique pas, elle a affirmé l'application des principes de la contradiction et de l'impartialité. A vrai dire, s'il ne nous semble pas possible, ni souhaitable d'évincer le premier principe, quel que soit le domaine, il nous paraît difficile d'appliquer le second. Ne s'agit-il pas plus, éventuellement, de conflits d'intérêts que d'impartialité ? Un procès n'existe pas, pas plus que l'intervention d'un tiers : faute d'extériorité, l'exigence d'impartialité n'aurait aucun sens, sauf à donner à ce terme valeur incantatoire.

Le droit des sociétés connaît de nombreuses situations de conflits d'intérêts[42]. Sans entrer dans la discussion intérêt commun/intérêt social, le législateur et la jurisprudence se sont préoccupés des cas les plus flagrants : conventions passées entre un dirigeant social et la société, abus de majorité ou de minorité, abus de biens sociaux, ...sans pour autant proposer un traitement d'ensemble de la question des conflits d'intérêts dans cette matière. L'évolution est significative. D'abord, l'expression « conflits d'intérêts » est apparue tardivement puisque c'est la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 qui l'a introduite[43]. Ensuite, on observera les mécanismes utilisés. La nullité ne joue qu'un rôle résiduel (article L. 225-42 du code de commerce) ; en revanche,

40 - Bull. Joly 2005, p. 515, §106, note Ph. Neau-Leduc.

41- V. *supra.*

42 - D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, 2e éd., Joly éditions, 2004.

43 - Voir le chapitre 3 intitulé « prévention des conflits d'intérêts » du titre 1 de la 3e partie de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Il convient cependant de noter que ce titre qui introduit les modifications relatives au régime des conventions entre un dirigeant social (ou assimilé) et la société n'existe pas dans le code de commerce, siège des articles concernés.

s'agissant des conventions dites réglementées de l'article L. 225-38 du code de commerce, l'autorisation du conseil d'administration, et, à un degré moindre, l'approbation de l'assemblée générale après rapport spécial du commissaire aux comptes, jouent un rôle prépondérant : c'est dire qu'en présence d'un conflit d'intérêts, ce qui importe c'est la connaissance et la volonté[44] des éventuelles « victimes » du conflit d'intérêts. Un autre élément de démonstration pourrait être apporté par l'article L. 225-39 du code de commerce relatif aux conventions portant « sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales » : le conflit d'intérêts existe, mais l'objet de l'opération comme les conditions dans lesquelles elle est conclue font que les intérêts de la société ou des actionnaires ne sont pas méconnus[45]. Etant donné l'existence du conflit d'intérêts, une déclaration doit être faite au président du conseil d'administration, sauf si ces conventions ne sont significatives pour aucune des parties. Sous réserve de la lourdeur de la procédure, cette obligation de déclaration est typique de l'un des mécanismes le plus souvent retenu en matière de conflits d'intérêts. Une autre situation de conflits d'intérêts, classique en droit des sociétés bien qu'elle soit moins souvent présentée comme telle, est celle du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail. Les solutions diffèrent selon la forme de la société. Interdit depuis de nombreuses années par la jurisprudence dans le cadre des SARL lorsque l'on est en présence d'un gérant majoritaire[46], le cumul n'est possible dans les sociétés anonymes qu'à certaines conditions précisées par l'article L. 225-22 du code de commerce en ce qui concerne les administrateurs. Il est interdit aux administrateurs de conclure un contrat de travail sous peine de nullité absolue du contrat de travail : le conflit d'intérêts serait avéré et c'est par la voie de l'interdiction[47] que la jurisprudence le prévient[48]. Quant au salarié qui devient administrateur, il y a suspension du contrat de travail pendant la durée du mandat social lorsque les conditions exigées par la jurisprudence – notamment exercice de fonctions techniques distinctes – ne sont pas remplies, ce qui revient à éviter le conflit d'intérêts flagrant. Il n'y a en conséquence comme le dit la jurisprudence aucune incompatibilité entre les fonctions de salarié et celles de président du conseil d'administration[49]. Le juge procède à une analyse au cas par cas. En tout état de cause, si contrat de travail il y a, on est en présence d'une convention réglementée et toute modification de ce contrat suppose le respect de la procédure particulière applicable afin d'éviter les conséquences néfastes du conflit d'intérêts.

---

44 - Il faut néanmoins souligner que la sanction du défaut d'autorisation n'est pas tant s'en faut la nullité, D. Schmidt, bull. Joly 2004, 225.

45 - V. cependant obs. D. Schmidt, préc.

46 - Cass. soc. 7 févr. 1979, D. 1979, IR. 367, obs. Derrida ; rev. sociétés 1980, 473, note J. Hémard ; 8 oct. 1980, D. 1981, 257, note Y. Reinhard ; rev. sociétés 1981, 578.

47 - V. *infra* sur l'utilisation de l'interdiction comme mode de prévention des conflits d'intérêts.

48 - Cass. soc. 7 juin 1974, rev. sociétés 1975, 91, note Y. Chartier ; RTD com. 1975, 117, obs. R. Houin.

49 - Cass. soc. 19 févr. 1986, bull. civ. V, n°10 ; rev. sociétés 1986, 600, note J. G.

Du contrat de travail dont est titulaire un mandataire social, on peut rapprocher le contrat avec soi-même dont la contrepartie constitue l'exemple-type. De façon générale, le mandataire ou le commissionnaire doivent agir au mieux des intérêts du mandant ou du commettant ; le danger est grand que cet objectif soit perdu de vue si le mandataire ou le commettant devient lui-même cocontratant, s'il devient contrepartie : par exemple, si chargé de vendre un bien, le mandataire ou le commissionnaire l'achète pour lui-même. Le principe est celui de la prohibition de la contrepartie occulte[50] et le législateur en a fait une application particulière dans l'article 1596 c. civ. La sanction est celle de la nullité, nullité relative puisqu'il s'agit de protéger l'intérêt du mandant[51].

De façon plus générale, le droit des affaires a vu se multiplier les intermédiaires et les métiers de ces intermédiaires – c'est par exemple le cas des établissements de crédit – se sont très largement diversifiés, accroissant par là même les cas de conflits d'intérêts que l'on se place au niveau des établissements eux-mêmes ou que l'on se situe au niveau des personnes. Ce constat explique l'attention accrue portée aux questions de déontologie et, en particulier, à celle des conflits d'intérêts. L'exigence de « muraille de Chine » a pour objet de permettre la séparation des fonctions au sein d'un même établissement[52] et il s'agit, comme pour la contrepartie ou la détention d'informations privilégiées, d'éviter un conflit d'intérêts préjudiciable à une personne ou un ensemble de personnes, dénommées ou non. La sanction du conflit d'intérêts prouvé est cette fois la réparation du préjudice éventuellement subi, faute de texte prévoyant la nullité. Dans d'autres cas, le conflit d'intérêts ne résulte pas du cumul de fonctions insuffisamment séparées, mais de liens d'affaires avec certains clients[53] ou de liens personnels. Un professionnel, personne physique, peut également se trouver en situation de conflits d'intérêts. Le droit des affaires, le droit financier en particulier, en offre de nombreux exemples, de l'analyste financier au conseiller en investissement en passant par le gérant d'OPCVM. Des règles déontologiques, quelle qu'en soit la source, ressort un principe déjà retenu à propos des mandataires et des commissionnaires : le professionnel doit agir au mieux des intérêts de son client[54].

---

50 - G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. 2, par P. Delebecque et M. Germain, 17e éd., n°2648.

51- Cass. 1ère civ. 29 nov. 1988, bull. civ. I, n°341 ; D. 1989, somm. com. 231, obs. J. L. Aubert. L'article 1597 c. civ. est également intéressant dans la mesure où il offre une illustration rare d'une hypothèse combinant impartialité fonctionnelle et conflit d'intérêts.

52 - On peut d'un certain point de vue rapprocher cette exigence de celle relative à l'impartialité fonctionnelle du juge, v. *supra*.

53 - Voir T. com. Paris. 12 janv. 2004, SA LVMH c. Sté Morgan Stanley où l'on était en présence à la fois d'une insuffisante séparation des fonctions et de relations d'affaires avec un concurrent : bull. Joly 2004, 388, note D. Schmidt ; J.J. Daigre, Tribunal de commerce de Paris, 12 janv. 2004, LVMH c/ Morgan Stanley – Le sens d'une histoire, JCP E 2004, act. 33 ; A. Couret, Banques d'affaires, analystes financiers et conflits d'intérêts, D. 2004, chr. p. 335.

54 - Voir par exemple art. L. 533-4 c. mon. fin. à propos des prestataires de services d'investissement, art. L. 544-2 c. mon. fin. à propos des analystes financiers, art. 322-31 du règlement général de l'AMF en ce qui concerne les sociétés de gestion de portefeuille.

Dans ces dernières hypothèses, la réalisation du risque peut justifier une action en responsabilité civile à l'encontre du professionnel concerné, mais aussi une poursuite disciplinaire par l'Autorité des marchés financiers[55]. Il s'agit de sanctions *a posteriori* prononcées à l'occasion d'une opération portant préjudice à un cocontractant, au public ou à un tiers victime des agissements. Les situations de conflits d'intérêts visées sont ponctuelles comme l'étaient les hypothèses d'impartialité envisagées. Elles nécessitent en conséquence une appréciation au cas par cas. Cependant, l'exigence d'impartialité suppose une extériorité qui n'existe pas forcément au cas de conflit d'intérêts. Cette extériorité permet de comprendre l'intervention *a priori* que constitue la récusation, action qui se situe en amont et a pour objet d'éviter que se réalise le défaut d'impartialité ou le conflit d'intérêts. Un lien unit ces différentes hypothèses, c'est le caractère ponctuel. Néanmoins, lorsque le conflit d'intérêts devient d'ordre structurel, la réaction juridique est plus importante et se traduit par l'édiction d'une incompatibilité.

Section II – Conflits d'intérêts et incompatibilités

Le conflit d'intérêts est une situation de fait dont le traitement juridique diffère selon la situation dont il s'agit. Dans certains cas, le risque est considéré par le législateur comme suffisamment grave pour qu'il intervienne en amont en édictant une incompatibilité. L'incompatibilité est en conséquence posée par une règle de droit qui interdit à une personne l'exercice de telle ou telle profession ou fonction si elle se trouve par ailleurs dans telle situation. Elle prévient la situation de conflits d'intérêts en posant une interdiction générale. Il ne s'agit pas d'interdire une opération ou un acte particulier à une personne définie ; plus largement, afin de garantir l'indépendance du professionnel, l'incompatibilité a pour objet l'interdiction d'exercer telle profession ou telle fonction précisées par les textes à une personne non définie qui est titulaire d'intérêts spécifiés par les textes. Cependant, l'objectif d'indépendance qui n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'aboutir par exemple à un contrôle plus efficient[56] doit parfois, selon le législateur, être concilié avec d'autres préoccupations telle la participation de professionnels, ou, plus largement, de « personnes qualifiées » à une instance de régulation. L'édiction d'incompatibilités apparaît alors comme une mesure trop sévère et laisse place à des obligations juridiques plus souples comme l'information, l'interdiction de participer à tel ou tel acte.

55 - Art. L. 621-9, L. 621-15 c. mon. fin.

56 - D. Vidal, Libres propos sur l'indépendance du commissaire aux comptes après la LSF, Mélanges D. Schmidt, Joly Editions, 2005, 475.

A - Des incompatibilités ...

L'édiction d'incompatibilités par le législateur entendu au sens large comme par les ordres professionnels et autres instances déontologiques constitue une mesure classique ; les exemples abondent, qu'il convient d'analyser.

Parmi les exemples traditionnels, les incompatibilités qui touchent le fonctionnaire et, plus largement, le titulaire d'un emploi public, sont connues ; le fonctionnaire ne peut ainsi être commerçant[57]. La sanction de cette incompatibilité doit être recherchée du côté à la fois de la fonction exercée et de l'activité accomplie. Du côté de l'activité commerciale que l'on supposera occulte, l'intéressé ne peut échapper à la qualité de commerçant de fait, et par conséquent se soustraire à ses obligations commerciales, même s'il ne dispose pas des droits afférents à la qualité de commerçant. En revanche, il ne semble pas que les actes de commerce accomplis de façon irrégulière soient nuls[58]. Du côté du fonctionnaire, il est évidemment passible de sanctions disciplinaires, mais également de sanctions pénales[59]. L'objectif poursuivi par ces dispositions est l'indépendance dans l'exercice des fonctions publiques comme l'attestent *a contrario* les exceptions retenues par le décret-loi du 29 octobre 1936. Le souci de permettre au fonctionnaire de mieux accomplir sa mission est second[60] comme le montre le fait que la loi ne distingue pas selon le temps de travail de l'intéressé. Il s'agit là d'une incompatibilité classique qui n'a pas connu d'évolution majeure.

L'évolution des modes de régulation, en particulier à travers les autorités administratives (ou publiques) indépendantes, a en revanche complexifié les questions posées. En effet, le souhait du législateur de faire appel à des professionnels ou à des « personnes qualifiées » pour composer le collège de ces instances comme le fait que les emplois occupés ne sont pas nécessairement des emplois à temps plein[61] conduit nécessairement à se poser la question des conflits d'intérêts et des éventuelles incompatibilités. Cette interpénétration des intérêts *public* et *privé* aboutit à des choix politiques divers et en conséquence à des solutions différentes. Par exemple, dans le cadre du Conseil supérieur de l'audiovisuel comme dans celui de la Commission de régulation de l'énergie, le mandat de conseiller est déclaré incompatible avec

57 - V. art. 25, loi n°83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « ils [les fonctionnaires] ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ».

58 - Cass. 1ère civ. 15 févr. 1961, bull. civ. I, n°105 ; 21 oct. 1968, D. 1969, p. 81.

59 - Art. L. 432-12 et s. c. pén.

60 - V. toutefois l'article 7 al. 5 du décret-loi précité.

61 - Il n'est pas rare que seul le président occupe un emploi à temps plein.

tout mandat électif, tout emploi et toute autre activité professionnelle, ce qui n'est pas le cas pour d'autres autorités[62]. Qui plus est, la loi du 30 septembre 1986 est le texte le plus explicite en ce qui concerne les conséquences d'une violation de l'incompatibilité énoncée. Elle prévoit que tout membre du CSA en situation irrégulière– il dispose de trois mois pour se mettre, si besoin est, en conformité avec la loi – est réputé démissionnaire d'office[63] et encourt une sanction pénale[64]. En revanche, la loi du 30 septembre 1986 comme celle du 10 février 2000 ne contiennent aucune disposition sur les conséquences de la détention d'intérêts dans un passé proche dans une entreprise du secteur régulé. La référence au principe d'impartialité personnelle qui jouerait ainsi un rôle complémentaire à celui d'indépendance, fondement des règles d'incompatibilité, permettrait-elle de compléter ces dernières ? La réponse est délicate dans la mesure où cette solution conduirait à ériger le principe d'impartialité en principe juridique applicable[65], même sans texte, non seulement au juge et à tout expert, mais également à toute personne ou entité titulaire d'un pouvoir de décision. Certes, d'un point de vue éthique, la réponse paraît aller de soi ; de plus, on retrouverait l'élément d'extériorité précédemment envisagé ; cette solution renforcerait également le rapprochement procédure contentieuse/procédure non contentieuse. Cependant, ne risque-t-on pas d'aller trop loin dans les exigences de neutralité et d'impartialité ? A tout le moins, le juge serait chargé d'apprécier les situations et de poser les bornes. Qui plus est, s'agissant des autorités de régulation, dans la mesure où le législateur a choisi soit d'énoncer des incompatibilités, soit de prononcer des interdictions ponctuelles[66], le choix du raisonnement par analogie, *a contrario*, voire *a fortiori* peut dans chaque cas trouver des arguments, ce qui montre bien que le choix est en définitive d'ordre politique.

Cette question se pose de façon moins cruciale pour les professions libérales réglementées dont l'exercice est très souvent soumis à des règles d'incompatibilité. S'il s'agit de règles de nature déontologique qui ont pour objet d'assurer et de préserver l'indépendance du professionnel, leur source varie : de la loi au code de déontologie en passant par le texte de nature réglementaire qui, éventuellement, officialise les principes posés par la profession. Ce sont ainsi les articles L. 811-10 et L. 812-8 du code de commerce issus de la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 qui posent les règles de base relatives aux incompatibilités touchant les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires au

62 - Comme par exemple l'Autorité des marchés financiers ou la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance.

63 - Art. 5, al. 4, L. 30 sept. 1986.

64 - Al. 3 du même texte qui vise l'actuel article L. 432-12 du code pénal.

65 - V. P. Morvan, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, 1999.

66 - V. *infra*.

redressement et à la liquidation des entreprises. Reflet de fonctions différentes, alors que les solutions sont par ailleurs très proches, la lecture de l'article L. 812-8 du code de commerce précise que le mandataire judiciaire ne peut avoir exercé les fonctions de conciliateur avant l'expiration du délai d'un an lorsqu'il s'agit d'une même entreprise. L'explication pourrait résider dans une nécessaire séparation des fonctions analogue à celle dont l'exigence est formulée à l'égard du juge ; il n'est pas sûr que cette explication soit la bonne : le but est de permettre que la première mission soit exercée de façon effective et efficace alors que l'impartialité exigée du juge concerne la seconde mission.

Bien d'autres illustrations pourraient être données, qu'il s'agisse notamment des huissiers de justice auxquels la loi[67] interdit d'instrumenter à l'égard des membres de leur famille, des notaires[68]. Alors que les experts comptables font peu l'objet de l'attention du législateur[69], les commissaires aux comptes dont la mission est de pratiquer l'audit légal des comptes sont l'objet d'une attention soutenue encore manifestée par la loi de sécurité financière du 1er août 2003. L'objectif de la loi était, suite à l'affaire ENRON, de renforcer l'indépendance des commissaires aux comptes, en particulier de ceux qui font partie d'un réseau[70]. Le résultat est paradoxal. En ce qui concerne les incompatibilités générales, seule la numérotation du texte les édictant a été modifiée : c'était l'article L. 225-222 du code de commerce, c'est désormais l'article L. 822-10. Par contre, l'article L. 225-224 désormais abrogé énonçait un certain nombre d'incompatibilités spéciales[71]dont la violation était sanctionnée par la nullité des délibérations prises sur le rapport dudit commissaire aux comptes (article L. 225-227 du code de commerce), la loi de sécurité financière a maintenu dans l'article L. 225-227 du code de commerce la référence au texte abrogé. Erreur de plume, sans doute ; mais, pour le moins, malencontreuse. L'erreur ne concerne pas le seul maintien formel de la référence à l'article L. 225-224. En effet, les incompatibilités personnelles, financières et professionnelles sont dorénavant évoquées par l'article L. 822-11 du code de commerce qui pose des principes et précisées par les articles 27 et suivants du code de

67 - Art. 1er bis A de l'ordonnance n°45-2592 du 2 novembre 1945.

68 - Ord. n°45-2590 du 2 novembre 1945 qui, dans son article 1er ter, fait allusion indirectement au devoir d'indépendance du notaire. Ce dernier est spécifié par les articles 13 et s. du décret n°45-0117 du 19 décembre 1945 qui s'intéressent exclusivement aux relations d'affaire.

69 - V. A. Bernard, A propos de la guerre du chiffre et du droit. Comment les comptables étendent leur territoire professionnel, D. 2004, chr. p. 1580.

70 - Les choix opérés par le législateur français étaient ainsi substantiellement différents de ceux qu'avait fait le législateur américain dans la loi Sarbanes-Oxley, v. J.F. Barbieri, De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace (L. n°2003-706, 1er août 2003, de sécurité financière, Titre III, bull. Joly 2004, §1, p. 5.

71 - Le texte procédait par énumération : il interdisait à un commissaire aux comptes de contrôler les comptes d'une société dont il était l'un des dirigeants ou dont il recevait une rémunération, aux dirigeants de laquelle il était lié par des liens familiaux, etc.

déontologie des commissaires aux comptes. Le changement de source entraîne inévitablement un changement de sanction étant donné le mécanisme des nullités en droit des sociétés[72] ; seules des sanctions disciplinaires pourront désormais être prononcées[73]. Une plus grande sévérité concerne en revanche les commissaires aux comptes affiliés à un réseau, dont les membres ont un intérêt économique commun et qui n'a pas pour activité exclusive le contrôle légal des comptes ; si ce réseau fournit une prestation de services non directement liée à la mission de commissaire aux comptes – dont l'article 25 du code de déontologie fournit une liste – à la société qui pressent le commissaire aux comptes, ce dernier ne peut en certifier les comptes : c'est donc une incompatibilité spéciale qui est édictée, incompatibilité qui devrait conduire à disjoindre les différentes fonctions au sein d'un réseau. Le lien étroit qui rapproche incompatibilité et interdictions est manifeste, en particulier lorsque l'on est en présence d'une incompatibilité spéciale : des interdictions prononcées par l'article 10 du code de déontologie à l'encontre du commissaire aux comptes qui travaille de façon individuelle, on passe à l'incompatibilité spéciale qui s'impose au commissaire aux comptes qui travaille en réseau[74] et aux incompatibilités générales qui s'appliquent à tous les commissaires aux comptes. La panoplie des mesures que le législateur ou les autorités professionnelles peut prévoir peut être plus riche encore.

B - ... aux interdictions

Les incompatibilités concernent les conflits d'intérêts avérés et que le législateur veut éviter précisément par l'édiction d'une incompatibilité. Cette dernière est une mesure lourde, qui, dans un but d'intérêt général ou de protection de tel ou tel intérêt particulier, porte atteinte à la liberté du commerce ou du travail. L'interdiction[75] est une mesure plus souple, qui, par son caractère ponctuel, permet de limiter l'atteinte aux libertés précédemment visées. Plus pragmatique, elle permet une conciliation entre divers intérêts et souhaits du législateur ou d'une profession et peut suffire à la préservation des intérêts dont la protection est souhaitée. La montée en puissance des préoccupations relatives aux conflits d'intérêts peut d'ailleurs conduire à une diversification et une plus grande souplesse des réactions juridiques. L'obligation d'information ou de déclaration constituerait le traitement le plus léger, à moins que le droit ou les règles professionnelles ignorent ou préfèrent

72 - Art. L. 235-1 c. com.

73 - Sur les autres sanctions, voir A. Couret et M. Tudel, Le nouveau contrôle légal des comptes (régime de la loi de sécurité financière du 1er août 2003), D. 2003, p. 2290, spéc. n°29 et 30 ; D. Porrachia, La loi de sécurité financière et la réforme du commissariat aux comptes, Droit et Patrimoine 2004, p. 62, spéc. p. 66.

74 - Art. 25 préc. qui s'appuie sur la même liste que l'article 10 du code de déontologie.

75 - L'interdiction ne constitue pas ici une sanction pénale.

ignorer le conflit d'intérêts, tandis que l'incompatibilité au point de vue civil et les sanctions pénales constitueraient les réactions les plus sévères.

Les solutions retenues par le législateur à propos des conflits d'intérêts auxquels pourraient être confrontés les membres du collège de l'Autorité des marchés financiers illustrent le traitement souple dont peuvent être l'objet les conflits d'intérêts. D'abord, aucune incompatibilité n'est prononcée, sous réserve du président soumis aux incompatibilités s'appliquant à tout emploi public[76]. Ensuite, la situation de conflit d'intérêts est définie de façon plus ou moins large selon que ce dernier est potentiel ou avéré[77]. S'il est potentiel, une obligation d'information pèse sur les membres du collège, y compris le président. Ce dernier doit en assurer le respect selon les modalités définies par le règlement général de l'AMF[78]. Cette obligation d'information est définie de façon assez classique, elle concerne la détention d'intérêts[79], les fonctions dans une activité économique ou financière ainsi que les mandats détenus au sein d'une personne morale. Ces informations doivent être données que ces fonctions, intérêts ou mandats soient actuellement détenus ou exercées, le deviennent ou l'aient été dans un délai de deux ans précédant la nomination. La prévention du conflit éventuel repose sur la transparence et sur les règles relatives à la gestion de portefeuille édictées par le règlement général[80]. Les textes sont plus précis lorsqu'ils envisagent une interdiction de délibérer[81] ; en simplifiant, sont visées les hypothèses où un membre du collège a eu à connaître de l'affaire soumise à délibération au cours des deux années précédentes. Le conflit d'intérêts est avéré et l'interdiction qui concerne une opération a pour objet, comme l'incompatibilité, d'éviter en amont qu'il ne se déploie. La préoccupation est d'assurer l'impartialité du membre du collège concerné pour autant que l'on estime que l'exigence d'impartialité est justifiée à propos de l'exercice du pouvoir de décision (v. *supra*). Une voie moyenne entre le rejet pur et simple de l'exigence d'impartialité et son admission éventuellement trop large serait de ne l'admettre que lorsqu'on est en présence d'un conflit d'intérêts certain.

76 - Art. L. 621-2 II al. 3 c. mon. fin.

77 - Art. L. 621-4 c. mon. fin.

78 - Art. 111-1 et s. du règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

79 - Notion vague que la jurisprudence devra préciser. La cour d'appel de Paris a pu, dans l'arrêt du 11 juin 1997 (RD bancaire et bourse 1997, p. 167, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche ; bull. Joly bourse et produits financiers 1997, p. 750, note N. Rontchevsky ; JCP E 1997, pan. 788 et I, 676, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; D. 1998, somm. p. 73, obs. I. Bon-Garcin) apporter une première précision. Il s'agissait, en l'espèce, d'une décision du Conseil des marchés financiers accordant une dérogation à l'obligation de déposer une offre publique. La cour d'appel a estimé que le fait que la banque au sein de laquelle un membre du conseil exerce des fonctions soit un actionnaire de la société bénéficiaire de la dérogation ne suffit pas à établir que cette banque, dont il n'est pas contesté qu'elle n'intervient à aucun titre dans l'opération concernée, a un intérêt dans l'affaire au sens de l'article 30 de la loi du 2 juillet 1996.

80 - Art. 111-6 du règlement général de l'AMF.

81 - Art. L. 621-4 I al. 3 c. mon. fin.

L'interdiction, comme l'exclusion du membre d'une commission[82] ou l'incompatibilité, présente l'avantage d'intervenir en amont et de constituer ainsi un moyen de prévention, mais également d'éviter que l'intéressé doive arbitrer lui-même ou que le tiers concerné par la décision doive contester la décision. Cependant, le prononcé d'une interdiction ne règle pas la question de son effectivité, de ses conséquences [83] ou de la sanction de sa violation, et encore moins celle de son efficacité.

En revanche, l'exigence de l'impartialité d'un avocat n'aurait aucun sens, pas plus que l'édiction d'incompatibilité lorsque la préoccupation est de faire en sorte que l'avocat défende au mieux les intérêts de son client. Ces éléments expliquent que le règlement intérieur national de la profession d'avocat[84] qui consacre son article 4 au conflit d'intérêts pose simplement la règle selon laquelle l'avocat ne peut être le conseil, le défenseur ou le représentant de plusieurs parties s'il y a conflit entre leurs intérêts. Il ajoute qu'en cas de risque sérieux de conflit d'intérêts, la même règle s'applique sauf accord des parties[85]. De ce point de vue, les exigences déontologiques des avocats sont à rapprocher de celles des arbitres ; les fonctions sont certes différentes : juger/conseiller, défendre, représenter ; les rapports au client peuvent néanmoins se rejoindre. Il n'est donc guère étonnant que l'on retrouve, explicitement ou implicitement, l'information ou la révélation au client qui peut donner son accord, mécanisme que l'on avait déjà rencontré peu ou prou à propos des intermédiaires ou des conventions conclues entre un dirigeant social et la société. Ce rapprochement signifierait que dans ces hypothèses, ce qui importe est la présence d'un conflit d'intérêts, situation de fait, plus que l'attitude psychologique, l'impartialité. A une situation de fait donnée, les réactions juridiques peuvent être différentes. Le conflit d'intérêts peut seulement donner lieu à une information et le tiers concerné, les parties, peuvent donner ou non leur accord. Le conflit d'intérêts peut se résoudre sur un mode conventionnel.

Au total, conflits d'intérêts, impartialité, incompatibilité ont bien partie liée, mais ils ne se situent pas en pratique au même niveau. Le conflit d'intérêts constitue la situation de fait présente dans tous les cas, alors que l'exigence d'impartialité et l'incompatibilité peuvent répondre également à des préoccupations autres que le seul traitement des conflits

82 - CE 7 juill. 1965, LxB A 5110B7E.

83 - Par exemple, sur quelle base calculer le quorum fréquemment exigé ; que devient dans certains cas le principe de collégialité ?

84 - Décision à caractère normatif n°2005-003 du Conseil National des Barreaux, portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat. L'art. 4-1 du RIN reprend dans ses 4 premiers alinéas l'art. 7 du décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (JO 16 juillet 2005).

85 - Art. 4-1 al. 1 RIN.

d'intérêts. La définition du conflit d'intérêts est l'objet d'enjeux importants, qu'elle soit donnée par le législateur, la jurisprudence ou les autorités professionnelles. Elle permet en effet de mettre en musique les valeurs qui sous-tendent une profession ou une activité et délimite la marge de manœuvre dont dispose un professionnel. L'impartialité dont l'exigence est de plus en plus souvent affirmée est une attitude d'esprit qui s'impose au juge depuis de très nombreuses années, mais dont le champ au-delà du juge entendu au sens large reste incertain. Il est possible que le terme impartialité, doté d'une représentation positive, soit utilisé sans justification avérée, mais simplement comme manifestation d'un refus de conflit d'intérêts qui pourrait ainsi ne pas être dénommé. En revanche, la situation de conflits d'intérêts est suffisamment abstraite et générale lorsque le législateur édicte une incompatibilité pour que l'objet de celle-ci soit décrit. Il est vrai que l'interdiction, sorte de diminutif de l'incompatibilité, exige aussi la définition de son objet. Incompatibilités, interdictions, autorisation ou accord, obligation d'information ou de révélation sont des modes de traitement juridique du conflit d'intérêts. Leur richesse montre que le droit étatique ou professionnel ne reste pas indifférent au conflit d'intérêts, même si la recherche de son éviction ou de son évitement constitue un objectif difficile à atteindre et qui déborde largement le cadre juridique.

LES CONFLITS D'INTERETS DANS LES *PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE*

Véronique Magnier
Professeur à l'Université de Picardie, CEPRISCA

C'est sur le fondement de sources très variées, comprenant droit contractuel de *Common law, Equity, Restatement of the Model Business Act, Uniform Code of Commerce*, que le droit des sociétés de chaque Etat nord-américain s'est forgé et il serait à la fois très ambitieux et probablement de peu d'utilité pour un regard étranger d'étudier les règles de droit positif relatives aux conflits d'intérêts aux Etats-Unis. Se tourner du côté des *Principles of Corporate Governance*[1] semble en revanche beaucoup plus prometteur. On rappelle que ces principes sont nés d'un besoin de repenser le modèle sociétaire libérale et de la nécessité de l'adapter afin de permettre d'instaurer un véritable contrôle de la gestion sociale sans en entraver la liberté. Faisant œuvre de droit savant, ils offrent à l'heure actuelle la réflexion la plus aboutie sur le gouvernement d'entreprise aux Etats-Unis, et notamment en matière de conflits d'intérêts. Mais les Principes ne sont pas que cela. Ils ont en effet eu pour utilité concrète et immédiate de clarifier et préciser les règles de fonctionnement proposées par le *Model Business Act*, loi-modèle servant elle-même de référence aux droits des sociétés américains[2]. Si donc ces principes n'ont aucune force contraignante, ils ont une vocation unificatrice[3]. Leur étude apparaît dès lors justifiée, tant pour leur qualité rédactionnelle, que pour l'utilité pratique qu'ils offrent.

A l'origine, les conflits d'intérêts ont trouvé un point d'ancrage dans la relation d'agence, et plus particulièrement dans les relations fiduciaires qui lient le *trustee* à son bénéficiaire, le *cestui* de trust[4]. Il a été soutenu que dans ce type de relation de nature contractuelle, la personne en qui on avait mis toute sa confiance devait faire preuve d'une loyauté au-dessus de tout soupçon et ne pouvait se trouver en quelque

1 - *American law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations,* 1994. Ci-après les Principes.

2 - Aujourd'hui treize des cinquante Etats d'Amérique du Nord ont adopté les règles de *Restatement* (RMBCA) relativement aux conflits d'intérêts. D'autres s'en inspirent de très près.

3 - Droit savant issu de travaux d'inspiration doctrinale réunissant professeurs, praticiens, juges et avocats, les Principes ne constituent, comme leur nom l'indique, que des règles non contraignantes, dont les Etats ou les sociétés elles-mêmes peuvent s'inspirer. Dans un souci pragmatique, ces principes s'accompagnent de « recommandations », qui visent directement les sociétés et qui servent utilement la mise en œuvre des principes.

4 - Rapp., en droit anglais, la célèbre décision, Bray v. Ford, 1896, AC 44 : « les juges anglais enjoignent aux personnes soumises à des devoirs fiduciaires » imposés par le droit de l'Equité « de s'abstenir de se placer dans une situation de conflits d'intérêts », citée par P.-F. Cuif, Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, RTDcom 2005, 1, note 4.

situation de conflits d'intérêts que ce fût. Longtemps, donc, les tribunaux ont annulé systématiquement une opération comprenant un tel conflit, comme l'illustrent avec force de célèbres décisions: « De nombreuses formes de conduite, admissibles dans la vie quotidienne pour ceux qui agissent face à face, sont interdites à ceux qui sont liés par des liens fiduciaires. Un *trustee* est tenu à quelque chose de plus strict que la morale du marché... »[5]. Cette interdiction fut tout naturellement étendue aux dirigeants de société liés par la même relation d'agence à la société. La solution était sévère puisqu'il en était fait application que l'opération considérée ait fait l'objet ou non d'une approbation du conseil d'administration et même lorsqu'il était avéré qu'elle restait « équitable » pour la société[6]. Autrement dit, que la situation de conflit reste acceptable ou non.

La réalité est cependant plus nuancée, et l'évolution par rapport à cette interdiction de principe très marquée. On trouve en effet des décisions anciennes d'après lesquelles pouvaient être considérées comme valables des conventions passées par un dirigeant et sa société, sous réserve qu'elles aient été autorisées par une majorité d'administrateurs désintéressés[7]. C'est sur la base d'une validité de principe, par la suite étoffée, que le consensus s'est fait. A partir des premières décennies du XXème siècle, la règle a voulu qu'un contrat passé entre un administrateur et sa société reste par principe valable du moment qu'il avait été approuvé par une majorité d'administrateurs désintéressés et qu'il n'était jugé ni déloyal ni frauduleux. A l'inverse, un même contrat non autorisé par une majorité d'administrateur désintéressé pouvait encourir la nullité. Très tôt donc, la validité de principe a été retenue, conditionnée par une procédure d'autorisation stricte.

Aujourd'hui, la situation de conflit est examinée à l'aune du devoir de loyauté. A la différence du devoir de diligence qui exige qu'un dirigeant agisse dans le meilleur intérêt des actionnaires, sans pour autant tirer personnellement profit de ces décisions, le devoir de loyauté s'applique aux décisions qui n'ont pas été prises dans le meilleur intérêt de la société, du fait que le dirigeant en a lui-même tiré profit. Toute situation de conflit d'intérêts n'est donc pas sanctionnée en tant que telle, mais uniquement lorsque l'opération qui la concerne porte atteinte à l'intérêt de la société[8]. L'on devine que, par respect de la liberté contractuelle, les conflits d'intérêts reçoivent aujourd'hui un traitement très

5 - Célèbre déclaration du juge Cardozo dans l'affaire *Meinhard v. Salmon,* 249 NY 458, 164 NE 545 (1928). V°, pour d'autres décisions, A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, Economica, 1985, 137 et s.

6 - H. Marsh, *Are directors trustees ?, Conflict of interest and corporate morality, 22 bus. Law*, 1966, 35.

7 - N. Beveridge, *The corporate director's fiduciary duty of loyalty : understanding the self-interested director transaction, 41 De Paul L. rev.*, 1992, 655.

8 - Le passage sémantique du traditionnel « *duty of loyalty* » auquel les auteurs préfèrent aujourd'hui celui de «*duty of fair dealing* » est à ce titre éclairant.

souple, la distinction s'opérant en quelque sorte entre les situations de conflits qui sont tolérées et celles qui ne le sont pas.

Il y aurait deux explications à une telle souplesse. Cette tolérance aurait de prime abord une justification pratique : les situations de conflits sont trop nombreuses pour être toutes interdites, ce qui entraverait par trop la dynamique du marché. Plus fondamentalement, c'est le rôle central que revêt le concept d'intérêt dans la pensée économique qui expliquerait cette faveur : « le premier principe de la science économique est que chaque agent est exclusivement motivé par son propre intérêt (*self-interest*)[9]. Comment ensuite lui en faire le reproche ? Bien plutôt, l'important est de pouvoir identifier chaque situation où deux intérêts sont en conflits, en particulier celui des dirigeants sociaux et celui de la société, pour pouvoir, dans un second temps, mieux contrôler cette situation de conflit. Et de deux choses l'une : soit la situation de conflit révèle un manque de loyauté du dirigeant vis-à-vis de sa société, et elle doit donc être annulée ; soit elle n'en révèle pas, et l'on peut alors considérer que la société retire un profit de cette situation, dans les mêmes conditions que si elle avait contracté avec un tiers. La finalité des Principes n'est donc pas d'interdire purement et simplement les conflits d'intérêts, mais de mieux les identifier, puis de permettre le maintien d'un équilibre « à la loyale » entre l'intérêt des dirigeants et celui de la société.

Dès lors, les Principes obligent à prendre en compte toutes les sortes de conflits d'intérêts à l'origine de situations juridiques *a priori* valables, laissant à l'organe social compétent puis au juge la tâche de décider, selon des critères précisément établis, lesquelles sont conformes au devoir de loyauté (*fair dealing*) et lesquelles ne le respectent pas. Comparé au droit français, le domaine des conflits d'intérêts dans les Principes s'en trouve fortement élargi (section I), et, dans le même temps, leur traitement largement assoupli[10] (section II).

Section I - Un domaine élargi

Les Principes envisagent des situations de conflit d'intérêts très variées, en visant différentes catégories de personnes. Par rapport au droit français, le domaine apparaît élargi tant *rationae personae* (A) que *rationae materiae* (B).

9 - F.Y. Edgeworth, *Mathematical Physcics : An Essay on the application of Mathematics to the moral sciences*, Londres 1881, cité par A. Strowel, A la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique, *in* Droit et intérêt, dir. Ph. Gérard, F.Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, 1990, vol. 1, 37.

10 - Le cadre de cette étude est limité aux relations internes à la société. Mais le droit boursier fédéral, ravivé par la loi Sarbanes Oxley, applique des règles proches aux professions qui gravitent autour des marchés financiers : v. J. C. Coffee, *Gatekeeper failure and reforme : the challenge of fashionning relevant reforms.*

A - *Rationae personae*

Il convient de déterminer précisément les personnes susceptibles de se trouver en situation de conflits d'intérêts, avant de préciser quelle est la nature de l'intérêt qui touche ces personnes.

1. Les personnes visées

Trois types d'acteurs sont appelés à jouer un rôle primordial dans la mise en œuvre des mécanismes de gouvernement d'entreprise, les actionnaires, les administrateurs et les dirigeants. En toute logique, ce sont précisément ces personnes que les conflits d'intérêts touchent. Pour s'en tenir à l'article 5.02 des Principes, paragraphe au cœur des conflits d'intérêts puisqu'il traite des « conventions[11] passées avec la société », sont visés les *directors* à titre principal[12], c'est-à-dire l'équivalent des administrateurs en droit français.

La règle qu'énonce l'article 5.02 a été étendue aux *senior executives* « qui entrent dans une opération avec la société ». Elle s'applique donc également à tous les principaux dirigeants « administratifs » de la société. Une acception relativement large de la notion[13] permet de faire entrer dans le domaine de la règle non seulement le président du conseil d'administration, le directeur général, mais également tout directeur technique, ou encore tout dirigeant responsable d'une unité, d'une division... dès lors qu'il accomplit pour la société une fonction de haute direction. Comparé au droit français qui ne dépasse pas la sphère des administrateurs, du directeur général et, le cas échéant, des directeurs généraux délégués, il apparaît que le domaine des personnes concernées par un conflit d'intérêts au sein d'une société est potentiellement plus large en droit américain[14]. En outre, ces personnes sont concernées non seulement dans le cadre de conventions passées avec la société (l'équivalent des « conventions » passées avec les sociétés de droit français), mais également pour toutes les situations dans lesquelles le droit américain décèle des conflits d'intérêts[15].

De même qu'en droit français, le devoir de loyauté a vu croître son domaine et son intensité, et tout naturellement la règle a été étendue aux actionnaires de contrôle ou « dominants »[16]. Les Principes en font

11 - Traduction du terme « *transaction* », semble proche du terme français de « convention ».

12 - Le texte renvoie à la définition §1.13 qui figure à la première partie des Principes, partie consacrée aux définitions des termes repris par les Principes, et qui constitue un préalable indispensable à leur interprétation uniformisée.

13 - V° définition §1.33 des Principes ; *Adde* A. Tunc, préc. n°67.

14 - Comp. Art. L. 225-38 C. com..

15 - V°. *infra*, B.

16 - Les Principes, §5.10 et s. ; comp. art. L. 225-38 al. 1er *in fine*.

une appréciation large[17]. Est « dominant » un actionnaire qui, soit seul, soit en vertu d'un arrangement ou d'un accord avec une ou plusieurs autres personnes possède plus de 50% des valeurs en circulation ayant le droit de vote, ou qui a sur elles un pouvoir de vote sans réserve ; ou, en fait, contrôle la gestion des affaires ou de l'opération particulière en cause ». Le texte ajoute qu' "un actionnaire qui seul, ou en vertu d'un arrangement ou d'un accord avec une ou plusieurs autres personnes, possède 25% ou plus des valeurs en circulation ayant le droit de vote, ou qui a sur elles un pouvoir de vote sans réserve, est présumé contrôler la gestion des affaires »[18]. L'actionnaire dominant américain est proche de son homologue français. Notamment, la participation en droit de vote est prise en compte, comme celle en capital ; en outre, la définition du contrôle ne comprend pas seulement le contrôle de droit, mais également le contrôle de fait[19] et vise aussi les actionnaires concertistes.

En revanche, le texte de droit américain semble moins circonstancié. A cet égard, l'action de concert n'est pas définie autrement que par « un arrangement ou un accord avec une ou plusieurs personnes », sans que soit précisé l'objet sur lequel doit porter cet accord, ni son contenu. S'en remettant au juge, le droit américain évite ici un certain nombre de difficultés d'appréciation que connaît la notion dans le droit positif français[20]. Les Principes ne précisent pas non plus si l'actionnaire doit être personne physique ou s'il peut également être une personne morale, mais les décisions judiciaires prises en ce domaine font apparaître que le juge ne distingue pas selon les situations et qu'il a tendance à faire prévaloir la réalité sur les apparences. Emprunt de pragmatisme, le droit américain se montre relativement sévère, alors qu'une seule étude comparative des seuils (50% en droit américain contre 10% pour les personnes physiques relevant du droit français[21]) aurait pu mener à la conclusion inverse. De même la présomption d'une situation de conflits joue dès le dépassement du seuil de 25% en droit américain alors qu'elle ne joue qu'à partir de 40% en droit français, et encore uniquement pour les actionnaires dominants personnes morales et sous

17 - Les auteurs proposent deux fondements à l'existence de ce devoir, d'une part, en procédant par assimilation entre les administrateurs et les actionnaires qui, par le pouvoir qu'ils possèdent sur les premiers, contrôlent ou exercent la direction réelle de la société ; d'autre part, en considérant que les actionnaires sont également des associés, ce qui impose un devoir de réserve, en quelque sorte, à l'actionnaire dominant qui peut décider du sort des autres. V°, pour le droit français, la contribution du Pr. D. Schmidt, *supra*.

18 - Les Principes, §1.10.

19 - Ce type de contrôle vient d'être renforcé en droit français, avec la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie. En effet l'article 233-3 du code de commerce ajoute un nouveau critère permettant de poser une présomption de contrôle, à savoir lorsqu'une société « est associé ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ».

20 - V. art. L. 233-10 C. com. et, pour une réflexion de fond, La notion d'action de concert, M. Benillouche, Petites Aff. 11 fév. 2003, n°30, et les références citées.

21 - Art. L. 225-38 al. 1er C. com.

réserve qu'aucune autre société ou actionnaire ne détienne directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne[22].

Il ne suffit pas, pourtant, que ces personnes soient concernées. Encore faut-il qu'elles puissent être considérées comme des personnes ayant un « intérêt » à l'opération visée.

2. L'intérêt en jeu

Le devoir de loyauté, ou de *fair dealing*, conduit à poser un certain nombre de règles dans les hypothèses où un administrateur, un dirigeant ou un actionnaire dominant vient à agir en ayant un intérêt personnel à l'affaire. Ces règles reflètent l'obligation implicite qui pèse sur cette personne, celle d'agir « loyalement » à l'égard de sa société lorsque précisément l'opération peut porter atteinte aux intérêts de la société. Ces textes sont donc applicables aux dirigeants intéressés et non à ceux qui ne le sont pas, qui répondent alors à la définition d'administrateurs « désintéressés ».

Les auteurs des Principes se sont attachés à préciser ces notions de personnes « intéressées » ou « non intéressées », et la difficulté n'est pas sans rappeler les questions dont débat la doctrine française à propos de l'administrateur indépendant[23]. Pour apprécier l'intérêt d'un dirigeant, le texte prend en compte tout type de relation, qu'elle soit professionnelle ou familiale, établie directement ou par personne interposée. Ainsi, un administrateur, ou un dirigeant, est dit « intéressé »[24] dans une opération ou un acte si, en premier lieu, lui-même ou l'un de ses *associates*[25] est partie à l'opération ou à l'acte ; ou si, en second lieu, il entretient une relation d'affaires, financières ou familiales avec une partie à l'opération ou à l'acte, et que cette relation pourrait raisonnablement faire penser qu'elle affectera son jugement dans un sens défavorable à la société ; Ou encore si lui-même, l'un de ses *associate*, ou une personne avec qui il entretient des relations d'affaires, financières ou familiales, a un intérêt pécuniaire dans l'opération ou l'acte (autre que les gains usuels d'un dirigeant) et que cet intérêt et cette relation pourraient faire raisonnablement penser qu'ils affecteront son jugement dans un sens défavorable à la société ; ou si enfin il se trouve

22 - Art. L. 233-3 II al. 1er C. com.

23 -V. dernièrement, La gouvernance d'entreprise –entre réalités et faux-semblants-, dir. Y. Paclot et C. Malecki, JCP, CDE, 2005, n°5 : E. Scholastique, L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? ; J. Delga, De l'inexistence juridique de l'administrateur indépendant en France aux risque encourus ; B. Richard, Enjeux et appréciations de l'indépendance des administrateurs.

24 - Les Principes, §1.23.

25 - La notion d'*associate* est elle-même très large. Elle désigne un conjoint, un enfant, un père ou une mère, un frère ou une sœur, ainsi que « toute personne dont un directeur, un dirigeant ou un actionnaire a la responsabilité financière, ou avec qui il a une relation d'affaires qui pourrait faire raisonnablement penser qu'elle affectera son jugement d'une manière défavorable à la société". De plus, une présomption de la qualité d'*associate* pèse sur l'administrateur, le directeur ou l'associé qui est titulaire de plus de 10% d'une catégorie de titres d'une société donnant droit à répartition de l'actif, sauf exception.

sous l'influence dominante d'une partie à l'opération ou à l'acte, ou d'une personne qui a un intérêt pécuniaire à l'opération ou à l'acte, et que cette influence dominante pourrait faire penser qu'elle affectera son jugement dans un sens défavorable à la société. Il reste que cet intérêt s'apprécie *in concreto* : un administrateur peut être en relation avec un dirigeant de la société et être considéré comme désintéressé au regard de l'opération ou de l'acte précis pris en considération.

La définition de l'actionnaire intéressé est quant à elle plus restrictive. Un actionnaire est en effet dit « intéressé » dans une opération ou un acte si soit lui-même, soit un de ses *associates* est partie à l'opération ou à l'acte, ou si il est aussi un administrateur ou un dirigeant. Selon les auteurs des Principes, la raison d'une définition plus restreinte par rapport à celle des dirigeants tiendrait à ce que la détermination de l'intérêt chez l'actionnaire est délicate à déceler dans les grandes sociétés, et notamment dans celles qui font appel public à l'épargne[26]. Pour la doctrine, les raisons sont plutôt d'ordre théorique. La relation d'agence ne touche en effet que les administrateurs et les dirigeants. Imposer à l'actionnaire d'être totalement désintéressé dans une affaire qui touche la société semble plus difficile à justifier sur le plan théorique. Toujours est-il que l'intérêt est très largement défini et laisse une grande marge d'appréciation au juge pour apprécier la situation de conflits d'intérêts.

Les deux catégories de personnes visées par les Principes, à savoir les dirigeants et assimilés ou les actionnaires de contrôle, ne subissent pas tout à fait le même sort, ce qui explique que ces situations soient traitées dans des chapitres différents. Mais le domaine est pratiquement identique qu'il s'agisse de l'une et de l'autre, et il permet d'envisager toutes les situations de conflits possibles.

B - *Rationae materiae*

La partie V des Principes est consacrée au devoir de *fair dealing*, et l'ensemble des opérations qui y sont réglées traite de situations de conflits d'intérêts. A la différence du droit français, pour lequel les règles sont ponctuelles et parcellaires[27], les Principes traduisent un effort de formulation complète et précise des situations de conflits d'intérêts, ce qui permet ensuite d'en faire un traitement relativement homogène. Partant du point de vue français, on distinguera les cas qui relèvent aujourd'hui des situations « typiques » de conflit d'intérêts, de celles qui apparaissent plus atypiques[28].

26 - Les Principes, §1.23, commentaires.

27 - V° *supra*, le rapport de D. Schmidt sur le droit français.

28 - Dans le cadre de cette étude, ne seront analysées que les situations de droit commun, étant exclus les conflits d'intérêts observés à l'occasion d'opérations particulières comme les fusions ou les OPA, et qui font l'objet de dispositions spéciales.

1. Les situations typiques de conflits d'intérêts

La situation de conflits par excellence est celle dans laquelle un dirigeant « passe une convention avec sa société ». C'est celle que visent en premier lieu les Principes, qu'elle s'applique aux administrateurs et aux principaux dirigeants[29], agissant directement ou par personne interposée[30], ou à l'actionnaire dominant[31]. Si le terme de *transaction* employé par les Principes est pratiquement équivalent à celui de « convention » utilisé par le droit français, contrairement au droit français[32], les Principes ne distinguent pas parmi celles-ci celles qui doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration, des conventions dites « courantes » et de celles qui sont interdites. Leur régime en ressort unifié[33].

La solution de principe est une règle générale de validité. Une opération ne peut donc *a priori* être annulée par la société pour la seule raison de l'intérêt personnel qu'y prend et qui trouve l'un de ses dirigeants. La justification d'un tel principe se trouve dans l'idée aujourd'hui communément acceptée que de telles opérations ne se font pas nécessairement au détriment de l'intérêt des actionnaires. Dès lors qu'une opération ne leur nuit pas, elle peut être tout aussi bénéfique à la société que peut l'être celle issue d'une convention passée avec des tiers[34]. En théorie, donc, un *director* pourrait *a priori* contracter un emprunt avec sa société, se faire consentir par elle un découvert ainsi que se faire cautionner ou avaliser par elle ses engagements envers les tiers, alors que ces conventions sont strictement interdites aux dirigeants français[35].

Reste à préciser, et la précision est de taille, que les Principes posent des conditions importantes à cette validité, ce qui montre que les conventions passées entre un dirigeant intéressé et la société n'ont pas acquis pleine liberté. Une analyse plus poussée de la situation est en effet requise[36], et il n'est pas du tout assuré que, par exemple, une opération consistant à emprunter auprès de la société passe favorablement le test. En ce sens, les solutions peuvent être rapprochées du droit français.

29 - Les Principes, §5.02.

30 - Les Principes, §5.07.

31 - Les Principes, §5.10.

32 - Art. L. 225-38, L.225-39 et L. 225-43 C. com.

33 - Sous réserve des conventions citées dans les statuts comme étant des conventions échappant à la règle 5.02 ; V° Les Principes §5.14.

34 - Cette validité de principe s'explique ici par le fait que la règle de l'interdiction absolue n'est pas réaliste d'un point de vue économique. On ne peut imposer à un dirigeant un total désintérêt, ni présumer que toutes les conventions qu'il passe avec la société lui sont nuisibles !

35 - Art. L. 225-43 al. 1er C. com.

36 - V. *infra*, IIA.

Mais l'avantage que l'on peut trouver à la généralité de la règle, comparée à la casuistique à laquelle invite le droit français, est d'éviter au président du Conseil d'administration de se prononcer sur la délicate délimitation qu'il a à opérer entre les conventions qui auraient du être soumises à une autorisation préalable du conseil d'administration de celles qui doivent seulement faire l'objet d'une déclaration et de celles qui sont totalement « libres » ou au contraire interdites[37].

Très proche de ce type de situation, celle qui préside aux décisions de rémunérer un administrateur ou un dirigeant, est toutefois traitée de manière distincte par les Principes[38]. Leurs rédacteurs justifient cette différence de traitement par des arguments à la fois d'ordre théorique et pratique : le caractère nécessaire et « courant » de ces conventions, ainsi que la grande publicité qui existe relativement à ces rémunérations pour les dirigeants des grandes sociétés, et notamment les sociétés cotées. C'est ce qui explique que la procédure en la matière soit à présent bien établie. Le traitement de cette situation de conflits s'en trouve allégé.

Comparativement, les droits des Etats membres de l'Union européenne apparaissent beaucoup moins développés sur ce point et ce n'est que récemment que le droit français, tout du moins celui des sociétés anonymes dont les titres sont admis sur un marché règlementé, semble se rapprocher des règles de droit américain, sans toutefois poser expressément la question en terme de conflit d'intérêts[39]. Seule à ce jour la Commission européenne l'a fait, dans une recommandation qui fait suite au Plan d'Action visant à moderniser le droit des sociétés et à renforcer le gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne[40].

2. Les situations atypiques de conflits d'intérêts

Un certain nombre d'autres situations de conflits sont prises en compte par les Principes, qui semblent plus atypiques pour les droits d'Europe continentale. En premier lieu, est visée l'hypothèse d'une utilisation d'un bien ou d'une information de la société, ou encore d'une

37 - Notamment, sur la question classique de ce que recouvre la notion d' « opérations courantes et conclues à des conditions normales », V°. Ph. Merle, Droit des sociétés, Précis Dalloz, Xème éd., 2005, n°398 et s. ; et sur celle, plus récente, des opérations qui, « sauf lorsqu'en raison de leur objet et de leurs implications financières, elles ne sont significatives pour aucune des parties » ; v., l'étude approfondie de C. Malecki, D. 2003, chr. 1350.

38 - Les Principes, §5.03.

39 - Art. L. 225-102-1 al. 1, 2 et 3. V° A. Constantion, supra.

40 - Une Recommandation du 6 octobre 2004 sur la rémunération des administrateurs de sociétés cotées, invitait les Etats membres à mettre en place, avant juillet 2006, un régime réglementaire approprié sur la rémunération des dirigeants dans les sociétés cotées: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/company/directors-remun/index_fr.htm.

position sociale[41]. Cette hypothèse touche aussi bien les administrateurs ou les principaux dirigeants que les actionnaires de contrôle[42]. De même, sont visées les situations dans lesquelles ces mêmes personnes cherchent à détourner une « chance économique », ce qui peut se définir sommairement par le fait de détourner à son profit une possibilité qui s'offrait à la société[43]. Par ailleurs, et sans prétendre à l'exhaustivité, les principes traitent de la situation de conflits née de la recherche par un dirigeant de son propre intérêt pécuniaire en faisant concurrence à la société[44].

Le cadre de cette étude ne permet pas d'analyser en profondeur chacune de ces situations. Une remarque s'impose toutefois. Certaines de ces situations, comme celle qui consiste à utiliser un bien ou une information de la société, ou encore celle qui conduit à une mise en concurrence avec la société sont certes prises en considération par le droit français. Mais on notera que chacune relève d'une branche de droit distincte, y est traitée de manière diversifiée dans la mesure où elle ne se pose pas en terme de conflits d'intérêts : l'infraction pénale spéciale d'abus de biens sociaux ; l'infraction pénale boursière pour l'utilisation d'une information privilégiée[45] ; l'interdiction contractuelle (et prétorienne[46]) de faire concurrence à son (ancien) employeur... sans compter que des situations comme le détournement d'une chance économique restent presque ignorées du droit français[47]. Or si il est communément admis que « le conflit d'intérêts prend naissance lorsque l'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt que l'on est en charge de défendre »[48], c'est bien de conflits d'intérêts qu'il s'agit dans les hypothèses où un dirigeant profite de sa situation pour utiliser une position sociale, un bien ou une information de la société, ou lorsqu'il fait concurrence à la société ou détourne une « chance économique » à son profit. Une recherche plus systématique de situations similaires en droit français permettrait d'avoir une vision d'ensemble de ces situations, fondées sur la même préoccupation de mieux contrôler les conflits d'intérêts, et donc d'en offrir un traitement plus complet et en

41- Les Principes, §5.04. *Adde* les longs développement consacrés à ce devoir de loyauté par A. Tunc, préc., 151 et s.

42 - Les Principes, §5.11.

43 - Les Principes, §5.05 et §5.12, §1.14 (b) ; *Adde* A. Tunc, préc., 145 et s. et la thèse de J.Y. Martin, Le détournement d'une chance économique par un dirigeant de société (droit anglais et nord-américain), thèse Paris I, 1981.

44 - Les Principes, §5.06 ; *Adde* A. Tunc, préc., 139 et s.

45 - On pourrait également songer au « vol » d'information qui a connu des évolutions importantes : Cass. crim. 10 mai 2005, JCP éd. G, II, 10162 , note M. Daury-Fauveau ; *adde* M.P .Lucas de Leyssac, Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?, D. 1985, chron. 43.

46 - V°, en dernier lieu, Cass.Soc. avr. 2002.

47 - V° toutefois, pour ce qui est de la doctrine, la thèse de J.Y. Martin, préc.

48 - Définition donnée par le professeur D. Schmidt, *supra*, et sur laquelle se fondent les contributions de cet ouvrage.

quelque sorte homogène. Il semble qu'une réflexion, tant au niveau national qu'européen[49], pourrait être utilement menée en ce sens.

Section II - Un traitement assoupli

Le temps manquerait pour aborder le traitement de l'ensemble des conflits d'intérêts, et l'objet de l'analyse est de s'en tenir au traitement de la situation de conflit la plus communément admise, tout au moins en droit français, à savoir celle qui touche aux conventions passées avec la société[50]. On en retiendra essentiellement la très grande souplesse tant pour ce qui concerne le mécanisme ici privilégié de l'autorisation (A) que pour les aménagements procéduraux possibles (B).

A - La procédure d'autorisation

Une validité de principe est aujourd'hui reconnue aux situations de conflits d'intérêts. Toutefois, cette validité est soumise à la condition que la convention ait été autorisée. Aux termes de l'article 5.02(a) et (b) des Principes, tout administrateur (ou dirigeant principal)[51] qui « passe une convention avec la société (autre qu'une convention portant sur le versement de sa rémunération) respecte le devoir de loyauté si (1) la révélation de son conflit d'intérêts et de la convention a été faite à l'organe social compétent pour autoriser à l'avance ou ratifier une telle opération ; et si (2) la convention est équitable (*fair*) pour la société. Ces conditions sont cumulatives.

1. La révélation du conflit d'intérêts

La révélation de l'information détenue par « l'intéressé » procède de la relation d'agence qui existe entre lui-même et les actionnaires de la société et vise à rétablir l'asymétrie d'information entre ces personnes. Pour permettre d'assurer une gestion au quotidien, les destinataires directs de cette information ne sont pas les actionnaires, mais l'organe

49 - Rappr. A. Couret, L'incidence des normes européennes sur la gouvernance des sociétés, Rev. soc. 2005, 66.

50 - Le traitement des autres situations est en réalité calqué sur celle-ci. Ainsi, en va-t-il en matière de concurrence à la société, et cela quand bien même la règle est énoncée sous la forme d'une interdiction par le §5.06 : Les directeurs et les principaux directeurs ne peuvent rechercher leur intérêt pécuniaire en faisant concurrence à la société à moins que :

(1) Tout dommage raisonnablement prévisible pour la société soit largement compensé par le bénéfice que la société peut raisonnablement espérer en permettant la concurrence, ou qu'il n'y ait aucun dommage raisonnablement prévisible pour la société venant d'une telle concurrence

(2) La concurrence soit préalablement autorisée, ou ratifiée, après révélation du conflit d'intérêts et de la concurrence, par des directeurs désintéressés... d'une manière conforme aux exigences de la *business judgement rule* ; ou

(3) La concurrence soit préalablement autorisée, ou ratifiée, après révélation, par des actionnaires désintéressés, et que l'action des actionnaires n'équivaut pas à une dilapidation de l'actif social

51 - Pour plus de clarté, on considèrera que le sort d'un dirigeant principal est réglé de la même manière que celui de l'administrateur, ce qui n'est pas tout à fait exact.

responsable, c'est-à-dire le conseil d'administration. Afin de satisfaire l'exigence d'une information complète (*full disclosure*) la révélation doit porter à la fois sur les termes de la convention (nature, partie, prix... de la convention) et sur la situation de conflit qui est à ce moment connue du seul intéressé. Il est traditionnellement jugé que l'intéressé qui s'abstient volontairement de donner des explications concernant les implications potentielles que comporte la convention pour l'avenir de la société ne remplit pas son devoir fiduciaire de loyauté[52].

La révélation de l'information comme condition indispensable à la validité d'une convention comportant un conflit d'intérêts pourrait paraître superfétatoire dans le cas où est rapportée la preuve que la convention a par ailleurs été équitable. Les auteurs des Principes justifient toutefois la nécessité de cette condition en établissant qu'une convention pourrait être, en soi, équitable, sans l'être, pour autant, pour la société. En effet, en dépit d'un prix jugé équitable pour un tiers, l'opération pourrait apparaître trop coûteuse, voire inutile, dans le cas particulier de la société concernée. L'exigence qui consiste à révéler l'information au conseil d'administration vise donc à donner concrètement à la société, par l'intermédiaire de ses administrateurs, les moyens de juger par elle-même de l'opportunité de la convention. Quand bien même le juge estimerait que la convention est équitable, celle-ci pourrait être annulée sur le fondement de l'absence de révélation à la société, si il est prouvé qu'elle n'aurait pas par elle-même accepté cette opération[53].

Mais, à l'inverse, la révélation d'une situation de conflit à l'occasion d'une convention passée avec la société ne saurait suffire à valider une telle opération. Encore faut-il que la convention soit équitable.

2. La convention équitable

Au-delà de la simple révélation de la situation de conflit, l'article 5-02(a)(2)(A) des Principes exige que la convention soit *fair*, ce que l'on peut traduire par « équitable » étant précisé qu'elle exige un comportement loyal de la part de l'intéressé. Cette condition vise le prix équitable, un critère *a priori* objectif, mais pas seulement. En effet, comme cela a été souligné, la notion de prix équitable reste subjective et doit s'apprécier au regard de la situation économique et financière de la société concernée[54]. C'est pourquoi, les Principes posent que

52 - *Globe Woolen Co. v. Utica Gas Elec. Co*, 224 NY 483, 121 N.E. 378 (1918).

53 - En raison de la *business judgment rule*, le juge en droit américain n'est pas juge de l'opportunité d'une décision de gestion sociale, ce qui le rapproche du juge français.

54 - Une gamme de prix « raisonnables » est alors prise en considération par les juges, mais également l'intérêt de la société à contracter une telle convention. Cet intérêt est apprécié au jour de la conclusion de la convention.

l'appréciation de l'équité peut s'observer au travers de deux types de critères, à savoir non seulement au travers de son prix, mais également selon la procédure suivie pour obtenir l'accord des administrateurs. De cette procédure doit pouvoir être déduite la loyauté de l'intéressé envers sa société. Trois hypothèses précises sont alors envisagées par les Principes :

D'une part, la convention sera jugée équitable pour la société si, après révélation du conflit d'intérêts et de la convention, elle est autorisée au préalable par des administrateurs désintéressés qui ont pu raisonnablement penser que l'opération était équitable pour la société au moment de son autorisation »[55]. Une telle procédure suppose que l'autorisation ait été accordée par un vote acquis à la majorité des administrateurs, ou d'un comité spécialisé composé d'une majorité d'administrateurs qui n'ont aucun intérêt à la convention[56]. Le droit américain ne refuse donc pas que les actions de l'intéressé soient prises en compte pour le calcul du quorum, dès lors que son vote n'est pas pris en considération, ce qui constitue une souplesse par rapport au droit français plus rigoureux sur ce point[57]. Quant à la procédure de vote par l'intermédiaire d'un comité, elle revient en pratique au même que la solution de droit français, puisque, alors, la convention doit être autorisée par un comité d'administrateurs non intéressés qui ne rassemblent qu'un nombre minoritaire des membres du Conseil d'administration. Certes, les conditions de cette autorisation préalable feront l'objet d'une attention toute particulière de la part des juges[58].

De même la convention sera jugée équitable et la situation de conflit passera le test de loyauté si, après avoir été révélée par l'intéressé, elle est ratifiée ultérieurement par des administrateurs désintéressés qui ont pu raisonnablement penser que la convention était équitable pour la société au moment où elle a été passée[59]. Toutefois, cette hypothèse est valable uniquement si, d'une part, une personne compétente mais non intéressée a représenté la société dans cette convention et a pu raisonnablement penser qu'elle était équitable pour la société ; si, d'autre part, l'intéressé a révélé à ce représentant l'ampleur des faits pertinents (*material facts*) dont il avait connaissance ; si, par ailleurs, l'intéressé n'a pas agi de manière déraisonnable en négligeant de demander l'autorisation préalable de la convention à des administrateurs

55 - Les Principes, §5.02(a)(2)(B).

56 - Les Principes, §1.15.

57 - Comp. Art. L. 225-40 al. 4r C. com, selon lequel « l'intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum ». En pratique, toutefois, l'intéressé américain évitera de participer aux réunions de Conseil au cours desquelles la convention fait l'objet d'une discussion.

58 - Ainsi, lorsque l'autorisation est acquise à la suite de fortes pressions exercées par l'administrateur intéressé.

59 - Les Principes, §5.02(a)(2)(C).

désintéressés ; et si, enfin, le défaut d'une autorisation préalable de la convention par des administrateurs désintéressés n'a pas fondamentalement porté atteinte aux intérêts de la sociétés[60].

Enfin, la convention sera jugée équitable et le test de loyauté positif quand, après avoir été révélée, elle aura été autorisée préalablement ou ratifiée ultérieurement par des actionnaires désintéressés, et si, au moment de son approbation, elle ne constitue pas une dilapidation des actifs sociaux[61].

Une procédure régulière constitue donc, en quelque sorte, une véritable garantie de loyauté, suffisante, sous certaines conditions, pour assurer la validité d'une convention passée alors que l'un des dirigeants de la société y avait un intérêt personnel, et pourvu qu'il en ait fait la révélation au conseil d'administration. Sa validité n'est donc pas remise en cause, *a priori*, et, par comparaison avec le droit français, il est clair que les Principes proposent un traitement plus souple des conflits. Les possibilités de régularisation offertes par le droit américain lorsque le conseil d'administration n'a pas autorisé la convention sont en effet plus nombreuses : le conseil peut lui-même la ratifier ultérieurement, sous réserve des conditions précédemment énoncées. Mais l'assemblée générale peut également intervenir, soit (sous condition) préalablement à l'opération, soit ultérieurement pour la ratifier (cette solution étant la seule envisagée en droit français)[62]... Sans compter que, en théorie du moins, la procédure d'autorisation ou de ratification n'est pas nécessairement requise pour permettre de valider une opération qui comporte un conflit d'intérêts : la preuve que celle-ci est équitable pour la société suffirait. Tous ces éléments constitueront, par la suite, autant d'indices confiés à l'appréciation du juge, qui se déterminera dans un sens favorable à l'intéressé dès lors que la société n'aura pas pâtit de l'opération. En outre, et comme toujours, les Principes sont suivis d'aménagements qui viennent assouplir encore la procédure.

---

60 - Dans la mesure où, en fin de compte, seule l'ignorance de bonne foi de la part de l'intéressé peut sauver la convention, cette hypothèse est rarement mise en ?uvre en pratique.

61 - Les Principes, §5.02(a)(2)(D). Une telle dilapidation existe lorsque les termes de la convention sont tels qu'aucune personne dotée d'un jugement ordinaire sain en matière d'affaires ne dirait que ce qui était reçu par la société était la juste contrepartie de ce qui était donné. En pratique, si une convention a été approuvée par le conseil d'administration ou par les actionnaires sans que l'administrateur intéressé prenne part au vote, il est recommandé que la société soit représentée dans la convention par une personne qui puisse agir en son nom, autre que l'administrateur intéressé. Dans le cas inverse, l'argument selon lequel l'administrateur intéressé a contracté avec lui-même pèse lourd dans la balance. En revanche, si l'initiative de la convention a été prise par des personnes désintéressées, au nom de la société, une forte présomption d'équité pèsera sur la convention : *Puma v. Marriott*, Del. Chanc., 283 A.2d 693 (1971).

62 - Cette double possibilité tend à montrer que l'assemblée générale est tout aussi compétente que le conseil d'administration pour autoriser une convention contenant un conflit d'intérêts. La relation d'agence qui lie les actionnaires aux administrateurs explique probablement cette « confiance » accordée par le droit américain à l'assemblée des actionnaires.

B - Les aménagements procéduraux

Le respect d'une procédure loyale permet d'apporter des assouplissements aux règles de principes. Ils touchent, d'une part, les règles gouvernant le régime de la preuve et, d'autre part, la possibilité de régulariser une procédure mal engagée.

1. Le régime de la preuve

Il revient, en principe, à celui qui allègue une prétention d'en rapporter la preuve[63] et c'est donc sur la personne qui conteste l'opération passée entre la société et l'un de ses administrateurs (ou principal dirigeant) que pèse la charge de la preuve du défaut de révélation et/ou de l'absence d'équité de la convention. Le respect d'une procédure loyale vient toutefois perturber cette règle de principe. Ainsi, en cas de défaillance dans l'obtention de l'autorisation ou de l'approbation par les administrateurs ou les actionnaires non intéressés à la convention, les Principes inversent la charge de la preuve[64] : si le demandeur établit qu'aucune des procédures visées n'a été suivie, à savoir l'autorisation préalable ou la ratification d'une majorité d'administrateurs ou d'actionnaires indépendants[65], il revient à l'intéressé de rapporter la preuve du caractère équitable de l'opération. Le suivi d'une procédure en règle entraîne donc présomption de loyauté, alors que le respect d'aucune d'entre elles sera *a priori* défavorable à la personne intéressée.

En pratique, les tribunaux considèrent que lorsque seul l'intéressé avait pu avoir connaissance des faits pertinents, il doit établir, par exemple, qu'une ratification par une majorité d'administrateurs non intéressés a bien eu lieu, la preuve (résiduelle) des autres conditions devant être rapportée par la partie demanderesse. Si cette partie conteste l'existence d'une autorisation ou ratification dans les termes des Principes, la charge de la preuve que la convention a été passée en toute loyauté se déplace également sur la tête de l'intéressé. Il en va de même dans l'hypothèse où le demandeur parvient à établir de manière incontestable (*with evidence*) un défaut d'approbation par les administrateurs ou les actionnaires non intéressés.

En revanche, le fait d'avoir acquis préalablement l'autorisation d'une majorité d'administrateurs désintéressés permet de mieux répartir l'objet de la preuve, à l'avantage de l'intéressé. La personne qui conteste la validité de l'opération devra rapporter la preuve que la

63 - Rapp. art. 1315 C. civ.

64 - Les Principes, §5.02(b).

65 - Les procédures décrites aux (B), (C) et (D) de l'article 5.02(a)(2).

convention n'a pas été réalisée loyalement, et ce faisant elle devra montrer que les termes de la convention étaient tellement déraisonnables que les administrateurs désintéressés qui l'ont autorisée ne pouvaient pas raisonnablement avoir pensé qu'elle avait pu être équitable pour la société au moment de l'autorisation.

Les effets accordés à l'autorisation préalable supposent que la procédure utilisée pour son obtention soit elle-même équitable. Si, en revanche, l'autorisation n'a pas été obtenue avec une totale loyauté, alors elle ne sera pas valable. De même, les administrateurs désintéressés qui sont amenés à autoriser la convention doivent agir de bonne foi, en conformité avec ce qu'exige le devoir de diligence qui leur incombe.

2. La possibilité de régularisation

Aux termes de l'article 5.02(c), la révélation de la situation de conflit peut survenir à tout moment mais pas passé un délai raisonnable après contestation en justice de la convention. Il est intéressant de constater qu'une révélation tardive mais faite dans un délai raisonnable, donc suivie d'une ratification des principaux acteurs de la société, peut permettre de régulariser la convention. Il suffit alors que, à la suite d'une telle révélation, la convention soit ratifiée « par les administrateurs, les actionnaires ou encore la personne qui a représenté la société dans la convention (ou son successeur) ». Cette régularisation n'est toutefois que partielle. En effet, elle permettra que la première condition, à savoir l'exigence de révélation préalable, soit remplie. En revanche, la preuve de la loyauté dans l'opération restera à prouver.

Sur la question de savoir si les conflits d'intérêts doivent être combattus, il apparaît ainsi que la réponse des *Principles of Coporate governance* est différente du droit positif français et se révèle riche d'enseignement. Réponse qui, d'ailleurs, ne reste pas lettre morte, puisqu'elle sert de modèle aux *statutes* des Etats fédérés. On en retiendra que, selon les Principes, il convient de chercher à identifier précisément et de manière exhaustive les situations de conflits, pour mieux les soumettre à un contrôle efficace, en amont par des personnes qui sont, elles, désintéressées à l'affaire, et en aval par le juge. Mais non pas les combattre systématiquement. On en retiendra également qu'une élaboration savante du droit ne nuit pas nécessairement à son efficacité. *A beau mentir qui vient de loin ?...*

L'ELARGISSEMENT DU CERCLE DES CONFLITS D'INTERETS DANS LES SOCIETES COMMERCIALES

Aïda Bennini
Allocataire moniteur à l'Université de Cergy-Pontoise

Les conflits d'intérêts sont au cœur de nombreuses réflexions, récemment amorcées en droit des affaires. L'intérêt suscité par ce thème se justifie au regard des enjeux, tant théoriques que pratiques que renferment les conflits d'intérêts, notamment, leur impact sur l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales, dont le corollaire est l'équilibre des pouvoirs.

Le législateur a longtemps ignoré la réalité des conflits d'intérêts. Pourtant, les oppositions et les antagonismes ont toujours bercé la vie des sociétés, et ce en toute circonstance.

Il existe principalement trois conceptions doctrinales de la notion de conflit d'intérêts dans la société. La première consiste à définir le conflit d'intérêts comme « la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs »[1]. Dans cette perspective, l'intérêt social serait l'expression de la prohibition du comportement égoïste des dirigeants sociaux. Quant à la seconde conception, aux contours moins restrictifs, elle a fortement trouvé échos dans les écrits du professeur Schmidt qui a ardemment milité pour son introduction dans notre droit positif[2]. Il définit le conflit d'intérêts comme : « toute situation dans laquelle un actionnaire ou un dirigeant choisit d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun, soit pour satisfaire un intérêt personnel extérieur à la société, soit pour s'octroyer dans la société un avantage au préjudice des autres actionnaires »[3].

La définition proposée par le professeur Schmidt est moins restrictive que la première, car elle conçoit le conflit d'intérêts entre les deux principaux protagonistes de l'entreprise, l'actionnaire et le dirigeant. Cette définition met l'accent non seulement sur le comportement égoïste du dirigeant social et la prévalence de ses intérêts personnels sur ses devoirs de mandataire, mais aussi sur la transgression de l'intérêt commun des associés par l'un de ces derniers. Selon cette conception, trois intérêts catégoriels s'affrontent dans la société : ceux du dirigeant, des associés majoritaires et minoritaires.

---

1 - P-F. Cuif, Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, RTD Com. 2005, n°1, p. 1et s.

2 - D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, éd Joly, 2004.

3 - *Ibid*, n°19, p. 31.

Enfin, la troisième conception du conflit d'intérêts, qui fera l'objet de cette étude, met en relief tant la complexité de l'environnement sociétal que la pluralité et l'hétérogénéité des intérêts divergents au sein de la société. En effet, les faits révèlent que la violation des obligations par les uns empiète sur les droits ou les intérêts des autres protagonistes et partenaires de l'entreprise. Le conflit d'intérêts ne peut alors se déterminer uniquement au regard des devoirs et intérêts d'un seul acteur social. En d'autres termes, la société comprend d'autres oppositions que celles qui existent entre associés et dirigeants ; et la multiplicité des antagonismes, par l'implication d'acteurs internes ou externes à la société dans la sphère conflictuelle, stimule le déplacement du centre de gravité du pouvoir.

En définitive, les conflits d'intérêts correspondent aux contradictions entre un intérêt individuel ou catégoriel et l'intérêt de l'entreprise. Plus largement, les conflits d'intérêts comprennent les divergences entre deux ou plusieurs intérêts individuels ou catégoriels entraînant, directement ou indirectement, des conséquences préjudiciables pour la société. C'est pourquoi, le droit a du remédier à sa propre inadéquation avec cette réalité, en élargissant la sphère conflictuelle de l'entreprise moderne en ce sens.

En poursuivant l'analyse des conflits d'intérêts, la définition proposée soulève des ambiguïtés relatives aux concepts traditionnels du droit des sociétés, comme celui de l'intérêt commun des associés ou celui du contrat de société. Pour illustration, la notion d'intérêt commun des associés est très équivoque au regard de l'hétérogénéité des intérêts au sein du groupe des associés, elle-même source de conflits au regard d'une inégalité initiale des pouvoirs entre associés, accentuée par une grande diversité de l'actionnariat.

L'originalité de cette étude ne réside pas dans le recensement exhaustif des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales. Ces développements ont pour but de dégager les grandes lignes d'une évolution, à laquelle le contrat de société ne peut échapper, celle de l'équilibre des pouvoirs par l'émergence de contre-pouvoirs. La principale expression de ces contre-pouvoirs réside dans la reconnaissance de la véritable dimension des conflits d'intérêts.

Pour démontrer ces profondes transmutations, l'étude va s'efforcer de retracer le mouvement de l'élargissement de la sphère conflictuelle au sein de la société (section I), et au delà de ses frontières en impliquant les tiers (section II).

Section I - L'extension de la sphère conflictuelle à la communauté des associés

Au-delà de sa sérénité apparente, la communauté des associés n'est pas moins conflictuelle qu'un autre groupe catégoriel au sein de la société. Pourtant, la volonté de faire prospérer la société et de s'enrichir individuellement anime chaque associé, mais ce sentiment commun ne suffit pas à apaiser les tensions et les divergences d'intérêts. C'est, en effet, la jurisprudence qui a révélé au grand jour les conflits d'intérêts, dont l'issue se traduit par l'émergence de contre-pouvoirs au sein de la catégorie des associés (A). Cette extension de la sphère conflictuelle aux associés a, d'ailleurs, été prise en compte par le législateur qui a sensiblement renforcé les droits de l'actionnariat (B).

A - Une extension par l'émergence de contre-pouvoirs

Les scandales financiers qui ont agité le monde des affaires, tant en France, qu'à l'étranger, ont révélé l'existence de tensions et de tiraillements au sein de l'entreprise, dont les principaux coupables désignés semblent être les dirigeants sociaux. Les conséquences néfastes engendrées par ces conflits d'intérêts, particulièrement la perte de confiance des investisseurs sur les marchés, ont amorcé un mouvement d'adaptation du droit au fait. Ainsi, les préceptes de la doctrine du gouvernement des entreprises ont fait leur apparition en France. Ils ont donné lieu à une littérature importante, dont le principal objectif est de moderniser le droit français des sociétés[4]. Ces principes militent, notamment, pour un renforcement des pouvoirs de l'actionnariat, et pour un meilleur équilibre des pouvoirs dans les sociétés commerciales au service d'une véritable politique de prévention des conflits d'intérêts.

Ces préoccupations liées au pouvoir ont initié de nombreux travaux de recherches destinés à réformer l'organisation des conseils d'administration dans les sociétés françaises, et ce au regard du pouvoir absolu du président du conseil, semblable à un règne sans partage. Par ailleurs, la doctrine du gouvernement d'entreprise a inspiré plusieurs rapports, dont l'objet résidait dans la transposition de ses principes en droit français des sociétés[5].

---

4 - Pour un aperçu de la littérature relative au gouvernement des entreprises, voir : A. Bienvenu-Perrot, Des censeurs du XIXe siècle au gouvernement d'entreprise du XXI e siècle, RTD Com 2003, n°3, p. 449 et s ; Ph. Bissara, Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise, Rev. Sociétés 1998, n°1, p. 06 et s ; Ph. Bissara, Gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ?, Rev. Sociétés 2003, n°1, p. 51 et s ; J-J. Daigre, Le gouvernement d'entreprise : Feu de paille ou mouvement de fond ?, Droit et patrimoine, 1996, n°8, p. 21et s ; J. Delga, Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise, D. 1999, n°37, p. 397 et s ; Colloque/Amiens, 21 mars 2003, Splendeurs et misères du gouvernement d'entreprise, Petites Aff. 12 fév. 2004, n°31 ; D. Lamèthe, L'approche française du gouvernement d'entreprise, R.I.D.C, 04/1999, p. 1076 et s ; F. Peltier, La convergence du droit français avec les principes de la *« corporate governance »* américaine, JCP EP, 1997, n°22, p. 245 et s ; V. Magnier, Principes relatifs au gouvernement d'entreprise, premiers éléments d'analyse, JCP EP, 08/07/1999, n°27-28, p. 1165.

5 - On peut notamment citer les rapports Viénot et Marini, voir : J-P. Bertrel, Modernisation du droit des sociétés : ce que prévoit le « rapport Marini », Droit et Patrimoine 1996, n°10, p. 10 et s ; Rapport Viénot, Le conseil d'administration des sociétés cotées, RDAI, 1995, n°8, p. 933 et s.

Toutefois, les conflits d'intérêts en droit des sociétés ne se limitent pas à la personne du dirigeant social qui fait prévaloir son intérêt personnel au détriment des autres protagonistes de l'entreprise, car la sphère conflictuelle s'étend aussi aux associés. Dans la perspective d'une adaptation du droit à la réalité dimensionnelle des conflits d'intérêts, la jurisprudence n'a jamais manqué de soulever, de prévenir et de traiter les conflits d'intérêts en droit des sociétés. En l'absence de reconnaissance expresse de ces oppositions par le législateur, le juge a fortement œuvré dans le sens d'une identification des conflits d'intérêts, et ce pour une meilleure appréhension de leurs conséquences. La jurisprudence, notamment, commerciale s'est illustré dans le traitement des conflits d'intérêts opposant les associés[6]. Le contentieux relatif à l'abus de majorité constitue un habit, parmi tant d'autres, que les conflits d'intérêts entre associés peuvent revêtir. La chambre commerciale a déployé sa force créatrice au service de ce conflit d'intérêts, afin de remédier au malaise des assemblées générales et des conseils d'administration[7].

La Cour de cassation a du définir la notion d'abus de majorité dans son célèbre arrêt Piquard[8], dont les faits mettent en évidence une mise en réserve abusive des dividendes, conformément à la volonté des majoritaires. La chambre commerciale a décidé : « qu'une décision de l'assemblée générale d'une société anonyme ne saurait être annulée pour abus de droit de la majorité, que s'il est établie qu'elle a été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité ». Cette définition de l'abus de majorité comprend deux conditions : d'une part, la décision litigieuse doit être contraire à l'intérêt général de la société[9] ; d'autre part, celle-ci doit entraîner une rupture d'égalité entre associés. C'est ainsi qu'a pu s'ouvrir, devant la Cour de cassation, une longue série d'identifications des conflits d'intérêts entre associés. Le contentieux relatif à l'abus de majorité a mis en lumière les antagonismes que peut renfermer la communauté des associés, dont la nature révèle la prévalence de l'individualisme en tant que moteur de la nature humaine[10].

6 - Comme le contentieux relatif à l'abus de majorité ou, de minorité.

7 - L. Boy, L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit), 1979, Nice, p. 497 et s.

8 - Cass. com. 18 avril 1961, D. 1961, p. 166 ; JCP G 1961, II, 12163, note Bastian.

9 - La chambre commerciale fait appel, dans l'arrêt *Piquard*, à la notion d'intérêt général de la société au lieu et place de la notion d'intérêt social. Par cette précision terminologique, la chambre commerciale tente de contourner les controverses doctrinales relatives au contenu de la notion d'intérêt social. La conception visée par la construction prétorienne de l'abus de majorité met l'accent sur un intérêt social dépassant les divers intérêts catégoriels de la société, et les intérêts des associés ne sont qu'une composante de cet intérêt général sociétaire.

10 - M.C Jensen et W.H. Meckling, *The nature of Man, Foundation of organizational strategy, Harvard University Press*, 1998, p. 11.

A l'instar de l'édification prétorienne précédente, la chambre commerciale poursuit le traitement des conflits d'intérêts entre associés, en introduisant la notion d'abus de minorité[11]. Selon la chambre commerciale, dans les arrêts Six et Flandin, respectivement en date du 15 juillet 1992 et du 09 mars 1993, l'associé commet un abus de minorité lorsque son attitude est contraire à l'intérêt général de la société. En outre, le comportement du minoritaire doit être fondé sur la réalisation de ses intérêts propres[12]. Ce type d'abus se rencontre souvent dans le champ de décisions extra-ordinaires nécessitant la majorité qualifiée, comme la modification du capital social. Comme l'a justement souligné Le professeur A. Couret : « L'objectif des minoritaires est bien souvent de valoriser une éventuelle sortie à un prix sans commune mesure avec la valeur réelle des titres... le droit de critique des actionnaires minoritaires se transforme alors en droit de nuire ». En sanctionnant ces agissements, la haute juridiction met en évidence, une fois de plus, le fossé qui sépare les majoritaires et les minoritaires[13]. Les faits visés par l'abus de minorité appuient alors les vicissitudes du concept de l'intérêt commun, car incapable de rassembler les associés tout au long de la vie sociale.

Dans la continuité de son raisonnement, la chambre commerciale opte pour une sanction originale en substituant un mandataire ad hoc aux minoritaires récalcitrants, car seul le mandataire judiciaire serait capable de lier les intérêts en présence[14]. Par le choix d'un représentant extérieur à la société, la chambre commerciale opte, en réalité, pour le compromis en affichant une certaine neutralité. Cette neutralité est synonyme d'impartialité et de désintérêt du mandataire judiciaire à l'égard de tout profit personnel, et ce comportement ainsi décrit s'avèrera nécessaire pour éviter l'aggravation des conflits d'intérêts. C'est pourquoi, certains auteurs interprètent la désignation du mandataire chargé de représenter les minoritaires récalcitrants comme « une possibilité de résolution des conflits d'intérêts...dans une perspective de restauration de l'esprit de communauté »[15].

---

11 - Pour un aperçu de la notion de l'abus de minorité. Voir : A. Couret, Le harcèlement des majoritaires, bull. Joly. Société, 02/1996, p. 112 et s ; M. Cabrillac, De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité, *in* Mélanges offerts à André Colomer, p. 109 et s ; M. Boizard, L'abus de minorité, Rev. Sociétés, 1988, p. 365 et s ; L. Godon, Les obligations des associés, Economica, 1999, n°145, p. 94 et s.

12 - Ces deux conditions ont été posées par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt Six en date du 15 juillet 1992. Un an plus tard, la haute juridiction confirme les conditions nécessaires à la constitution de l'abus de minorité dans son célèbre arrêt Flandin, en date du 09 mars 1993. Voir en ce sens : cass. com. 15 juillet 1992, D. 1961, p. 166 ; cass. com. 09 mars 1993, bull. Joly. Sociétés, 1993, p. 152, note Le Cannu.

13 - A. Couret, Le harcèlement des majoritaires, bull. Joly. Sociétés, 1996, p. 112.

14 - Cass. com. 09 mars 1993, bull. Joly. Sociétés, 1993, p. 152, note Le Cannu.

15 - Le professeur J.F. Barbieri a conclu, dans l'une de ses études, que la désignation d'un mandataire judiciaire est une solution possible pour la résolution des conflits d'intérêts entre associés. Cependant, ce remède n'est pas toujours capable de résoudre les conflits d'intérêts dans toutes circonstances. Il préconise de s'intéresser davantage aux apports du terrain contractuel en la matière. Il vise, notamment, l'effet préventif que pourraient procurer les clauses de retrait volontaire ou forcé des associés. Voir en ce sens : J.F. Barbiéri, Retour sur les sanctions de l'abus de minorité, *in* Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, éd Joly, 2005, p. 51et s.

A l'instar de la jurisprudence, le législateur s'est montré progressivement attentif à la réalité dimensionnelle des conflits d'intérêts. De ce fait, la Loi a amorcé un mouvement d'adaptation du droit au fait, en réajustant le dispositif législatif aux impératifs qui édictent le bon fonctionnement des sociétés commerciales, dont dépend très étroitement la bonne santé du tissu économique français.

B - Une extension par le renforcement légal des droits de l'actionnariat

Le législateur a saisi l'occasion d'ajouter sa contribution au mouvement d'adaptation du droit à la réalité conflictuelle, à travers la Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques[16]. C'est à cette occasion que le législateur a utilisé, pour la première fois, l'expression « conflits d'intérêts » en droit des sociétés. Cette Loi a principalement pour objectif de protéger les actionnaires minoritaires des agissements des majoritaires et mandataires sociaux.

Une première série de mesures vient protéger la société et l'actionnaire minoritaire des conflits d'intérêts initiés par les décideurs sociaux. Ces dispositions, dites préventives des conflits d'intérêts, méritent d'être soulignées, car elles se distinguent par le sceau de la transparence et de l'information. Elles traduisent indirectement la volonté de réduire l'asymétrie de l'information entre l'agent et le mandant ; asymétrie régulièrement dénoncée par les partisans de la théorie de l'agence, comme la principale cause des conflits d'intérêts entre l'actionnaire et le dirigeant, parfois lui-même associé majoritaire.

En outre, la Loi du 15 mai 2001 a prévue une seconde série de mesures préventives des conflits d'intérêts, dont l'objectif principal est de renforcer les prérogatives de l'actionnariat. Ce renforcement des pouvoirs de l'actionnaire a pour but d'assurer un équilibre des pouvoirs au sein des grandes sociétés commerciales. Ainsi, le législateur met à la disposition des minoritaires les moyens de lutter contre les conflits d'intérêts, dont ils peuvent être victimes. Ce dispositif reste encore à améliorer, et cette analyse n'a pas pour objet de scruter son efficacité, mais de déceler l'intention d'accroître les prérogatives de l'actionnariat dans les sociétés faisant appel public à l'épargne. L'enjeu de cette discussion est primordial. En effet, l'émergence de ces contre-pouvoirs est

16 - De nombreux auteurs ont recensé et commenté les mesures adoptées par la Loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15/05/2001. Voir en ce sens : D. Bureau, La Loi relative aux nouvelles régulations économiques, aspects de droit des sociétés, bull. Joly. Sociétés 2001, n°6, p. 553 et s ; J. Dupichot, La Loi NRE et le droit des sociétés, G. P, 29/05/2002, p. 149 et s ; Y. Guyon, Les réformes apportées en droit des sociétés par la Loi du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques, Rev. Sociétés 2001, n ° 3, p. 503 et s.

susceptible de provoquer des transformations dans le mode d'organisation et de fonctionnement de ces sociétés, dont le passage progressif d'un système de réglementation accrue vers un système d'autorégulation des comportements est déjà amorcé[17]. L'une des mesures phares de cette Loi réside dans le renforcement des pouvoirs de l'actionnaire minoritaire, par un abaissement du seuil de détention du capital social à 5% afin de déclencher une expertise, dont la mission est d'enquêter sur une ou plusieurs opérations de gestion. Le minoritaire a, en outre, la possibilité de demander la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale, poser des questions écrites ou récuser le commissaire aux comptes.

En conclusion, les conflits d'intérêts en droit des sociétés ne sont pas uniquement l'apanage des dirigeants sociaux, soucieux de privilégier leurs intérêts personnels. Les associés sont, de la même manière, concernés par les conflits d'intérêts. En effet, les conséquences d'une prise de conscience du législateur, relative à la nécessité d'une verticalité des pouvoirs entre les associés ou actionnaires, se dessinent dans l'environnement des sociétés faisant appel public à l'épargne. Pourtant, ce mouvement d'adaptation du droit à la réalité des conflits d'intérêts n'est pas récent. Il est apparu, dès la fin des années quatre vingt, par la création d'associations d'actionnaires et d'investisseurs[18]. A l'instar des pratiques anglo-saxonnes en matière de défense des minoritaires, les associations de défense d'investisseurs et d'actionnaires affirment progressivement leur puissance en tant que protagonistes de l'action en responsabilité civile[19]. Cette mesure a été motivée par le besoin pressant d'attirer les capitaux dans les sociétés françaises, et stimuler l'économie nationale. Outre mer, les associations de défense d'investisseurs et d'actionnaires représentaient déjà le principal outil de valorisation des intérêts catégoriels des petits porteurs que défendent les investisseurs institutionnels, dont le rôle et l'importance s'accroissent, de plus en plus, sur la place boursière française[20]. Ces associations constituent donc un instrument de contrôle externe très efficace des décideurs sociaux, qu'ils soient mandataires ou majoritaires, dont l'objectif est de prévenir les conflits d'intérêts.

La nécessité de consolider le contrôle externe des sociétés s'est imposée davantage avec le renforcement des prérogatives des autorités

17 - M-A. Frison-Roche, Régulation et droit des sociétés, De l'article 1832 du code civil à la protection du marché de l'investissement, *in* Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, éd Joly, 2005, p. 255 et s.

18 - A travers les Lois du 05 janvier 1988, du 23 mars 1989 et du 08 août 1994.

19 - M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 2002, n°773.

20 - V. Canu, B. De Saint Mars, Les associations d'actionnaires, élément du gouvernement d'entreprise ? , Rev. dt bancaire et financier 2000, n°1, p. 46 ; V. Canu, De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires et des associations de défense des investisseurs, *in* L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ? , Dir. V. Magnier, Puf Ceprisca, 2004, p. 51 et s.

administratives indépendantes, comme la commission des opérations de bourse[21] et la commission des marchés financiers. Aujourd'hui, la Loi du 01 août 2003 a unifié ces deux autorités administratives indépendantes, pour créer l'autorité des marchés financiers. La mission générale de cette autorité est complexe ; elle doit veiller à la protection de l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers.

En réalité, l'avènement des autorités administratives indépendantes est symptomatique d'une pluralité d'intérêts dans l'environnement des sociétés faisant appel public à l'épargne. Les divergences notoires entre majoritaires et dirigeants, que seuls les contrôles internes aux sociétés sont capables d'appréhender en amont, partagent désormais l'espace conflictuel. En effet, les autorités de marché doivent redonner confiance aux investisseurs, en affichant une capacité réelle de prévention et de traitement des conflits d'intérêts qui opposent les acteurs ordinaires du marché, et la société elle-même. La mission des autorités administratives indépendantes paraît d'autant plus cruciale au regard des conséquences directes de la diversification des valeurs mobilières, à l'origine d'une «démocratisation de l'actionnariat» dans les sociétés françaises et étrangères ; démocratisation synonyme d'hétérogénéité des intérêts au sein du cercle des associés, rendant ainsi le concept de l'intérêt commun fragile. En revanche, les conflits d'intérêts dans les sociétés fermées, tout aussi réels, demeurent encore dans l'ombre du fait, et l'insuffisance du législateur à cet égard est regrettable.

Cependant, les conflits d'intérêts ne se cantonnent pas uniquement au cercle des associés et des dirigeants. La pratique a constaté l'émergence de nouveaux contre-pouvoirs au sein des sociétés commerciales, comme la conséquence de l'amplification de la sphère conflictuelle au-delà des associés.

Section II- l'amplification de la sphère conflictuelle au-delà de la communauté des associés

Devenus de véritables protagonistes de l'entreprise moderne, les tiers donnent au cercle des conflits d'intérêts une nouvelle envergure que le droit ne peut méconnaître (A). C'est ainsi que la question relative au fondement de cette évolution marquante de la vie sociétaire se pose avec vigueur, et seule une justification économique et réaliste s'impose (B).

21 - Instituée en 1967, la Commission des opérations de bourse (COB) a été réformée par la Loi du 02 août 1989. Le législateur a, alors, confirmé son rôle en tant qu'autorité de régulation. A cette occasion, la COB s'est vue attribuer un pouvoir de sanction indispensable à sa fonction de contrôle et de surveillance. Depuis la Loi du 1er août 2003, la commission des opérations de bourse (COB) a rejoint l'autorité des marchés financiers (AMF).

A - L'amplification par l'implication des tiers

Les faits ont révélé progressivement l'étendu des conflits d'intérêts au sein de la société, dont la réalité dimensionnelle dépasse le cercle des associés. Le célèbre arrêt Fruehauf[22], en date du 22 mai 1965, est significatif d'une extension de la sphère des conflits d'intérêts, particulièrement dans les grandes sociétés commerciales. Dans cette affaire, un groupe financier américain, détenant le contrôle de la société Fruehauf – France, avait donné l'ordre au conseil d'administration de cette dernière d'annuler l'exécution d'un contrat, destiné à fournir le marché chinois des semi-remorques. L'annulation de ce marché était motivée par un contexte politique très tendu. Toutefois, cette décision avait été jugée néfaste par les administrateurs de la filiale française. C'est pourquoi, ces derniers ont demandé au juge la désignation d'un administrateur judiciaire. En effet, la perte de ce marché était susceptible d'entraîner des pertes financières importantes pour l'entreprise, outre la suppression de nombreux emplois. La décision désignant un administrateur provisoire, dans cette affaire, ne pouvait se justifier qu'au regard de l'ampleur du cercle conflictuel, dépassant l'opposition initiale entre administrateurs et dirigeants du groupe[23]. Malgré le caractère très isolé de cette jurisprudence, l'affaire Fruehauf apparaît comme avant-gardiste en élargissant la sphère conflictuelle dans l'entreprise, à travers la notion d'intérêt de l'entreprise, dont l'une des composantes est l'intérêt des salariés.

Le législateur a tenté, peu après cette affaire, une refonte législative de grande ampleur en 1966. En effet, un projet de Loi prévoyait la prise en compte des intérêts des salariés, par l'introduction de ces derniers dans la gestion des sociétés. Cependant, le projet a fait l'objet de maintes oppositions à l'origine de son abandon. Finalement, la Loi du 24 juillet 1966 a, malgré tout, traité en toile de fond des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales. Toutefois, le périmètre des intérêts pris en compte a été confiné aux seules oppositions entre dirigeants et associés. La doctrine a longtemps dénoncé l'insuffisance du droit des sociétés, tel qu'il a été conçu par cette grande réforme[24]. La législation du 24 juillet 1966 a été jugée trop répressive et insuffisamment souple, ralentissant ainsi le développement des sociétés françaises, au regard d'une concurrence féroce[25], fruit d'une mondialisation

22 - CA Paris, 22 mai 1965, D. 1968, p. 8, note Contin.

23 - En l'espèce, le conflit d'intérêts résidait dans l'opposition entre les intérêts des actionnaires contrôlaires américains, de nature politique et étrangers à la bonne marche de la société contrôlée, et les intérêts économiques de la filiale française.

24 - P. Le Cannu, L'évolution de la Loi du 24 juillet 1966 en elle-même, Rev. Sociétés 1996, n°3, p. 486 et s.

25 - M-A. Frison-Roche, Le modèle du marché, Arch. philo. droit 1995, n°40, p. 286 et s ; H. Bourguignat, La tyrannie des marchés, Essai sur l'économie virtuelle, Economica, 1995.

de l'économie[26] et d'une internationalisation des marchés. C'est pourquoi, cette Loi a fait l'objet de plusieurs modifications postérieures[27] qui ont successivement participé à l'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales, dont l'enjeu principal résidait déjà dans l'équilibre des pouvoirs.

Les critiques adressées à la Loi du 24 juillet 1966 ont été partiellement entendues par le législateur, lors de l'élaboration de la Loi relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001. La Loi NRE représentait, pour le législateur, l'occasion de moderniser le droit des sociétés et de l'adapter aux contraintes économiques, ainsi qu'aux préoccupations contemporaines de la société civile. Outre l'innovation formelle, par l'introduction du vocable « conflits d'intérêts », la Loi a étendu la sphère conflictuelle, particulièrement dans les sociétés cotées, par une meilleure prise en compte des intérêts des autres protagonistes de l'entreprise, tels que les salariés.

Fidèle à l'un de ses principaux objectifs, la dépénalisation, la Loi NRE a privilégié la prévention des conflits d'intérêts par la création de nombreuses mesures en ce sens[28]. Ces dispositions visent à la fois la protection ou la responsabilisation de nombreux acteurs de l'entreprise, dont les actionnaires, et ce de manière prédominante. Toutefois, cette Loi démontre que les divergences d'intérêts entre associés et dirigeants ne sont pas les seules sources de conflits dans les sociétés. En effet, la sphère conflictuelle est beaucoup plus vaste, car tout antagonisme rayonne, par ses conséquences néfastes, au sein de la société et autour d'elle.

Ainsi, le législateur a renforcé les prérogatives catégorielles afin d'assurer un meilleur équilibre des pouvoirs au sein des sociétés. En d'autres termes, le législateur a mis à la disposition des salariés et des tiers la possibilité de lutter contre les conflits d'intérêts. Pour illustration, la Loi NRE a introduit le salarié dans le fonctionnement des sociétés anonymes. En effet, le salarié est un agent extérieur mais dépendant de l'entreprise, et à ce titre, ses intérêts peuvent entrer en conflit avec ceux de l'entreprise, notamment lorsque cette dernière décide de supprimer

26 - Ph. Bissara, L'inadaptation du droit des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions, Rev. Sociétés, 2000, p. 553 et s ; A. Couret, Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire, Rev. Sociétés 2000, n°1, p. 90 et s ; D. Randoux, Le droit des sociétés à la recherche d'un nouvel équilibre, Rev. Sociétés 2000, n°1, p. 105 et s ; G. Berlioz, L'indispensable réforme du droit des sociétés, Banque Stratégie 10/1995, n°120, p. 9 et s.

27 - P. Le Cannu, L'évolution de la Loi du 24 juillet 1966 en elle-même, Rev. Sociétés 1996, n°3, p. 486.

28 - De nombreux auteurs ont recensé et commenté les mesures adoptées par la Loi NRE. Voir en ce sens : D. Bureau, La Loi relative aux nouvelles régulations économiques, aspects de droit des sociétés, bull. Joly. Sociétés, 2001, n°6, p. 553 et s ; J. Dupichot, La Loi NRE et le droit des sociétés, G. P, 29/05/2002, p. 149 et s ; Y. Guyon, Les réformes apportées au droit des sociétés par la Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Rev. Sociétés 2001, n°3, p. 503 et s.

des emplois[29]. C'est pourquoi, la Loi a renforcé les droits du salarié, en attribuant au comité d'entreprise la possibilité d'ester en justice pour demander la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence. Une autre mesure significative réside, quant à elle, dans la possibilité octroyée au comité d'entreprise de désigner deux membres pour assister aux assemblées générales. Certes, ces mesures ne vont pas dans le sens d'une véritable participation des salariés à la gestion de l'entreprise, à l'image de la cogestion allemande. Néanmoins, la Loi NRE a osé timidement ce que la Loi du 24 juillet 1966 a supprimé de son projet de Loi[30]. Cette avancée est, malgré tout, le signe d'une complexité de la sphère conflictuelle dans l'entreprise, elle-même à l'origine de l'émergence des ces nouveaux contre-pouvoirs.

Cette tendance à l'élargissement des conflits d'intérêts dans l'entreprise, par le renforcement de la représentation du salarié dans le fonctionnement des sociétés, s'est confirmée récemment avec l'introduction de la société européenne[31], par amendements à la Loi du 26 juillet 2005 relative à la confiance et à la modernisation de l'économie. En effet, la société européenne innove par l'introduction de notions, telles que « l'implication des salariés» ou «l'information et la consultation des salariés». Par ailleurs, les nouvelles dispositions du code du travail relatives aux droits des salariés, introduites par la Loi du 26 juillet 2005, affirment avec vigueur le principe selon lequel la participation des salariés dans le fonctionnement de la société européenne est d'ordre public[32].

A l'instar de l'importance prise par les salariés dans le fonctionnement de certaines sociétés, le droit porte une attention particulière au rôle du commissaire aux comptes, principalement dans les sociétés faisant appel public à l'épargne[33]. Chargé de vérifier la régularité des comptes sociaux, et plus généralement de contrôler la situation financière et juridique de la société, le commissaire aux comptes se révèle indispensable dans le fonctionnement des grandes sociétés. Au regard de la

29 - Il faut préciser que «la communauté des salariés» ne comprend pas d'intérêts homogènes. Au contraire, la hiérarchie est une source de conflits entre les différentes catégories de salariés. Pour illustrer ce propos, on peut relever les divergences opposant les ouvriers et les cadres.

30 - F. Gaudu, La participation des salariés, Rev. Sociétés 1996, n°3, p. 471et s.

31 - F. Fages, M. Menjucq, L'introduction de la société européenne en droit français, JCP éd EP, n°39, p. 1571.

32 - L'article 439-25 du code du travail définit la participation des travailleurs de la manière suivante : « L'influence qu'a l'organe représentant les salariés ou les représentants des salariés sur les affaires d'une société sous les formes suivantes : - en exerçant leur droit d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société ; - ou en exerçant leur droit de recommander la désignation d'une partie ou de l'ensemble des membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société ou de s'y opposer ».

33 - T. Granier, Le commissaire aux comptes dans les sociétés qui font appel public à l'épargne, *in* Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, 2003, p. 457 et s.

nature ambiguë de sa profession, à la fois externe[34] et interne[35] à la société, le commissaire aux comptes est perçu comme une source de conflits d'intérêts, d'où une réglementation évolutive de son statut et de sa mission[36].

En somme, la montée en puissance du salarié et du commissaire aux comptes au sein des sociétés commerciales n'est qu'une illustration de l'implication, de plus en plus grandissante, des tiers. Les analystes financiers, les créanciers ou les partenaires de l'entreprise de manière plus générale se voient, au fur et à mesure, visés par le droit dans sa quête exploratrice du champ conflictuel sociétaire. Quant au droit des procédures collectives, il présente, à cet égard, une meilleure visibilité de la réalité des conflits d'intérêts.

B - Une amplification au fondement économique réaliste

L'élargissement des conflits d'intérêts en droit français des sociétés annonce, sans doute, l'arrivée de préceptes anglo-saxons, issus de la théorie de la firme. Selon cette doctrine d'inspiration économique, le pouvoir des uns et des autres ne constitue pas un atout en faveur d'une augmentation des performances de la firme. Au contraire, d'un point de vue économique, le pouvoir comme cible de conflits d'intérêts est une source de coûts importants, susceptible de ralentir la productivité de la firme[37]. D'un point de vue juridique, la multiplication des conflits d'intérêts peut, quant à elle, entraîner la prévalence de l'intérêt personnel au détriment de la société.

Le pragmatisme de la conception extensive des conflits d'intérêts, exposée dans cette étude, a fortement influencé les différents travaux relatifs aux modes de gouvernance des entreprises. Ces principes ont été vigoureusement défendus, en France, dans les écrits de G. Charreaux, selon lequel : « Le gouvernement des entreprises recouvre l'ensemble des mécanismes qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit gouvernent leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire »[38]. Parmi les mécanismes ayant pour objet de délimiter les pouvoirs des dirigeants,

34 - Le commissaire aux comptes est un membre externe à la société. En effet, le commissaire aux comptes est un professionnel, dont l'indépendance est protégée par la Loi.

35 - Le commissaire aux comptes peut être considéré comme un membre interne à la société, car il représente un organe important de la société.

36 - Outre les précédentes modifications législatives intervenues depuis le décret du 12 août 1969, portant organisation de la profession de commissaire aux comptes, les lois du 15 mai 2001 (NRE), et du 1er août 2003 (sur la sécurité financière) ont successivement renforcé le statut et la mission du commissaire aux comptes à tel point que certains y voient un déplacement du pouvoir dans les sociétés concernées.

37- M.C Jensen et W.H. Meckling, *The nature of Man, Foundation of organizational strategy, Harvard University Press*, 1998, p. 11 et s.

38 - G. Charreaux, Vers une théorie du gouvernement des entreprises, *in* Le gouvernement des entreprises : théories et faits, éd Economica, 1997, p. 421et s.

les *stakeholders*[39] représentent des groupes de pressions internes ou externes à l'entreprise, capables d'infléchir le processus décisionnel des dirigeants sociaux. Dans les faits, le contrôle des dirigeants par les partenaires de la société est contingent à la forme de celle-ci, à ses caractéristiques ou ses modalités de fonctionnement.
Pour illustration, les *stakeholders* d'une société cotée sont différents de ceux d'une société fermée. Toutefois, de manière plus générale, les *stakeholders*, dont l'influence n'est plus à démontrer dans la pratique sociétaire anglo-saxonne, regroupent notamment : les actionnaires, les dirigeants, les salariés[40], les créanciers, les fournisseurs, les sous-traitants et l'Etat[41].

C'est en raison de la dépendance de ces différents protagonistes à l'entreprise que certains auteurs les définissent comme des «requérants»[42] ou des agents, dont le bien être est affecté par les actions engagées par la firme, et sans lesquels cette dernière n'existerait pas. C'est pourquoi, les stakeholders sont considérés comme créateurs de valeur. La négociation s'impose donc avec chacun d'eux, au-delà des exigences légales. Aujourd'hui, le droit français semble concerné par cette nouvelle orientation, dont les conséquences affectent, en premier lieu, le mode de gouvernance des grandes sociétés.

L'élargissement du périmètre des intérêts, au sein de la firme, est d'autant plus visible en droit des procédures collectives dans lequel les divergences d'intérêts demeurent très intenses. Au-delà d'une simple extension, le droit des procédures collectives met en évidence une amplification du cercle conflictuel par l'implication des tiers. C'est ainsi que la situation de crise qui sous-tend toute procédure collective permet au droit de découvrir la complexité des interactions relationnelles que la

---

39 - L'expression *stakeholders* se traduit, dans la littérature française, par les parties prenantes. La théorie des *stakeholders* trouve, dans les pays anglo-saxons, un environnement propice à son développement et a donné lieu à la naissance de nouveaux concepts, tels que « la responsabilité sociale de l'entreprise » ou « les performances sociétales ». C'est pourquoi, la théorie de la firme a affiné sa position pour se rapprocher davantage du courant des *stakeholders*. En effet, R.E. Freeman, l'un des défenseurs de la théorie de l'agence, déclarait en 1984 : « qu'il existe peu de courants aussi dangereux pour les fondements mêmes de notre société libre que l'acceptation, pour les dirigeants d'entreprise, d'une conception de la responsabilité sociale autre que de servir le mieux possible les intérêts de leurs actionnaires», *in Strategic management : A stakeholders approach*. Plus récemment, R.E. Freeman a réaffirmé cette position. V. : *Divergent stakeholder theory, Academy of management review*, 1999, p. 233 et s.

40 - B. Bruhnes, Réflexions sur la gouvernance, Droit social, 02/2001, n°2, p. 116 et s.

41 - Le contenu de la notion de *stakeholders* diffère en fonction des théories dans lesquelles cette notion est utilisée. Pour illustration, la notion de «*stakeholders*» trouve sa limite dans la théorie traditionnelle de l'agence dans le contrat : seuls les partenaires contractuels seront considérés comme des *stakeholders* susceptibles d'infléchir le processus décisionnel.

42 - B. Brunhes, Réflexions sur la gouvernance, Droit social, 02/2001, n°2, p. 115 et s. L'expression de «requérants» paraît inadéquate et réductrice, car les *stakeholders* ne sont pas véritablement dans une position de demandeurs. Il y a, en effet, un apport mutuel inscrit dans la durée, entre la firme et ses partenaires, ce qui le caractère principal du contrat-organisation. Plus précisément, les *stakeholders* pourraient être qualifiés de «contrôleurs», car leur action porte sur le contrôle de l'action des dirigeants au sein de la firme, et sur la surveillance leurs propres intérêts. En somme, le premier type de contrôle portant sur l'action des dirigeants sociaux n'est que la conséquence du second contrôle portant sur leurs intérêts propres.

société enferme habituellement. Le droit ne peut alors longtemps nier ce constat, auquel il faut remédier pour atteindre l'apaisement sociétal.

En effet, la Loi du 13 juillet 1967 a largement contribué à cette nouvelle orientation du droit des faillites, dont les origines éminemment conflictuelles doivent être rappelées. Devenu droit des entreprises en difficultés, le principe de la séparation de l'homme et de l'entreprise a transformé le droit des faillites pour le rendre plus rationaliste, plus économique et moins répressif. Cette réforme est, sans doute, à l'origine de mutations profondes qui se sont confirmées lors de la refonte législative du 25 janvier 1985. Passé d'un mode de règlement privatif vers un mode de règlement collectif des difficultés, ce droit a connu, de ce fait, une judiciarisation accrue entraînant un accroissement des prérogatives du juge consulaire. Cette judiciarisation du droit des procédures collectives est symptomatique d'une grande diversité des intérêts en présence que seul le juge est capable de concilier. C'est ainsi que le droit des procédures collectives se distingue des autres domaines du droit par sa capacité à se fondre dans la réalité, voir même à se transformer en instrument de la réalité[43]. Toutefois, la réalité économique ignore l'homogénéité des intérêts, d'où l'artifice du caractère collectif traditionnellement reconnu à ce droit[44].

Finalement, l'adaptation du droit français à la complexité de l'environnement sociétal composé d'une pluralité d'intérêts, tant individuels que catégoriels dans les sociétés commerciales *in bonis* ou en difficultés, érige une conception plus réaliste des conflits d'intérêts, dont le principal fondement demeure économique.

Conclusion

L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans l'entreprise est un fait que les juristes ne peuvent longtemps ignorer. Outre l'adaptation de la jurisprudence et du législateur à la réalité et la diversité des intérêts dans l'entreprise classique, la problématique liée aux groupes et aux réseaux de sociétés rend cette réalité inéluctable. Restent à analyser les conséquences de l'extension de la sphère conflictuelle sur les concepts traditionnels qui entourent la vie juridique des sociétés.

---

43 - M-A. Frison-Roche, Le législateur des procédures collectives et ses échecs, *in* Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, éd Frison-Roche, 2000, p. 109 et s.

44 - A. Martin-Serf, L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse, *in* Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, éd Frison-Roche, 2000, p. 143 et s. En effet, le caractère collectif de la procédure de règlement des difficultés, dont la principale caractéristique réside dans l'implication des tiers au-delà de la catégorie des créanciers, ne doit pas être confondu avec un éventuel caractère « collectif » de ce droit. Il s'agit, en réalité, d'un droit de conciliation des intérêts et non d'un droit d'unification des intérêts.

La première incidence directe de l'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales est relative à l'affaiblissement de la distinction entre le dedans et le dehors de l'entreprise. Les frontières entre l'entreprise, en tant que groupement[45], et le marché marquent un recul incontestable. Est-ce la concrétisation des théories néo-contractuelles américaines ? Les théories contractuelles des organisations[46], dont celle de l'agence[47], considèrent la société non pas comme un contrat traditionnel, mais comme un nœud de contrats[48].

Dans cette perspective, la société en tant que nœud de contrats remettrait directement en cause l'attachement du droit français au contrat de société, conçu comme un acte reliant la seule volonté des parties, et dont les tiers se trouvent exclus au regard de la prééminence du principe de l'effet relatif du contrat[49].

L'application d'une telle conception du contrat au droit économique, de manière générale, paraît anachronique. La société conçue comme un seul et unique contrat ne traduit pas la diversité des intérêts en présence et la réalité dimensionnelle des conflits d'intérêts. Cette incapacité à refléter l'étendue des conflits d'intérêts découle de la nature du contrat traditionnel, dont la cause trouve sa légitimité dans le seul intérêt des parties contractantes, les associés.

La société ne peut alors comporter un seul et unique intérêt, car la pluralité des conflits d'intérêts dévoilée par l'entreprise moderne démontre que la société n'est pas uniquement « la chose des parties »[50]. La société en tant que nœud de contrats est un maillage d'intérêts individuels et catégoriels, dont l'aboutissement est couronné par une communauté d'intérêts, dépassant l'intérêt commun des associés.

Est-ce à dire que la notion d'intérêt commun des associés est un faux concept ? La démonstration faite sur l'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales du, notamment, à

---

45 - La notion de groupement, utilisée dans cette étude, se distingue de celle qui est définie par la doctrine de l'entreprise qui considère que le groupement est une organisation économique de la société. Cette étude vise le groupement en tant que coalition d'intérêts constituant la firme.

46 - L. Rouzeau, La société par actions simplifiée, vecteur de transformation du droit des sociétés, Thèse, Paris V, 2002.

47 - E. F. Fama, *Agency problems and the theory of the firme, Journal of political economy*, 04/1980, p. 288 et s ; P. Didier, Théorie économique et droit des sociétés, in Droit des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, p. 227 et s ; P. Didier, Théorie contractualiste de la société, Rev. Sociétés, 2000, p. 95 et s.

48 - Le fonctionnement de la firme en tant que n?ud de contrats est fondé sur la connexion méthodologique des intérêts. L'entreprise «moderne» évolue alors dans un environnement interdépendant, dans une pluralité de relations contractuelles qui contribuent fortement à son développement et à sa survie économique.

49 - J-L. Goutal, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, Thèse, Bibl. droit privé, 1981, p. 17 et s.

50 - B. Fages, Nouveaux pouvoirs, le contrat est-il encore la chose des parties ? , *in* La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2004, p. 153 et s.

l'hétérogénéité avérée des intérêts individuels et catégoriels, incite à répondre par l'affirmative. Pourtant l'article 1833 du code civil accorde bel et bien une place à l'intérêt commun des associés, quelle est t-elle ? Il est incontestable que le code civil considère bien le profit social comme la motivation première de tous les associés, non seulement à la formation du contrat, mais aussi tout au long de son exécution. Cependant, est-ce pour autant qu'il faille accorder à cet intérêt commun des associés un caractère normatif ? Au regard de son ambiguïté, la notion d'intérêt commun des associés ne peut prétendre à la normativité. Force est de constater qu'une réponse positive aboutirait à figer la société au service d'un seul intérêt, et consacrer la suprématie d'un intérêt individuel ou catégoriel très instable, au regard des évolutions de l'actionnariat, et ce au risque de sacrifier son économie. Cela remettrait en cause le fonctionnement même du capitalisme moderne[51], dont le contrat est devenu la mécanique principale de son économie.

51 - G. Ripert, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 2ème éd, 1951.

CREATION ET GESTION DU CONFLIT D'INTERETS EN DEONTOLOGIE MEDICALE. UN EXEMPLE AUX ANTIPODES DU DROIT DES AFFAIRES ?

José Lefebvre
Maître de conférences à l'Université de Picardie-Jules Verne
CEPRISCA

La lecture du Code de déontologie médicale est opportune en matière de conflit d'intérêts. Ce texte de valeur réglementaire met en évidence une liste assez importante des intérêts en jeu lors de l'exercice de la profession médicale[1]. A quatorze reprises, le terme « intérêt » est utilisé pour signaler : l'intérêt général, l'intérêt des patients et des malades, l'intérêt pour la santé, l'intérêt pour la santé des enfants, l'intérêt de la santé publique, l'intérêt pour la population, l'intérêt pour les personnes, l'intérêt du médecin et, enfin, l'intérêt d'un proche, ou d'un ami du médecin ou d'un groupement (société, association) qui fait appel à ses services.

Malgré l'importance quantitative de ce répertoire, il manque la mention d'un dernier intérêt, d'un intérêt distinct de tous ceux énumérés par la règle déontologique. Il s'agit d'un intérêt aussi omniprésent qu'il est invisible formellement, celui de la profession. Il faut revenir aux sources de la déontologie médicale pour pleinement prendre conscience de la protection des intérêts de la profession médicale. La déontologie est communément comprise comme « l'ensemble des devoirs imposés à l'individu dans le cadre de sa profession »[2]. Plus précisément, « par déontologie, il faut [...] entendre l'ensemble des devoirs de comportement professionnel des personnes physiques ou morales dans leurs relations avec les usagers ou les autres membres de la profession et qui ont un intérêt pour la profession elle-même »[3]. L'idée d'intérêt en matière de déontologie trouve ses racines même dans les écrits de Jeremy Bentham, à l'origine de la notion[4]. C'est ainsi qu'il considère que « en saine morale, le devoir d'un homme ne saurait jamais consister à faire ce qu'il est de son intérêt de ne pas faire »[5].

---

1 - Le contenu du code de déontologie médicale, issu du décret n°95-1000 du 6 septembre 1995, est codifié dans le code de la santé publique aux articles R. 4127-1 à R. 4127-112 depuis le décret n°2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code, JORF, 8 août 2004.

2 - Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2ème édition, LGDJ, 1993 ; Bernard Beignier, « Déontologie », Dictionnaire de la culture juridique, ss. dir. Denis Alland et Stéphane Rials, Lamy-PUF, 2003 ; Jean-Louis Bergel, Droit et déontologies professionnelles, ss. dir., Librairie universitaire Aix en Provence, 1997.

3 - Jean-Louis Bergel, Du concept de déontologie à sa consécration juridique, *in* Droit et déontologies professionnelles, précité, p. 9 ; José Lefebvre, Déontologie des professions de santé, Les éditions hospitalières, 2004.

4 - L'origine du terme déontologie est attribuée à Jeremy Bentham dont un ouvrage posthume, publié en 1834, s'intitule *Deontology, or Science of Morality*. La déontologie y est considérée comme la théorie ou la science des devoirs.

5 - Cité par Bernard Beignier, « Déontologie », précité.

La liste des intérêts mentionnés expressément ou implicitement dans le code de déontologie médicale laisse envisager l'hypothèse de conflits entre eux. Mais, pour développer ce point, il convient de s'entendre préalablement sur le sens donné au terme « intérêt »[6]. L'intérêt ici retenu est entendu comme la « recherche d'un avantage personnel, particulier, attachement égoïste à ce qui est avantageux pour soi »[7], mais aussi comme « ce qui importe aux choses, ce qui leur est avantageux »[8]. Grâce à ces deux acceptions, le terme est utile tant à l'égard du patient ou du médecin, dans sa première acception, qu'à l'égard de la santé publique, dans la seconde. Dans les deux cas, il s'agit d'aborder un droit ou une situation de fait objective ou subjective traduisant un bénéfice ou un avantage matériel, moral ou social[9].

La définition étant acquise, se pose la question du conflit entre deux de ces intérêts[10]. Pour que le conflit surgisse, il faut que les différents intérêts en conflit soient préalablement déterminés. Il est nécessaire qu'ils aient fait l'objet d'une mise en valeur spécifique permettant de les identifier sur la forme et le fond. La liste proposée par le Code de déontologie médicale répond à cette contrainte. Le texte distingue les intérêts intervenant en la matière mais cela suffit-il pour qu'ils entrent en conflit ? Certainement pas. Pour qu'il y ait conflit d'intérêts, il est indispensable de cerner les situations de confrontations entre ces intérêts. Cela est rendu possible par la concomitance de ces intérêts. Cette dernière conduit le médecin à devoir effectuer un choix parmi l'un de ces intérêts qui, considérés subjectivement, deviennent ses intérêts. Il ne semble pas que des situations de conflits soient envisageables en d'autres circonstances. En effet, c'est parce qu'il y a simultanéité dans l'appréciation de deux options possibles qu'il y a conflit d'intérêts. S'ils n'ont pas à être appréciés concomitamment, c'est que l'un prédomine sur l'autre ou qu'ils pourront s'imposer alternativement. Dans ces cas, ils n'entreront pas véritablement en conflits.

En revanche, en admettant l'idée de leur concomitance, il devient aisé de cerner le conflit. Face à deux intérêts distincts s'offrant simulta-

6 - Le Littré propose neuf acceptions du terme (Emile Littré, Dictionnaire de la langue française, Tome 3, Gallimard-Hachette, 1964) ; le Grand Robert de la langue française en propose sept (Grand Robert de la Langue Française, Dictionnaire Le Robert, 2001) et le Trésor de la langue française en propose deux principaux et plusieurs accessoires (Trésor de la langue française, Dictionnaire de la langue du XIXème et du XXème siècle, Ed. CNRS, 1983).

7 - Grand Robert de la Langue Française, précité.

8 - Emile Littré, Dictionnaire de la langue française, précité.

9 - Trésor de la langue française, Dictionnaire de la langue du XIXème et du XXème siècle, précité.

10 - Il est difficile d'assimiler les devoirs s'imposant à une personne à ses intérêts, sauf à considérer qu'il est de son intérêt de respecter ses devoirs. La notion d'intérêt suppose une approche subjective de bénéfice que le devoir légal ou réglementaire écarte incontestablement. Sur ce point, et contra : Pierre-françois Cuif, Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, RTDCom., 2005, p. 1.

nément, il conviendra de préciser l'objectif poursuivi par le médecin pour privilégier l'un de ses intérêts et écarter l'autre. La déontologie répond à cet objectif guidant le choix des intérêts admis au préjudice de ceux écartés.

Le conflit d'intérêts en matière de déontologie médicale existe donc. Il est créé par une exigence déontologie de distinguer et de rendre compatibles certains intérêts entre eux (section I). Mais il ne suffit pas de dresser une liste d'intérêts pouvant entrer en conflit pour que le conflit n'apparaisse pas. Certes, la force persuasive de la déontologie est réelle mais elle ne suffit pas. Il est nécessaire que l'ordre professionnel gère ces situations particulières afin de tendre à les exclure ou à en limiter la portée (section II).

Section I - La création déontologique du conflit d'intérêt

L'existence d'intérêts divergents, voire contradictoires, ne se traduit pas systématiquement en conflit d'intérêt. Le conflit n'est rendu possible que lorsqu'il est impossible de faire prévaloir objectivement un intérêt sur un autre alors que tous deux sont envisageables simultanément. Ainsi, il est évident que le médecin doit faire prévaloir l'intérêt du patient sur son intérêt économique. En revanche, doit-il faire prévaloir ses fonctions salariées au détriment de l'indépendance professionnelle ? C'est de la confrontation entre des intérêts de valeur équivalente que va naître le conflit d'intérêts. Ce constat permet ainsi d'opérer une distinction dans la manière d'aborder le conflit d'intérêts en déontologie médicale. Si l'on accepte l'idée que le conflit naît en cas de droits ou de situations de fait consacrant un intérêt équivalent, il est possible de considérer que le conflit ne naît pas lorsqu'une hiérarchie entre les intérêts peut être établie.

Il en résulte que si une hiérarchie des intérêts est établie, elle va permettre au médecin d'exercer sa profession avec une idée claire de ce qu'il est possible ou impossible de faire[11]. Dans ce cas, la hiérarchisation des intérêts permet d'organiser l'exercice professionnel et d'écarter le conflit d'intérêts (A). En revanche, en l'absence de hiérarchie entre plusieurs intérêts, l'exercice quotidien de la médecine va susciter ou révéler des situations dans lesquelles plusieurs intérêts s'opposeront. C'est ainsi que l'on peut considérer que le conflit d'intérêts résulte de l'exercice professionnel (B).

11 - Sur l'appréciation de l'intérêt supérieur par rapport à l'intérêt personnel : Pierre-françois Cuif, Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, précité.

A - La hiérarchisation des intérêts organise l'exercice professionnel sans conflit d'intérêts

L'exercice de la profession médicale est d'abord organisé selon les dispositions des articles L. 4113-1 et suivants du code de la santé publique[12]. A côté des dispositions légales, le code comprend une partie réglementaire d'application dans laquelle s'insère le code de déontologie médicale. A la lecture des textes, il apparaît que l'exercice professionnel du médecin est soumis au respect de deux catégories d'intérêts distincts. Ces intérêts s'imposent au praticien sans que celui-ci ne puisse leur opposer raisonnablement un intérêt égoïste personnel ou professionnel. S'il est tenté du contraire, la hiérarchisation l'en dissuade. La première catégorie concerne les intérêts supérieurs extérieurs à l'exercice même de la profession de médecin (1). La seconde catégorie, qui lui est inférieure en force, concerne l'exercice professionnel dans ce qu'il met en concours l'intérêt du praticien et celui de la profession (2).

1. Les intérêts supérieurs et extérieurs à l'exercice professionnel

La lecture du plan du code de la santé publique instruit sur l'ordre des priorités consacrées par le législateur en la matière. Une première partie est consacrée à la protection générale de la santé et se décline en plusieurs livres notamment relatifs à la protection des personnes (Livre 1er), au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain (Livre 2ème) ou encore à la protection de la santé et l'environnement (Livre 3ème). Une seconde partie est consacrée à la santé de la famille, de la mère et de l'enfant alors qu'une troisième partie concerne la lutte contre les maladies et dépendances. Ce n'est que dans la quatrième partie du code que les professions de santé sont abordées.

La structure de ce plan souligne les priorités recherchées par la loi. Les professions de santé sont organisées pour mettre en œuvre les dispositions des livres précédents. S'il est difficile de raisonner en ce domaine uniquement en termes d'intérêts, même si l'on peut se référer à l'idée de centre d'intérêt[13], les mêmes contraintes se retrouvent par analogie spécialement évoquées sous l'angle d'intérêts dans le code de déontologie médicale. Les intérêts en présence peuvent être hiérarchisés au regard de leur champ d'application.

12 - Ces règles sont communes aux professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme.

13 - Il est possible de penser à l'idée de « centre d'intérêts » proposée par le Pr. Gérard Farjat et concernant la famille, les groupes de sociétés, l'embryon ou le statut de l'animal : « L'existence d'une catégorie juridique intermédiaire entre les personnes juridiques et les choses nous paraît faciliter la résolution d'un certain nombre de contradictions et permettre des « avancées » du système juridique », *in* Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt. Prolégomènes pour une recherche, RTDCiv., 2002, p. 221.

C'est ainsi, en tout premier lieu, que l'intérêt général est expressément visé par l'article 13 du code de déontologie. Dans cette disposition relative aux missions éducatrices et sanitaires remplies par le médecin, il est mentionné qu'il « doit se garder à cette occasion de toute attitude publicitaire, soit personnelle, soit en faveur des organismes où il exerce ou auxquels il prête son concours, soit en faveur d'une cause qui ne soit pas d'intérêt général ». Il n'est pas utile de contester ici l'idée que l'intérêt général prime sur tout autre intérêt.

En second lieu, il est possible de descendre d'un degré dans l'appréciation des intérêts protégés pour trouver la protection d'un intérêt général spécifique, celui de la santé publique et de la population. C'est ainsi que cet intérêt est mis en avant à l'article 74 du code de déontologie médicale pour prévoir une exception à l'interdiction d'exercice forain de la médecine. Plus précisément encore, l'article 95 du code dispose expressément qu'à l'occasion d'un exercice salarié de sa profession, le médecin « doit toujours agir, en priorité, dans l'intérêt de la santé publique et dans l'intérêt des personnes et de leur sécurité au sein des entreprises ou des collectivités où il exerce ».

A la suite de l'intérêt général et de ses dérivées que sont l'intérêt des personnes et de la santé publique, l'intérêt de l'enfant est spécialement protégé par l'article 43 du même code. Le code de déontologie médicale s'adresse en ce cas à des catégories spécifiques de personnes qui ont des rapports avec le professionnel de santé qu'est le médecin. L'approche spéciale de l'intérêt général s'étend au patient et au malade. L'intérêt des patients se traduit réglementairement par le respect du secret professionnel à leur bénéfice par le médecin (article 4), ainsi que par la possibilité qui leur est reconnue d'accéder au dossier médical (article 46). L'intérêt des malades permet au médecin de le tenir partiellement dans l'ignorance de sa situation (article 35), tout en bénéficiant de traitement d'urgence (article 58). Il est également de l'intérêt des malades que le médecin entretienne de bons rapports professionnels avec les autres membres des professions de santé (article 68).

Dans ces dernières hypothèses, il semble naturel de faire prédominer l'intérêt des malades sur celui du professionnel de santé. Toutefois, si l'on doutait que cette hiérarchie soit réellement instituée par la règle déontologique, deux dispositions du code de déontologie médicale viendraient y répondre. L'article 2 dispose en son premier alinéa que « Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité ». L'article 105 dispose quant à lui que le « médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services ».

C'est ainsi que l'art médical s'exerce sous la contrainte posée par la prise en compte d'intérêts supérieurs mais extérieurs à l'exercice même de la profession. Ces intérêts généraux n'entrent donc pas en conflit avec les intérêts égoïstes du professionnel. Ils leur sont supérieurs. Leur affirmation claire place le médecin dans la position de ne pas les mettre en conflit avec des intérêts égoïstes.

2. Les intérêts professionnels

En appui de la loi, le code de déontologie médicale précise les modalités de l'exercice professionnel de la médecine. A cet égard, il met en avant la préservation de l'intérêt de la profession. C'est l'aspect essentiel de ce corpus déontologique qui ne le mentionne cependant pas une seule fois. En effet, la relation établie entre le médecin et le patient est d'abord fondée sur la confiance que place le second dans le premier. Faute de confiance en son médecin, le patient en change[14]. Or, il est inconcevable pour le corps médical, comme la loi le sous-entend, que faute de confiance en un médecin, le patient abandonne le système de santé officiel pour se tourner vers d'autres méthodes de soins. L'exercice illégal de la médecine vient ainsi sanctionner celui ou celle qui pratiquerait l'acte médical hors la profession gérée par l'ordre[15]. La sanction du charlatanisme de l'article 39 du code de déontologie complète ce dispositif en écartant le professionnel qui présenterait « comme salutaire ou sans danger un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé ». Par conséquent, il existe un intérêt de la profession qui se distingue de celui du professionnel. Le corps médical a tout intérêt, dans son ensemble, à ce que la confiance placée en lui soit méritée et sauvegardée. Cet intérêt, supérieur à celui de tout praticien, s'exprime dans plusieurs dispositions. Ainsi, l'article L. 4121-2 du code de la santé publique impose aux ordres professionnels de veiller « au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine ». Il poursuit en indiquant que l'ordre assure « la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale ». Ainsi, tout comportement ayant pour objet ou pour effet de déconsidérer la profession dans son ensemble, de porter atteinte à sa respectabilité ou à sa crédibilité est sanctionné. Cela peut même conduire à des immixtions dans la vie para-professionnelle du médecin[16].

14 - L'instauration d'un médecin référant ne rend pas impossible le libre choix par le patient de son médecin.

15 - Articles L. 4161-1 et suivants CSP.

16 - C'est ainsi qu'a pu être sanctionné par l'interdiction d'exercer la médecine pendant quatre mois, un psychiatre qui avait eu « des relations intimes avec une de ses patientes dans un local attenant à son cabinet de consultation, alors que la psychothérapie qu'il avait entreprise depuis 1987 sur cette patiente, qui souffrait de troubles névrotiques, se poursuivait », CE, 8 décembre 2000, Savarese, n°196204 ; RDSS, 2001, p. 59, ccl. Schwartz.
Voir également, CE 9 novembre 1979, Buisson, n°12867, Rec., 867.

D'autres dispositions dans le même sens sont dénombrables : interdiction d'exercer la médecine comme un commerce (article 19) ; interdiction de faire de la publicité (articles 13, 19) ; interdiction d'aliéner son indépendance professionnelle (article 5) soit à l'égard de l'employeur (articles 86, 95), d'un associé (article 91) ou à l'occasion de toute activité, fût-elle de prévention (article 26). Il s'agit également de l'interdiction du compérage (article 23).

Enfin, même si un médecin découvrait un véritable remède qui démontrerait ses effets curatifs auprès de patients, le médecin qui le prescrirait en dehors des contraintes qui lui sont imposées encourrait le courroux de la profession et une sanction disciplinaire. Il est de l'intérêt supérieur de la profession d'éviter de telles pratiques dont l'innocuité n'est pas assurée et il est de l'intérêt encore plus supérieur des patients d'être assurés de la qualité du traitement qui leur est prescrit. L'un et l'autre de ces intérêts, pour divergents qu'ils soient, permettent tous deux d'assurer le sérieux que chaque patient est en droit d'attendre de n'importe quel médecin et de maintenir la confiance dans la profession dans son ensemble. Il ne s'agit pas ici de conflit d'intérêts mais d'une convergence d'intérêts que leur valeur distincte rend compatible. Il est en effet exclu de considérer que l'intérêt de la profession ait la même valeur que l'intérêt des patients et qu'il puisse ainsi primer sur ce dernier. L'intérêt personnel du médecin s'efface devant celui, nécessairement supérieur, de la profession, qui permet en sus d'assurer le respect de l'intérêt du patient, de l'intérêt de la santé publique ou de l'intérêt général.

En conséquence, la règle déontologique protége l'intérêt de la profession, l'intérêt du médecin comme l'intérêt du patient. Le conflit d'intérêts surgissant entre un médecin et la profession sera donc prioritairement tranché en faveur de la profession dont l'intérêt est supérieur à celui du médecin. L'intérêt du patient s'impose à ces intérêts professionnels.

B - Les conflits d'intérêts résultant de l'exercice professionnel

Si l'on écarte les intérêts supérieurs s'imposant au médecin, seuls les intérêts de valeur équivalente sont à prendre en compte. Il est évident que les intérêts généraux, de la santé publique, des patients ou de la profession devront toujours l'emporter sur un intérêt exclusivement personnel, même s'il est professionnel. Cette considération objective ne vaut cependant pas avec certitude dans l'appréhension subjective du conflit d'intérêts. Nombre de dispositions peuvent être ressenties par le médecin comme limitatives de son libre exercice professionnel alors qu'elles sont édictées pour que cet exercice reste véritablement libre.

Par conséquent, l'intérêt réel de la question du conflit d'intérêts se construit nécessairement autour de l'hypothèse dans laquelle une personne voit deux de ses intérêts égoïstes entrer en concurrence. Il faut toutefois tenir compte de son appréciation personnelle du conflit, quitte à admettre que des intérêts supérieurs soient mis en balance avec des intérêts égoïstes.

Pour un médecin, le contexte dans lequel le conflit d'intérêts surgit est nécessairement celui de l'exercice professionnel. L'approche n'exclut pas que des intérêts extraprofessionnels soient pris en considération mais elle induit qu'un intérêt professionnel en soit forcément à l'origine. En retenant une autre approche, il faudrait s'intéresser à la vie privée ou à la vie civile du médecin, ce qui excède en principe le champ de la déontologie.

Même si le médecin doit exercer sa profession avec probité, il subsiste qu'il tire généralement l'essentiel de ses revenus de l'existence d'une clientèle qu'il a du se constituer et qu'il travaille à conserver. Par conséquent le conflit surgira dans les rapports entretenus entre le médecin et sa clientèle (1). Les conflits d'intérêts surgiront du besoin de constituer et d'entretenir une clientèle, tout en assurant des soins conformes aux règles de l'art. Une autre source de conflits naît des rapports entre l'exercice professionnel médical et l'exercice professionnel rémunérateur (2).

1. L'exercice professionnel face à la clientèle

La constitution d'une clientèle est indispensable à la survie du médecin libéral. En reprenant un cabinet, il va bénéficier d'un droit de présentation que la jurisprudence considère désormais comme une cession de clientèle licite à condition que le patient ait toujours la liberté de choisir son médecin[17].

Afin d'attirer à lui une clientèle, le médecin éprouvera le besoin de se faire connaître. Or, une campagne de publicité destinée à attirer la clientèle lui est interdite par la règle déontologique (article 13). Il est juste admis une annonce informative dans la presse d'une sobriété telle qu'elle ne puisse s'assimiler à une publication publicitaire (article 82)[18]. Il serait pourtant de son intérêt de répondre rapidement à un nombre

17 - Cass. 1ère civ. 7 nov. 2000, Woessner, note Yvan Auguet, D. 2001, jp., p. 2400 ; obs. Jean Penneau, D. 2001, somm. comm.., p. 3081 ; obs. G. Mémeteau, RDSS, 2001, p. 317.
La clientèle reste libre du choix de son médecin et ne lui est donc pas acquise, même dans un système de médecin référant.

18 - Voir, par exemple, le cas de publicité par voie de presse vantant les qualifications de plusieurs ophtalmologistes ainsi que la qualité de leur matériel : Pau 17 nov. 2003, C., JCP 2002, II, 10092, note Jean-Pierre Viennois.

conséquent de consultations. Sa réputation s'établirait progressivement, entraînant un afflux de nouveaux patients. Dans le même sens, il ne peut tirer profit d'un mandat électif quelconque pour attirer de nouveaux patients ou les dissuader de consulter un autre médecin (article 27). Il ne peut, réciproquement, profiter d'une consultation pour inciter un patient à voter pour lui. Il lui est interdit de procéder à un détournement de clientèle (article 57) ou de pratiquer une réduction d'honoraires dans un but de concurrence (article 67). Enfin, sa liberté d'installation est conditionnée par des clauses restrictives à la suite d'un remplacement (article 86) ou de la présence d'un confrère dans le même immeuble (article 90).

Les conflits d'intérêts nés lors de l'installation du médecin perdurent dans la suite de la vie professionnelle. L'intérêt pour lui de préserver cette clientèle est essentiel. Cette dernière établit ses qualités de professionnel et lui assure la quasi-certitude de ressources continues. Ces intérêts égoïstes peuvent le conduire à adopter un comportement lui permettant de préserver cette clientèle au risque de porter atteinte *in fine* à ses propres intérêts ou à ceux de la profession.

La règle déontologique cerne ainsi plusieurs conflits d'intérêts. Le médecin doit se limiter à prescrire uniquement ce qui est nécessaire au traitement du patient, et non ce que ce dernier peut lui réclamer (article 8). L'équilibre entre l'intérêt de la santé et les intérêts subjectifs et objectifs du patient placent le médecin dans une situation inconfortable que le code de déontologie médicale prévoit pour la résoudre et l'écarter. De même, il est interdit au médecin d'effectuer un acte « de nature à procurer au patient un avantage matériel injustifié ou illicite », ou de consentir des ristournes en argent ou en nature et une commission à quelque personne que ce soit, ou de céder à « la sollicitation ou l'acceptation d'un avantage en nature ou en espèce [...] pour une prescription ou un acte médical quelconque » (article 24). Mais, parallèlement, le médecin permet « l'obtention par le patient des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit » (article 50). Il doit se garder également de rédiger des rapports tendancieux ou des certificats de complaisance (article 28). Ce dernier cas est l'illustration typique du conflit d'intérêts auquel est soumis le médecin[19]. Entre les nécessités de la santé du patient, son besoin de conserver sa clientèle et la tentation de répondre à l'attente du patient, le médecin est au cœur d'un conflit mêlant au moins deux intérêts égoïstes. C'est que l'importance économique de la clientèle est un élément incontournable de l'exercice professionnel comme une source de conflits d'intérêts réels.

19 - Voir dans le cadre d'une procédure de divorce d'un patient : CE 19 juin 2000, D. 2000, IR , 237. Ce conflit d'intérêt peut être intra-familial : CE 7 février 1994, Mme Renson, Robveille, obs. Jean Penneau, D. 1995, somm. comm., p. 99.

Afin d'éviter que les soins apportés au patient n'aient comme raison d'être qu'un avantage égoïste du médecin, la loi et le règlement présument et hiérarchisent les intérêts dans le but de circonscrire le conflit d'intérêts. L'article 909 du code civil, relayé par l'article 52 du code de déontologie médicale, organise une incapacité de recevoir du médecin. Il lui est interdit de bénéficier de dons ou d'un testament émanant d'un patient qu'il aurait soigné. La disposition lui évite certainement d'avoir à trancher entre son intérêt personnel en tant que légataire ou donataire, et son intérêt de médecin de conserver un patient. L'article 52 précise qu'il ne peut abuser de son influence pour obtenir un mandat ou contracter à titre onéreux dans des conditions qui lui seraient anormalement favorables. En ce sens, les instances ordinales ont sanctionné un psychanalyste qui a accepté une assurance vie à son bénéfice, alors que sa souscription émanait d'une de ses patientes qui devait décéder de la maladie pour laquelle il la soignait. La violation de l'article 52 est encore réalisée par le fait que ce même médecin a continué de soigner gratuitement la patiente[20]. L'intérêt des soins appropriés et désintéressés pour le patient ne s'accordait pas avec l'intérêt économique bénéficiant au médecin, quelle que soit d'ailleurs la qualité des soins prodigués. La gratuité des soins, affirmée dans le serment médical, ne s'accordait pas avec une contrepartie économique privée.

De même, est sanctionné le médecin qui encaisse un chèque de 1000 euros établi par une patiente âgée au moment de son départ en urgence pour un CHU, départ d'ailleurs demandé par ce médecin. La disproportion entre le service rendu et le montant du chèque révèle que l'intérêt économique est peut être intervenu dans la décision médicale de transférer cette personne, quelle que soit là aussi l'utilité de ce transfert[21].

Dans un autre domaine, l'article 26 du code de déontologie médicale rend possible un cumul d'activité pour le médecin. Toutefois, il conditionne ce cumul, d'une part, au maintien de l'indépendance et de la dignité professionnelle et, d'autre part, au fait qu'il lui soit impossible de tirer profit de ce cumul pour ses prescriptions ou dans ses conseils médicaux. Ainsi, le Conseil national de l'ordre des médecins a pu maintenir la décision d'un Conseil régional qui sanctionnait un médecin ayant organisé un « négoce visant à louer des véhicules automobiles à des médecins, à organiser un service téléphonique et éventuellement à leur assurer diverses prestations ». Le Conseil national considère que « la circonstance qu'il détient 99,9 % des actions de [la] société révèle une manœuvre qui déconsidère la médecine » au sens de l'article 31 du code de déontologie[22].

20 - CE 18 fév. 2005, Michelle B., n°264014.

21 - CNOM, 7 janv. 2005, n°sd8941. Voir également, Cass. 1ère civ. 1 juillet 2003, n°00-15786, D. 2003, 2404, cc. J. Sainte-Rose.

22 - CE 15 juillet 2004, Raymond Y., n°250491. Dans le même sens : CE 12 janv. 2005, Raymond X., n°252365.

La liste des interdits permettant de cibler les situations de conflits d'intérêts mentionne également tous les comportements remettant en cause l'indépendance professionnelle. Cela est parfois le cas à raison d'une fonction, d'un emploi ou d'une association[23]. La situation est envisagée également lorsqu'un médecin traitant a des liens professionnels distincts avec son patient. C'est ainsi que le médecin traitant à titre privé ne peut être simultanément le médecin soignant dans le cadre professionnel, ni un médecin consultant ou responsable d'une expertise sur le patient[24]. Il s'agit d'interdire tout acte bénéficiant à un patient en dehors d'une réelle nécessité médicale[25]. L'acte particulier lui permettant d'accroître sa clientèle est également soumis à la sanction du conseil de l'ordre[26]. Il en est enfin de même lorsque ces actes lui permettent en priorité d'accroître ses revenus[27].

2. L'exercice professionnel et la source de revenus

Chaque médecin prête le serment médical lors de son inscription à l'ordre des médecins. Il jure de donner « des soins gratuits à l'indigent » et de ne pas exiger « un salaire au dessus de [son] travail »[28]. La prise en compte d'un point de vue moral des revenus du médecin souligne la difficulté qu'il y a d'exercer la profession sans penser aux revenus qu'elle procure. Afin que l'intérêt économique n'étouffe pas l'intérêt du patient ou même de la profession, le code de déontologie médicale encadre très précisément l'acte médical. C'est l'interdiction d'exercer la médecine comme un commerce (article 19). Cet interdit écarte une source de dévalorisation scientifique du professionnel et de la profession dans son ensemble. Il écarte réciproquement le risque de considérer le patient comme un simple client et donc de répondre à ses attentes les plus diverses comme la prescription d'un médicament ou d'un acte particulier dénué d'intérêt médical. L'idée de lucre est posée comme étrangère à l'exercice de la profession de médecin. La distribution de « remèdes, appareils ou produits présentés comme ayant un intérêt pour la santé » sont proscrits (article 21)[29]. Le partage d'honoraires (article 22), le compérage (article 23), la fraude aux

23 - Art. 8, 24, 26, 28, 50, 70 CDM.

24 - Art. 58, 62, 63, 100, 105 CDM.

25 - Art. 8, 24, 26, 28, 50, 70 CDM.

26 - Art. 13, 19, 27, 57, 67, 82, 86, 90 CDM.

Voir, par exemple, en matière de publicité : CNOM, 25 janv. 2005, n°sd8962 au sujet de l'installation s'accompagnant de l'ouverture d'un site internet et d'un courrier adressé à 4500 patients.

27 - Art. 19, 21, 22, 23, 25, 29, 39, 52, 53 CDM.

28 - Serment médical adopté par le Conseil national de l'ordre des médecins en 1976 conformément à l'article 109 du code de déontologie médicale.

29 - Par exemple, la vente directe au public d'appareils de prothèse et d'orthopédie : CE 4 mai 1945, Klotz, Rec., p. 92.

honoraires (article 29) sont spécialement visés par la règle déontologique pour prévenir le conflit d'intérêts[30].

Il est enfin à mettre en évidence la prévention du conflit d'intérêts auquel est soumis le praticien salarié. Son indépendance professionnelle est posée par la loi. Ainsi, l'article L. 4113-6 alinéa 1er du code de la santé publique dispose : « Est interdit le fait, pour les membres des professions médicales mentionnées au présent livre, de recevoir des avantages en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale. Est également interdit le fait, pour ces entreprises, de proposer ou de procurer ces avantages[31] ». Il s'agit d'éviter que le médecin ait à résoudre un conflit d'intérêts lors de la prescription médicale. Entre deux médicaments aux effets équivalents, son choix ne peut être uniquement guidé par les avantages qu'il a retirés ou retirerait de la prescription. La règle déontologique prend le relais de ces dispositions en évitant de faire prédominer l'intérêt de l'employeur sur celui de l'acte médical, de faire prédominer l'intérêt de l'employeur sur celui du patient, de faire prédominer l'intérêt du patient (non malade) sur celui de l'employeur ou encore de faire prédominer l'intérêt de l'employeur sur celui du médecin salarié (articles 5, 26, 68, 86, 91, 93, 95 CDM).

L'impossibilité pour le médecin de bénéficier d'une clause liant sa rémunération ou la durée de son engagement à la rentabilité de l'établissement l'employant marque à nouveau le rôle substantiel essentiel de la règle déontologique.

Il résulte de ces dispositions que l'exercice professionnel place en permanence le médecin en position de gérer des conflits d'intérêts personnels. Afin de lui éviter d'avoir à trancher en faveur de l'un plutôt que de l'autre, sachant que les deux lui sont favorables, le code de déontologie médicale prévoit le conflit pour le résoudre et l'éviter. La déontologie présente donc le double mérite de créer les conflits d'intérêts en les identifiant et de les résoudre en les organisant.

Section II - La gestion ordinale du conflit d'intérêts

Le rôle des composantes départementales, régionales ou nationales de l'ordre des médecins est essentiel dans la gestion déontologique du

30 - Par exemple, la collusion entre un médecin et un tiers auquel il reverse une partie de sa rémunération : CE 20 février 1953, Armelin, Rec., p. 89 ; ou le compérage avec un masseur au domicile duquel le médecin consultait régulièrement : CE 25 juin 1969, Gantier, n°68229, Rec., p. 939.

31 - Des exceptions sont prévues à cet article, mais son esprit est le même à l'article L 4113-8 CSP.

conflit d'intérêts. En considérant que la déontologie distingue les situations de conflit d'intérêts, il est naturel que l'ordre, qui reçoit de l'article L. 4121-2 du code de la santé publique la mission de veiller à l'observation des dispositions du code de déontologie médicale, ait le rôle essentiel dans cette gestion.

Selon l'article L. 4127-1 du code de la santé publique, le Conseil national de l'ordre prépare le code de déontologie qui bénéficie ensuite d'une édiction par décret en Conseil d'Etat. Les dispositions de ce code, aujourd'hui fondues dans la partie réglementaire du code de la santé publique, prennent en compte les différents conflits d'intérêts résultant de l'exercice professionnel. La promotion de la probité, la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale visées par l'article L. 4121-2 du code de la santé publique constituent les soutiens déontologiques du discernement des conflits d'intérêts.
En s'appuyant sur ces dispositions, le code de déontologie médicale et le Conseil de l'ordre des médecins organisent une double gestion du conflit d'intérêts. Dans une première approche, c'est l'interdit qui l'emporte (A). Dans une seconde approche, c'est le contrat qui permet de contenir le conflit (B).

A - La gestion par l'interdit

L'interdit posé dans une règle légale ou réglementaire a pour objectif de signaler le comportement prohibé. Il invite donc le médecin à ne pas le réaliser. L'aspect préventif de la gestion par l'interdit, connu du droit pénal, est aussi présent en matière de déontologie professionnelle. Elle suppose que la règle prohibitive soit connue (1) et fasse l'objet de réponses en cas de violation (2).

1. La connaissance de la règle prohibitive

La connaissance des interdits posés par l'ordre professionnel au moyen de la déontologie passe par la connaissance du code de déontologie médicale. Le serment prêté par chaque médecin lors de son inscription au tableau de l'ordre implique la connaissance de ce code. En effet, selon l'article 109 du code de déontologie, « Tout médecin, lors de son inscription au tableau, doit affirmer devant le conseil départemental de l'ordre qu'il a eu connaissance du présent code de déontologie et s'engager sous serment et par écrit à le respecter ».

La prévention du conflit d'intérêts est donc assurée par le code. Ce dernier prévoit les hypothèses de conflit et affirme toujours la prééminence de l'intérêt général sur celui de la profession et de l'intérêt du patient sur celui du médecin. Nombre de ces interdits ont déjà été expo-

sés préalablement. Retenons simplement que le cumul de fonctions est très encadré. C'est de ce cumul que naissent souvent les conflits d'intérêts car l'intérêt résultant d'une fonction n'est pas forcément celui privilégié dans le cadre d'une autre fonction. C'est la raison pour laquelle la déontologie médicale réglemente et distingue les fonctions de médecin soignant, de médecin traitant, de médecin consultant ou de médecin expert[32]. Elle procède à la distinction des fonctions médicales et de représentation. Un médecin agissant à des fins pédagogiques dans un but de santé publique ne défend pas le même intérêt que celui travaillant pour un laboratoire pharmaceutique[33]. Les mandats électifs sont également strictement distingués des fonctions médicales[34]. Les activités commerciales sont enfin strictement incompatibles avec l'exercice professionnel[35]. Par conséquent, chaque médecin prêtant serment a théoriquement connaissance des règles régissant son exercice et des conflits d'intérêts qu'il peut rencontrer.

2. Les réponses à la violation de la règle prohibitive

Les sanctions disciplinaires proposées par l'article L. 4124-6 du code de la santé publique répondent à la violation de l'interdit. Le manquement à la règle est apprécié par la chambre disciplinaire de première instance et en appel par la chambre disciplinaire nationale. La réalisation d'actes de concurrence déloyale envers un confrère après un remplacement est même sanctionnée indirectement par un refus d'inscription au tableau de l'ordre par le conseil départemental, conduisant à une impossibilité d'exercer la profession[36]. Cette issue punitive du conflit d'intérêts n'est pas la seule réponse possible.

Au regard des règles déontologiques, le médecin doit pouvoir reconnaître de lui-même qu'il se trouve dans une position de conflit d'intérêts. C'est pour répondre à cette identification individuelle de la situation que le code de déontologie médicale envisage des hypothèses de récusation du médecin. L'article 46 du code de déontologie dispose que « Lorsque la loi prévoit qu'un patient peut avoir accès à son dossier par l'intermédiaire d'un médecin, celui-ci doit remplir cette mission d'intermédiaire en tenant compte des seuls intérêts du patient et se récuser si les siens sont en jeu ». L'article 60 la prévoit lorsque le médecin traitant ne souhaite pas donner son agrément au patient qui désire recourir à une consultation par un confrère. L'article 64 permet à un

32 - Articles 58, 62, 63, 100 et suivants CDM.

33 - Article 4113-6 CSP.

34 - Article 27 CDM.

35 - Article 19 CDM.

36 - CE 19 juillet 1946, Rec., p. 204.

médecin de se retirer lorsqu'ils sont plusieurs à collaborer à l'examen ou au traitement d'un malade, à condition de ne pas nuire au malade et d'en avertir ses confrères. Enfin, les articles 101 et 106 prévoient la récusation du médecin qui exercerait la médecine de contrôle tout en étant « médecin de prévention ou, sauf urgence, médecin traitant d'une même personne » (article 100). Le cas est enfin posé lors du cumul des fonctions de médecin expert et de médecin traitant du même malade (article 105)[37]. Le conflit d'intérêts résulte de la concomitance de fonctions médicales distinctes à l'égard d'un unique patient.

Une dernière voie permet à l'ordre professionnel de s'assurer du respect de l'interdit tout en ayant conscience de la présence d'un conflit d'intérêts. C'est ainsi que le Conseil national de l'ordre des médecins a pu demander à un médecin de prendre les mesures à même de prévenir une faute disciplinaire, alors même que le comportement enfreignant l'article 26 du code de déontologie était avéré. Il s'agissait de la détention de plus de 30 % du capital d'une société d'ambulances étant amenées à transporter les patients du médecin dans le cadre de ses fonctions de praticien hospitalier urgentiste[38]. La réponse est ici adaptée à la situation : la sanction est écartée et, après mise en garde, le comportement se conformant à la déontologie évite la survenance d'un conflit d'intérêts.

En conclusion, l'Ordre des médecins procède à une gestion du conflit d'intérêts par le biais de l'interdit. Une fois celui-ci posé, il prévoit une récusation automatique préventive du médecin, ou lui adresse une demande de modification de son comportement ou, solution traduisant soit l'échec des autres voies soit la gravité du manquement aux règles déontologiques, engage une procédure de sanction disciplinaire.

B - La gestion par le contrat

En confiant à l'Ordre des médecins une mission générale d'organisation et de contrôle de la profession, l'article L. 4121-2 du code de la santé publique lui offre la possibilité de s'immiscer dans les aspects contractuels de l'exercice professionnel. Bien que l'ordre soit un tiers aux contrats conclus par un médecin, dès que ceux-ci concernent l'exercice professionnel, la loi lui permet, en vertu de l'article L 4113-9 du code de la santé publique, d'obtenir communication des contrats afin de donner un avis sur leur contenu. Les respects de la probité, de la

37 - Voir : CE 20 avril 1988, Conseil national de l'ordre des médecins, Rec., 146, obs. Jean Penneau, D. 1989, somm. comm., p. 56.

38 - CE 12 janv. 2005, Daniel X, n°252365.

moralité, de l'indépendance professionnelle ou encore de l'honneur de la profession sont autant d'arguments déontologiques lui donnant les clefs d'un véritable contrôle sur le contrat professionnel. Ce contrôle se décline en un rôle réglementaire (1) et un rôle consultatif (2).

1. Un rôle réglementaire

L'ordre des médecins participe à la gestion contractuelle des conflits d'intérêts en proposant des contrats-types. Par un arrêt du 13 mai 1987, le Conseil d'Etat a affirmé que « les contrats-types des médecins du travail relevant des services interentreprises, établis sur le fondement de l'article 49 du [...] code de déontologie médicale, et dont les prescriptions s'imposent aux signataires de contrats ayant pour objet l'exercice de la médecine au service d'entreprises ou d'institutions de droit privé, n'ont pas un caractère contractuel mais constituent des actes réglementaires pouvant être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative, au même titre que la décision du Conseil national de l'ordre des médecins d'en adopter les dispositions, qui en est indissociable »[39]. Ces contrats-type de valeur réglementaire sont rédigés à l'aune du code de déontologie médicale et ont notamment pour objectif d'écarter *a priori* les causes de conflits d'intérêts. Ils permettent également d'en prévoir la gestion contractuelle lorsque des cas potentiellement réalisables sont recensés. Grâce au site internet du Conseil national de l'ordre des médecins, chaque médecin, ou personne intéressée par la question, a accès à une série de contrats-types parmi lesquels on trouve le contrat de cession de cabinet, le contrat d'association entre médecins exerçant des disciplines identiques, le contrat entre praticiens et cliniques privées, le contrat de médecin responsable de l'information médicale dans les établissements de santé privés ou encore le contrat pour un médecin du sport donnant des soins aux sportifs d'une structure sportive ou membres des équipes de France[40].

En analysant le contenu du contrat de remplacement en exercice libéral, il est permis de déceler l'appréhension, l'admission et la gestion d'un conflit d'intérêts. Ainsi, un médecin a tout intérêt à se faire remplacer durant ses absences, durant les vacances par exemple, afin de préserver une clientèle et d'assurer la continuité des soins. En revanche, il a tout intérêt à ce que le médecin remplaçant ne profite pas

39 - CE 13 mai 1987, Syndicat national professionnel des médecins du travail, Rec., p. 974 ; Dominique Chelle, Xavier Prétot, D. 1989, somm. comm., p. 65 ; ccl. J. de Clausade, Dr. Social, 1987, p. 749.

Sur la jurisprudence antérieure et la notion de clause essentielle ayant une valeur réglementaire : CE 14 fév. 1969, Association Syndicat national des médecins exerçant en groupe ou en équipe, Rec., p. 96 ; JCP 1969, II, 15848, obs. R. Savatier ; ccl. J. Baudoin, RDSS, 1969, p. 177.

40 - www.conseil-national.medecin.fr/?url=contrat/index.php&open=1#1, le 4 juillet 2005.

de cette situation temporaire pour attirer à lui sa clientèle. Il a également tout intérêt à ce qu'à l'issue du remplacement, ce confrère ne puisse s'installer à proximité de son cabinet, au risque là encore d'attirer vers lui une partie de sa clientèle. Face à ce conflit d'intérêts clairement déterminé, le contrat-type de remplacement comporte une clause spécifique. L'article 8 dispose que « Si au terme du remplacement prévu au présent contrat le Dr Y. a remplacé le Dr X. pendant une période de trois mois, consécutifs ou non, il ne pourra sauf accord écrit du Dr X. s'installer pendant une durée de deux ans dans un poste où il puisse entrer en concurrence directe avec le médecin remplacé ou éventuellement ses associés ». Cette clause s'accompagne d'autres mentions destinées à distinguer clairement et visiblement l'exercice professionnel de chacun des deux médecins contractants : interdiction de modifier l'état des lieux (article 3), préservation de l'indépendance professionnelle (préambule et article 4), utilisation organisée des feuilles de soins (article 5) ou encore déclarations fiscales et sociales séparées et paiement séparé des charges (article 6).

L'article 7 du contrat entre praticiens et cliniques privées définit précisément les tarifs d'honoraires pratiqués par le médecin exerçant dans l'établissement ayant passé une convention d'honoraires. Il est de l'intérêt professionnel du médecin d'exercer dans cet établissement comme il est de son intérêt économique d'en retirer des revenus qui correspondent à ses attentes. Il est de l'intérêt de la clinique d'accueillir en son sein un médecin qui lui apportera peut-être une spécialité jusqu'ici manquante mais il est également de son intérêt que ce médecin respecte les conventions d'honoraires permettant à cette clinique de s'assurer un potentiel de clientèle. La clause contractuelle écarte donc le conflit d'intérêts en posant clairement la règle concernant les honoraires.

D'autres exemples peuvent encore être trouvés dans le contrat pour un médecin du sport donnant des soins aux sportifs qui sont salariés ou sous contrat d'une structure sportive ou membres des équipes de France. L'article 5 du contrat-type proposé par l'ordre veille à la réaffirmation de l'indépendance professionnelle, posée dans la loi et le code de déontologie. L'indépendance du médecin à l'égard du sportif, comme à l'égard de son employeur qui peut être également l'employeur du sportif, doit être assurée. Le médecin ne peut recevoir aucune instruction d'aucune sorte, ce qui évite de le placer dans une situation de conflit d'intérêts entre l'exercice de la médecine et le respect de la volonté de son employeur. L'article 9 du contrat lui interdit de se substituer au médecin traitant du sportif et donc de se constituer une clientèle libérale grâce à ses fonctions de médecin du sport. Enfin, aux termes de l'article 12 du contrat, « pour son activité, le docteur X, perçoit un salaire de .... Conformément à l'article 97 du code de déontologie

médicale, il ne peut, en aucun cas, accepter de rémunération ou un avantage matériel quelconque lié aux performances des sportifs ». En distinguant clairement les intérêts en présence et en affirmant la primauté de l'intérêt du patient, le conseil national de l'ordre des médecins ne place pas sur un pied d'égalité les intérêts en présence et rend objectivement impossible le conflit d'intérêts.

2. Un rôle consultatif

Le contrat intéresse essentiellement ses contractants et n'a généralement que peu d'effets à l'égard des tiers[41]. Toutefois, en matière de profession médicale il doit s'inscrire dans le cadre règlementaire des obligations déontologiques pesant sur les professionnels contractants. C'est ainsi que la définition des conflits d'intérêts par la règle déontologique trouve une traduction dans le contrat conclu dans le cadre professionnel. L'ordre professionnel dispose des moyens juridiques de porter une appréciation sur un contrat, tant au moment de sa conclusion, que dans son exécution.

S'agissant, en premier lieu, du rôle de l'ordre dans la formation du contrat. L'article 83 du code de déontologie médicale prévoit que l'exercice de la médecine au sein d'une entreprise, d'une collectivité ou d'une institution ressortissant du droit privé doit obligatoirement faire l'objet d'un contrat écrit qui « peut être communiqué au conseil départemental de l'Ordre, qui doit faire connaître ses observations dans le délai d'un mois ». Le même article poursuit en indiquant que « Toute convention ou renouvellement de convention avec un des organismes [précités], en vue de l'exercice de la médecine, doit être communiqué au conseil départemental intéressé, de même que les avenants et règlements intérieurs lorsque le contrat y fait référence ». C'est alors que le rôle de l'Ordre est clairement énoncé : le conseil départemental « vérifie sa conformité avec les prescriptions du présent code [de déontologie] ainsi que, s'il en existe, avec les clauses essentielles des contrats types [...] ». La communication à l'ordre n'est pas une possibilité offerte au médecin concerné. C'est une obligation légale posée à l'article L. 4113-10 du code de la santé publique. Ce texte considère le défaut de communication du contrat comme constitutif d'une faute disciplinaire.
Il en est de même dans le cas d'un exercice de la médecine au sein du secteur publique. L'article 84 alinéa 2 du code de déontologie prévoit que « le médecin est tenu de communiquer ce contrat à l'instance compétente de l'ordre des médecins. Les observations que cette instance aurait à formuler sont adressées par elle à l'autorité administrative

41 - Sur l'effet relatif des contrats, voir François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil – Les obligations, 8ème édition, Dalloz, 2002, n°485 et s.

intéressée et au médecin concerné ». L'article 9 du contrat-type de cession de clientèle précise que le conseil départemental doit recevoir communication du contrat pour observations.

L'ordre, et plus particulièrement ses formations départementales, est un tiers au contrat chargé de vérifier son contenu. Il n'est pas contesté que la liberté contractuelle soit maintenue, conformément au principe général du droit des obligations[42]. Mais il s'agit d'une liberté surveillée. Le médecin peut contracter avec qui bon lui semble pour exercer son activité professionnelle mais l'ordre surveille et fait des remarques. L'ordre exerce donc une mission de contrôle et d'orientation afin que les règles déontologiques soient respectées. Son rôle est clairement exposé de la manière suivante : « En application des dispositions du code de déontologie médicale, tout conseil départemental de l'ordre des médecins est amené à s'assurer, avant leur conclusion ou leur renouvellement, de la conformité aux prescriptions dudit code ou, s'il en existe, du contrat type, des projets de contrat entre un médecin et une entreprise, une collectivité ou une institution de droit privé. S'il n'a pas, saisi de la sorte, à approuver le contrat, le conseil départemental est fondé à adresser aux parties une mise en garde, à refuser d'inscrire le médecin au tableau [...], voire à engager à son encontre une procédure disciplinaire [...] »[43].

La conclusion d'un contrat pourrait générer la survenance de conflits d'intérêts. Son contrôle permet de l'éviter. Comme cet avis ne lie pas les contractants, la violation d'une règle de droit sera censurée par le juge de droit commun et non par l'Ordre. Certes, l'ordre exerce une fonction juridictionnelle en matière disciplinaire. Mais la loi ne lui confie pas cette compétence en matière contractuelle. Le juge de droit commun reste compétent pour apprécier toute contestation portant sur cet acte juridique. La Cour de cassation considère en effet que « les règles de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanction disciplinaire et n'entraînent pas à elles seules l'annulation des contrats en infraction à leur disposition »[44]. En revanche, il reste possible à l'ordre d'intervenir sur le terrain déontologique et disciplinaire. Son action ne portera pas sur le contrat mais sur le ou les médecins contractants. Toutefois, si le médecin concerné ne souhaite pas passer outre l'avis du conseil départemental de l'ordre tout en souhaitant contracter dans les termes refusés par ce dernier, il faut considérer que « les conseils départementaux

42 - Sur les contrats-type en droit privé : François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil – Les obligations, précité, n°35 et 202.

43 - Dominique Chelle, Xavier Prétot sur CE 13 mai 1987, Syndicat national professionnel des médecins du travail, précités.

44 - Cass. 1ère civ. 18 avril 1961, Counillon es. Qualité, bull. n°210 ; JCP 1967, II, 12184, obs. J. Savatier.

tiennent de l'article [L 4121-2 du code de la santé publique] le pouvoir de donner un avis ayant le caractère de décision faisant grief sur les contrats qui leur sont communiqués et pour adresser des injonctions à l'encontre des médecins ayant signé des contrats méconnaissant les règles fixées par le code de déontologie »[45].

Cette gestion contractuelle prévisionnelle du conflit d'intérêts s'accompagne, lors de l'exécution du contrat, d'une gestion réactive par la voie de la conciliation. L'article 56 alinéa 2 CDM dispose qu' « un médecin qui a un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du conseil départemental de l'Ordre ». Le défaut de volonté de conciliation constitue à lui seul un manquement déontologique constatant le manque de confraternité d'un médecin. Grâce à ce procédé de recherche d'une conciliation sous son égide, l'ordre se donne les moyens de gérer, au sein de la profession et de son exercice professionnel, un litige d'ordre contractuel traduisant, c'est une possibilité, un conflit d'intérêts. La preuve de l'existence de cette gestion ordinale de la vie du contrat est acquise à la lecture des contrats-type proposés par le Conseil national de l'ordre des médecins. Ainsi, par exemple, le contrat de cession de cabinet comporte une clause à l'article 8 mentionnant que « les parties s'engagent formellement et expressément à soumettre les difficultés qui pourraient survenir entre elles à l'occasion du présent contrat et sans préjudice de toute action civile ou pénale à une commission composée de deux médecins choisis par les membres du conseil de l'ordre, chaque partie désignant le sien ».

Par conséquent, lorsque l'on se place sur le terrain contractuel, il apparaît avec évidence que l'ordre des médecins exerce une mission préventive réglementaire. En ajoutant un pouvoir de proposition déontologique de l'interdit et les compétences disciplinaires pour en assurer le respect, le droit confère un rôle essentiel à l'ordre professionnel. Ce rôle ne vise pas spécifiquement les conflits d'intérêts mais les intègre totalement dans l'appréhension de l'exercice professionnel.

Lorsqu'enfin, il est proposé l'idée que par sa recherche du respect de la règle déontologique, l'ordre détermine les conflits d'intérêts et participe donc à leur création objective, il apparaît naturellement qu'une partie substantielle de la règle déontologique professionnelle vise à contraindre l'existence et la portée du conflit d'intérêts.

La hiérarchisation et la distinction des conflits d'intérêts pouvant survenir lors de l'exercice de la profession médicale constituent une partie du champ de compétence de la déontologie médicale. Elle participe à leur extinction.

45 - CE 25 octobre 1974, Vallon et Allemandou, Droit administratif, 1974, n°414.

LES CONFLITS D'INTERETS DANS LE MONDE DES AFFAIRES

François Terré
Professeur honoraire à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)
Membre de l'Institut

OBSERVATIONS FINALES

Conflits d'intérêts ? L'expression, de prime abord, déroute le juriste. Pourquoi, demande-t-il, ne pas parler tout simplement de conflits de droits subjectifs, puisque, selon la définition habituelle, ceux-ci sont des intérêts juridiquement protégés. Et comme les intérêts ne viennent à son attention que lorsque le droit les régit afin de les protéger et de les canaliser, le conflit pouvant naturellement les affecter disparaît à travers les aménagements du système juridique.

Cette vision commode, toute empreinte de renonciation, hobbesienne en quelque sorte, repose sur une vision trop simplificatrice. En se coulant dans les catégories des droits subjectifs et dans les mécanismes divers qui permettent d'accorder ceux-ci, les intérêts ne cessent pas d'exister, fût-ce comme supports des prérogatives protégées. L'existence de cette protection n'abolit pas l'évacuation des intérêts qui peuvent même réapparaître à ciel ouvert dans de nombreuses situations.

L'approfondissement des analyses doctrinales a permis de comprendre à quel point la distinction du droit et du pouvoir obligeait le juriste à nuancer sa démarche initiale. Le droit processuel révèle bien que l'action en justice est distincte du droit subjectif qu'elle a pour objet de mettre en œuvre, quitte à être elle-même considérée comme l'objet d'un droit distinct. Le lien qui les unit permet, au demeurant, de comprendre une relation en termes d'intérêts, de sorte que l'intérêt – actuel, direct, certain – exigé normalement pour que la demande en justice ne soit pas jugée irrecevable, constitue une notion essentielle de la procédure. Et il est alors évident que les conditions exigées quant à son existence, sa causalité et sa certitude, sont porteuses de distinctions, de compétitions et même de conflits. Il suffit d'évoquer à ce sujet la considération variable de l'intérêt individuel, de l'intérêt collectif et de l'intérêt général.

A cet égard, la réflexion processualiste, si utile soit-elle, doit être dépassée. Plus exactement, elle permet de dégager la notion de pouvoir dont l'utilité se déploie surtout là où un patrimoine est administré ou géré par un autre que son titulaire. Le fonctionnement des groupements personnalisés en constitue la meilleure des preuves. Tout naturellement, leur physiologie s'accompagne aussitôt de la référence à un intérêt

social pouvant entrer en conflit avec l'intérêt personnel des personnes qui dirigent ces groupements. Plus généralement, chaque fois qu'une personne est appelée à administrer le patrimoine d'autrui – le tuteur par exemple -, des intérêts distincts peuvent être en cause. Il est donc tout naturel qu'ils puissent alors entrer en conflit.

L'idée de conflit renvoie elle aussi à beaucoup de manifestations de la vie juridique : conflits de coutumes, conflits de lois, conflits de juridictions..., la liste est longue. Elle ne s'applique pas seulement aux conséquences attachées à la diversité des systèmes, ce qui a trait aux ensembles et aux sous-ensembles qui caractérisent de par le monde la naissance et les évolutions des droits positifs. Et sans doute y a-t-il là matière à comparaison, voire à transposition des raisonnements, jusques et y compris à l'aide de quelque principes de proximité. Plus concrètement encore, sur le terrain des seuls droits subjectifs, les conflits que suscitent les antagonismes trouvent matière à se développer par l'effet de deux données : d'abord le fait que, par rapport à la multitude des intérêts en cause dans une situation donnée, il en est qui se placent malaisément dans les canaux juridiques, l'hésitation qui en résulte pouvant favoriser les heurts ; et puis le statut et le rôle des personnes peuvent s'adapter difficilement à la personnalité juridique et à son unicité. Le droit est allergique au dédoublement de la personnalité, de sorte qu'il n'admet pas le contrat avec soi-même, pas plus que le procès avec soi-même. Mais ce qui est écarté au sujet de la personnalité est d'une certaine manière corrigé en termes de qualité pour agir, qu'il s'agisse d'action ordinaire ou d'action en justice. Et le conflit d'intérêts est alors potentiellement acquis sur la tête d'une même personne là où l'on admet que celle-ci puisse au regard du droit agir alternativement dans une qualité ou dans une autre pouvant être en conflit. La réflexion porte alors aux confins, encore obscurs, de la personnalité et de la capacité, plus précisément de la capacité de jouissance. De celle-ci, certaines personnes sont précisément privées lorsqu'un conflit d'intérêts est de nature à favoriser de leur part des excès ou des abus (ex. : art. 909 c. civ. relatif aux libéralités consenties aux médecins ou ministres du culte au cours de la « dernière maladie » du disposant).

Ainsi le droit positif ne peut se désintéresser des conflits d'intérêts, qu'il y ait unité ou pluralité d'acteurs. On peut penser que la notion de conflit prend même plus de relief dès qu'on l'envisage en deçà ou au-delà de l'écran du droit subjectif. La réflexion devient alors autant sinon plus sociologique que juridique, car il faut replacer le conflit d'intérêts non seulement par rapport aux autres conflits, mais aussi par rapport à des relations interindividuelles de coopération ou de compétition qui s'en distinguent évidemment, mais n'excluent pas des interférences avec les relations conflictuelles. Cela explique les particularismes liés

aux groupes au sein desquels ces dernières relations peuvent apparaître et s'éteindre, qu'il s'agisse de sociétés commerciales (Dominique Schmidt) ou de familles (Henri Hovasse). L'arrière-plan professionnel n'est pas non plus négligeable. Il suscite des réflexions que l'actualité financière a permis de rénover dans cette zone parfois incertaine située entre droit et morale et qui s'appelle déontologie (Benoît Gourisse). Zone propre à susciter des analyses éclairantes non seulement quant aux règles mais aussi quant aux sources et aux caractères de celles-ci, par exemple des règles prudentielles.

Le regard du sociologue porte à rapprocher, et pas seulement à distinguer, ces relations triangulaires qui naissent de la compétition, nécessairement orientée vers un tiers, et du conflit, dont la solution appelle un arbitre. Ainsi la concurrence peut apparaître comme la continuation d'un conflit, mais par d'autres moyens. En elle-même, elle repose sur l'existence d'un conflit d'intérêts, de sorte qu'il ne serait aucunement étrange de comparer avec précision droit de la guerre et droit de la concurrence, malgré tant de différences. Force est d'admettre, c'est le cas de le dire, que le droit s'emploie, dans l'un comme dans l'autre domaine, à apprivoiser la violence. Encore faut-il se demander si ce traitement repose sur la volonté de combattre ou de comprendre les conflits d'intérêts. D'où, sur l'exemple de la démarche théologique, l'examen de la thèse et de l'hypothèse.

La thèse dominante repose sur l'idée suivant laquelle les conflits d'intérêts correspondent à des situations qu'il convient de prévenir et, à défaut, de sanctionner. De là une attention et une vigilance particulières, sitôt que l'on a observé l'apparition et le développement de ces conflits. Il en va ainsi dès qu'une même personne réunit sur sa tête deux qualités génératrices de possibles antagonismes : d'actionnaire ou d'administrateur de société anonyme partagé entre son intérêt personnel et l'intérêt social ; de juge, exposé, dans certaines hypothèses, à sa récusation par le plaideur. Plus généralement, les appartenances d'une même personne à plusieurs groupements d'intérêts suscitent sur et dans sa tête des conflits de normes, inhérents à la pluralité des sociétés particulières au sein de la société globale, ainsi qu'à leurs relations avec celle-ci.

A plus forte raison observe-t-on des conflits d'intérêts entre personnes distinctes se trouvant au sein d'un même groupement particulier, spécialement des actionnaires ou des administrateurs. Le risque de conflit ne peut que croître si les personnes considérées relèvent de deux sociétés particulières distinctes. Les intérêts respectifs de la famille et de la société peuvent être souvent antagonistes, ce qui ne facilite pas nécessairement l'existence de sociétés de famille, notamment dans la perspective diachronique de la transmission des entreprises et des conflits

possibles entre les générations. La répartition des pouvoirs et la détention des actions suscitent dans ces sociétés des difficultés particulières, précisément parce que les conflits peuvent y être, le jour venu, particulièrement aigus. A telle enseigne que le lien de famille peut susciter le soupçon, voire l'interdit relatif à la personne interposée.

Les cercles concentriques entourant l'activité de la personne sont habités, animés par des conflits latents ou ostensibles. Il en est qui tiennent à la vie ordinaire. Il en va ainsi des relations entre piétons et automobilistes, si naturellement liées aux positions des uns ou des autres que celles-ci déterminent leurs mentalités. Lorsque la profession s'en mêle, les antagonismes se manifestent avec une puissance variable, entre le contrôleur – externe ou interne – et le contrôlé, le comptable et le juriste, les avocats ou les juges, les particuliers et les journalistes, les entreprises et les analystes financiers (Yann Paclot), les commissaires aux comptes (Charles-Henry Laprun) ou les responsables des collectivités locales (Isabelle Muller-Quoy). Il faut même élargir au-delà de ces circonscriptions la considération politique et parlementaire des conflits d'intérêts.

Le vaste domaine ainsi exploré a appelé, dans une vision le plus souvent pessimiste, un traitement juridique des conflits d'intérêts en termes de prévention de ceux-ci, au moyen de l'observation (Alexis Constantin). En sont résultées des dispositions relatives à la division des tâches, aux interdictions ou aux incompatibilités. Positivement, le développement et l'orientation destinés à favoriser la juste et l'exacte information des actionnaires et des investisseurs sont essentiels. Elles s'ordonnent en termes de transparence, de complétude et de méfiance au sujet des cumuls d'activités et de mélanges des genres. Des scandales retentissants ont, pendant ces dernières années, nécessité, en France comme à l'étranger, d'importantes réformes dictées directement par un impératif de prévention. C'est pourquoi la recherche d'une indépendance des professionnels exerçant en réseaux plus ou moins amples a donné naissance à des mesures, souvent inspirées d'Outre-Atlantique, qui remettent profondément en cause une règle plus que millénaire, transmise depuis la victoire du libéralisme juridique et suivant laquelle la bonne foi se présume. De là un courant qui, à terme, en se fondant sur l'interprétation des apparences, aboutit à favoriser le royaume du soupçon. Cette évolution marque bien la prévalence d'une attitude hostile aux conflits d'intérêts. Elle n'est, à tout prendre, qu'une étape supplémentaire dans la considération des conflits d'intérêts. Son ampleur traduit un passage accru du côté de la gestion prospective et d'une sorte de préférence accordée aux investisseurs, par rapport aux actionnaires d'autrefois ou d'aujourd'hui.

Le passage de la prévention à la sanction s'opère d'ailleurs dans le même esprit (Corinne Perot-Reboul). La place du juge civil – spécialement du tribunal de commerce – dans la résolution des conflits d'intérêts se révèle importante, non sans une spécificité que la pratique révèle, car le besoin de surmonter avec célérité les antagonismes s'accompagne, le cas échéant, de mesures significatives d'administration judiciaire. Le débat demeure ouvert relativement au droit d'agir en justice des membres d'un groupement lorsque celui-ci répugne à agir en justice en réparation du dommage qu'il a subi du fait de ses dirigeants. Des affaires retentissantes montrent à quel point les conflits d'intérêts mal surmontés perturbent la vie des grands groupes. Il y va du rayonnement de l'action en justice, notamment de l'action *ut singuli*, voire d'un développement, en procédure, des actions collectives, des actions en représentation conjointe et des actions de groupe, sur la voie des *class actions* à l'américaine. Ce développement, actuel ou envisagé, laisse intact, sur le terrain des sanctions, le recours à l'arme pénale qui demeure nécessaire et n'est pas, en la matière du moins, retenue de manière excessive (Haritini Matsopoulou).

Ce qui précède se relie à une attitude consistant à considérer que les conflits d'intérêts révèlent des dangers qu'il convient de prévenir et, si l'un des antagonistes se comporte anormalement, de sanctionner. Ce regard exprime une position délibérément pessimiste face au phénomène traité par le droit. On ne peut pourtant s'empêcher d'émettre une hypothèse à partir de laquelle les données du débat sont inversées. Et si les conflits d'intérêts étaient, après tout, perçus comme des situations normales, inhérentes à l'appréhension juridique des choses ? Dans cette direction de la pensée, l'on en vient même à l'idée que le conflit est inhérent à la démarche du droit, qu'il sert naturellement de terrain à la fixation de celui-ci et que le progrès de son admission et de sa compréhension constitue une amélioration sociale. Cette analyse vaut de manière générale. Elle mérite même d'être retenue tout particulièrement lorsque le conflit survient entre personnes qui ne sont pas étrangères l'une à l'autre et relèvent de groupements – de famille, de voisinage... - au sein desquels des liens assez étroits se sont préalablement noués.

C'est dire qu'il faut appréhender les phénomènes étudiés non seulement en droit, mais en termes de sociologie et de psycho-sociologie. Nul mieux que Georg Simmel ne l'a montré (v. *Le conflit*, trad. franc. éd. Circé, 1992). Evoquant le combat ludique, il a insisté justement sur « la coexistence du principe du combat et de celui de l'union, qui rassemble les contradictions dans une unité, avec une pureté presque aussi grande que celle des concepts abstraits ; ce qui fait clairement apparaître qu'ils ne peuvent être pleinement significatifs et actifs sur le plan sociologique l'un sans l'autre. C'est la même forme qui régit aussi le conflit

juridique, même si les éléments de celui-ci ne sont pas aussi purs, aussi nettement séparés » (*op. cit.*, p. 48).

Là où le conflit d'intérêts – d'intérêts à agir – prend un relief accusé, c'est-à-dire dans le procès, il est clair que l'antagonisme implique entre les adversaires, une part importante d'unité et d'accord. Sans doute, la sociologie du procès porte à distinguer les contestations d'intérêts et les contestations de valeurs. Mais de toute façon, il y a coexistence du conflit et du consensus. Et c'est précisément de leur rapprochement et de leur combinaison que peut découler l'issue naturelle du procès, tout comme l'état de guerre implique à terme le traité de paix. Tout cela n'exclut pas une intensité variable des conflits. Mais l'on retrouve encore là une irréductible communauté de sentiments et d'attitudes. Simmel observe aussi qu' « entre des personnes qui ont beaucoup de choses en commun, les injustices sont parfois plus graves, plus injustes qu'à l'égard de parfaits étrangers » (*op. cit.* p. 59).

Il serait possible de prolonger la réflexion en théorie générale du droit. Pour qui ne considère pas que l'accueil des procès soit la seule fonction de la justice et qu'il lui appartient aussi d'exercer une fonction de dissuasion, la persistance de conflits d'intérêts est peut-être un mal, mais un mal nécessaire. Cette réaction peut évidemment surprendre. A condition d'en établir de sages limites, elle trouve cependant sinon une justification, du moins une explication dans la compréhension du droit en tant que celui-ci n'est pas seulement irénique, mais aussi polémogène (Julien Freund). C'est pourquoi ses comportements face à la violence sont variables. S'il lui appartient naturellement de la combattre, il peut être aussi amené à l'apprivoiser en la juridicisant, voire à lui laisser quelque franchise dans le cadre des comportement sociaux. De toute façon, la réaction première consistant à combattre les conflits d'intérêts en se bornant à nier sinon leur existence, du moins leur utilité, ne peut suffire. Elle oublie une vérité première car de tels antagonismes sont les conditions premières de la socialisation inhérente au droit.

Le congrès d'Amiens a permis justement de prendre conscience de ces données dans le monde des affaires. Ce Janus à combattre, montré en effigie à cette occasion, ne se laisse pas aussi facilement traiter en termes exclusifs de luttes et d'antagonismes aux termes desquels il y aura un vainqueur et un vaincu. Plus peut-être qu'en tout autre domaine de la condition humaine, la controverse est, en droit, l'élément irremplaçable de la vie et du progrès. Si l'on admet que le juridique repose sur une quête ininterrompue et fatalement inachevée d'équilibre, il faut bien en revenir à la pensée des pythagoriciens pour qui « l'harmonie procède absolument des contraires » et qu'elle est « l'union en une seule pensée de pensées qui peuvent exister séparément ».

Table des matières

Avant-propos
Par Véronique Magnier 5

Les associés et les dirigeants sociaux
Par Dominique Schimdt 11
Section I – La relation entre les actionnaires et les dirigeants 12
Section II – La relation entre actionnaires 13

Les conflits d'intérêts d'origine familiale dans les sociétés
Par Henri Hovasse 17
Section I – Les conflits d'intérêts d'origine familiale dans la gestion des sociétés 18
A. Les conventions de famille interdites 19
B. Les conventions de famille contrôlées 20
Section II – Les conflits d'intérêts d'origine familiale dans les cessions de droits sociaux 22
A. Les relations familiales et la moralité des cessions de droits sociaux 22
B. Les relations familiales et l'organisation des opérations de prise de contrôle 23

Les conflits d'intérêts des commissaires aux comptes
Par Charles-Henri Laprun 25

Les conflits d'intérêts des analystes financiers
Par Yann Paclot 31
Section I – Le dispositif destiné à assurer l'indépendance des analystes 34
A. La profusion des textes 34
B. Les moyens retenus 36
Section II – Le dispositif de prévention des conflits est-il suffisant ? 38
A. Une effectivité douteuse 38
B. Les solutions envisageables 39

Conflits d'intérêts et responsables locaux
Par Isabelle Muller-Quoy 41
Section I - La prévention du conflit d'intérêts mettant en jeu des responsables locaux 41
A. Le délicat contrôle des inéligibilités et des incompatibilités 42
1. La signification des inéligibilités et incompatibilités 42
2. Le contrôle du juge électoral 43
B. La multiplicité des prohibitions visant à éviter le conflit d'intérêts en matière patrimoniale et financière 46
1. Le contrôle de la situation patrimoniale des élus 46
2. La diversité des sources d'interdiction 47

Section II - . La sanction du conflit d'intérêts
visant des responsables locaux 48
A. La prise illégale d'intérêts 48
B. Les conseillers municipaux intéressés 50
1. La notion de personne intéressée à l'affaire 51
2. La notion de participation à la délibération 53

Dispositif de préventions des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés
Par Alexis Constantin 57
Section I - Les mesures d'information ayant directement
pour objet certaines situations de conflit d'intérêts 60
A. Les mesures d'information relatives aux rémunérations
des dirigeants sociaux 61
1. S'agissant des rémunérations et avantages versés en cours d'exercice .. 61
2. S'agissant des jetons de présence 64
3. S'agissant des primes d'arrivée, des parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ ou avantages assimilés 64
B - Les mesures d'information relatives aux conventions conclues
entre les sociétés et leurs dirigeants ou certains de leurs associés 65
1. S'agissant des conventions courantes 66
2. S'agissant des conventions réglementées 67
Section II - Les mesures d'information pouvant avoir pour effet
de révéler des situations de conflit d'intérêts 68
A. Le rapport du président sur le fonctionnement du conseil
et les procédures de contrôle interne 69
B - Le droit d'information des administrateurs 70

La déontologie et les conflits d'intérêts : Un point de vue libre d'ancien déontologue
Par Benoît Gourisse 75
Section I – Détecter les sources et prévenir l'expression
des conflits d'intérêts 76
A. Les sources potentielles de conflits d'intérêts 77
B. La prévention par la déontologie 78
Section II - Les limites naturelles et humaines des dispositifs 80
A. Le mythe de l'indépendance 81
B. L'intérêt supérieur de la Banque 83

Conflit d'intérêts, procédure collective et office du juge
Par Corinne Perot-Reboul 85
Section I - Modalités contractuelles du règlement des conflits d'intérêts 86
Section II - Nature processuelle du règlement des conflits d'intérêts 89

Les conflits d'intérêts en droit pénal
Par Haritini Matsopoulou 93
Section I – Les conflits d'intérêts régis par le droit pénal commun 94
A. Les conflits d'intérêts et les personnes privées 94

B. Les conflits d'intérêts entre agents publics et dirigeants d'entreprise ... 97
1. La prise d'intérêts par une personne chargée d'une fonction publique .. 97
2. La prise d'intérêts par un ancien fonctionnaire 101
Section II – Les conflits d'intérêts régis par des textes extérieurs au code pénal 104
A. Les conflits d'intérêts relevant du droit pénal des sociétés 104
1. La répression des conflits d'intérêts par l'abus de biens sociaux 105
2. La répression des conflits d'intérêts dans le commissariat aux comptes ... 109
3. La répression des conflits d'intérêts dans l'utilisation illicite d'informations privilégiées 112
B. Les conflits d'intérêts en matière de procédures collectives 114
1. Les conflits d'intérêts sanctionnés par le détournement d'actif 114
2. La prohibition des conflits d'intérêts par l'incrimination de la «malversation» 116

Conflits d'intérêts, impartialité, incompatibilités
Par Nicole Decoopman 119
Section I - Conflits d'intérêts et impartialité 121
A. Dans le cadre du procès 121
B. Hors du procès 126
Section II - Conflits d'intérêts et incompatibilités 131
A. Des incompatibilités 132
B. ... aux interdictions 135

Les conflits d'intérêts dans les *Principles of corporate Governance*
Par Véronique Magnier 139
Section I – Un domaine élargi 141
A. *Rationae personae* 142
1. Les personnes visées 142
2. L'intérêt en jeu 144
B. *Rationae materiae* 145
1. Les situations typiques de conflits d'intérêts 146
2. Les situations atypiques de conflits d'intérêts 147
Section II – Un traitement assoupli 149
A. La procédure d'autorisation 149
1. La révélation du conflit d'intérêts 149
2. La convention équitable 150
B. Les aménagements procéduraux 153
1. Le régime de la preuve 153
2. La possibilité de régularisation 154

L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales
Par Aida Bennini 155
Section I – L'extension de la sphère conflictuelle à la communauté des associés 157
A. Une extension par l'émergence de contre-pouvoirs 157

B. Une extension par le renforcement légal des droits de l'actionnariat 160
Section II - l'amplification de la sphère conflictuelle au-delà de la communauté des associés 162
A. L'amplification par l'implication des tiers 163
B. Une amplification au fondement économique réaliste 166

Création et gestion du conflit d'intérêts en déontologie médicale. Un exemple aux antipodes du droit des affaires ?
Par José Lefebvre 171
Section I - La création déontologique du conflit d'intérêt 173
A. La hiérarchisation des intérêts organise l'exercice professionnel sans conflit d'intérêts 174
1. Les intérêts supérieurs et extérieurs à l'exercice professionnel 174
2. Les intérêts professionnels 176
B. Les conflits d'intérêts résultant de l'exercice professionnel 177
1. L'exercice professionnel face à la clientèle 178
2. L'exercice professionnel et la source de revenus 181
Section II - La gestion ordinale du conflit d'intérêts 182
A. La gestion par l'interdit 183
1. La connaissance de la règle prohibitive 183
2. Les réponses à la violation de la règle prohibitive 184
B. La gestion par le contrat 185
1. Un rôle réglementaire 186
2. Un rôle consultatif 188

Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires. Observations finales
Par François Terré 191