

ÉTUDES ET COMMENTAIRES



Essai de systématisation des conflits d'intérêts

par Dominique Schmidt, Agrégé des facultés de droit, avocat au barreau de Paris

L'essentiel > Le droit positif n'énonce pas une définition générale de la notion de conflit d'intérêts mais évoque en de nombreuses prescriptions éparées. Considérant la place que cette notion a prise dans la vie économique, financière et publique, un essai de systématisation paraît utile. Cet essai propose d'abord les éléments d'une définition du conflit d'intérêts : la situation dans laquelle l'intérêt d'une personne peut aller à l'encontre d'un autre intérêt qu'elle doit soigner, puis les traits fondamentaux de son régime : prévention, gestion et sanction. L'objectif est de créer ou de maintenir, par un traitement ajusté des conflits d'intérêts, la confiance nécessaire à l'ordre économique.

2

Proposition de définition - Chacun est en droit de rechercher la satisfaction de son intérêt personnel. Parfois, une personne a le devoir de soigner un intérêt autre que le sien ; lors de l'exercice de ce devoir, l'intérêt personnel et l'intérêt à soigner peuvent entrer en opposition ; du fait de cette opposition, ces deux intérêts sont en conflit. En l'absence d'une définition posée par la loi ou admise en jurisprudence ou partagée par la doctrine¹, nous proposons de définir ainsi le conflit d'intérêts : c'est la situation dans laquelle l'intérêt d'une personne (ci-après : l'intéressé) peut aller à l'encontre d'un autre intérêt qu'elle doit soigner.

Plan - Les éléments de cette définition seront précisés (I) avant d'exposer le régime juridique des conflits d'intérêts (II).

I - Les éléments de la définition

La définition proposée se compose de quatre éléments : l'intérêt personnel (A), le devoir de soigner un autre intérêt (B), l'opposition de ces deux intérêts (C) et le risque d'une influence de l'intérêt personnel sur le comportement de l'intéressé (D).

A - L'intérêt personnel

Cet intérêt s'entend de l'avantage que peut retirer l'intéressé de sa position. Celle-ci lui donne le pouvoir et le devoir de soigner un autre intérêt, mais l'exercice de cette mission lui ouvre la possibilité de retirer un avantage personnel. Celui-ci peut

(1) La doctrine a longtemps négligé la question du conflit d'intérêts, mais la question est devenue d'actualité depuis une quinzaine d'années. V. not. P.-F. Cuif, Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, RTD com. 2005. 1 ; Actes du colloque de Deauville, les 1^{er} et 2 avr. 2006, de l'Association Droit et commerce sur « Les conflits d'intérêts », RJ com., n° hors série, 2006 ; Dossier « Conflits d'intérêts », Journ. sociétés, n° 30, mars 2006 ; V. Magnier (ss la dir. de), Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre, PUF, 2006 ; Dossier « Les conflits d'intérêts dans les opérations de marché », Bull. Joly Bourse, n° thématique, nov.-déc. 2008 ; J. Lesueur, Les conflits d'intérêts dans les lois Hadopi I et II, CCE 2009, étude 25 ; Dossier « Conflits d'intérêts en droit financier », Journ. sociétés, n° 62, févr. 2009 ; M. Hirsch, Pour en finir avec les conflits d'intérêts, Stock, 2010 ; J.-B. Auby, Conflits d'intérêts et droit administratif, Dr. adm. 2010, étude n° 24 ; MEDEF, Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise, 2011, disponible sur www.medef.com ; J. Moret-Bailly, Définir les conflits d'intérêts, D. 2011. 1100 ; P. Lingibé, Le point sur les conflits d'intérêts : prise illégale d'intérêt, octroi d'avantage injustifié et notion de conseiller intéressé, AJCT 2012. 609 ; Dossier « Conflits d'intérêts et déontologie », AJDA 2012. 865 s. ; B. Dondero, Le traitement juridique des conflits d'intérêts, entre droit commun et dispositifs spéciaux, D. 2012. 1686 ; J.-M. Sauvé, Les conflits d'intérêts, 25^e Entretiens Jacques Cartier, Association Henri Capitant, Université Jean Moulin-Lyon 3, 20 nov. 2012, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/media/document/discours%20et%20interventions/les-conflits-d-interets-colloque-de-lyon.pdf>. – En droit des sociétés : D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly Ed., 2004 ; V. Magnier, Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés, JCP G 2011, suppl. au n° 52, p. 34.

être d'ordre matériel (par exemple, le mandataire chargé de vendre un bien souhaite l'acheter lui-même, ou le tuteur désire acquérir un bien appartenant à la personne protégée, ou le médecin est tenté de délivrer à son patient une prescription qu'un laboratoire pharmaceutique rémunérera²). L'avantage peut aussi consister à rendre service à un ami ou à un membre de la famille, ou à maintenir une relation d'affaires : pour réaliser cette fin personnelle, l'intéressé peut faire usage du pouvoir attaché à sa mission en contradiction avec l'intérêt qu'il a le devoir de soigner (par exemple, le délit de « favoritisme »³).

B - Le devoir de soigner un autre intérêt

Cet autre intérêt que l'intéressé doit soigner peut être, selon les cas, un intérêt privé, ou un intérêt général ou public. Cette charge peut lui être imposée soit par une convention (le mandataire s'engage à satisfaire l'intérêt du mandant pour le compte duquel il agit), soit par la loi.

Dans certains cas, assez rares, un texte exprès prescrit à une personne d'agir dans un intérêt autre que le sien : l'article 496 du code civil énonce que le tuteur est tenu d'apporter dans la gestion du patrimoine de la personne protégée des soins prudents, diligents et avisés « dans le seul intérêt de la personne protégée » ; l'article L. 533-11 du code monétaire et financier oblige les prestataires de services d'investissement de « servir au mieux les intérêts des clients » et l'article L. 533-22 du même code précise que les sociétés de gestion de portefeuille exercent les droits attachés aux titres détenus par les organismes de placement collectif en valeurs mobilières qu'elles gèrent « dans l'intérêt exclusif des actionnaires ou des porteurs de parts ». Le code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes formule que ce professionnel « exerce une mission d'intérêt général ».

Le plus souvent, l'énoncé du devoir de soigner un intérêt autre que le sien procède non d'une disposition expresse mais de prescriptions empêchant l'intéressé de tirer parti de sa position pour satisfaire son intérêt personnel. Ces prescriptions consistent soit en une interdiction (ainsi, l'art. L. 247-8 c. com. interdit au liquidateur d'acheter tout ou partie de l'actif de la société en liquidation), soit en une obligation de se déporter (l'art. 341 c. pr. civ. invite le juge qui a un intérêt personnel dans la contestation ou qui est lié à une partie à se déporter), soit en une sanction pénale (prise illégale d'intérêt⁴, abus de biens sociaux⁵), soit en l'invalidation de l'acte accompli par l'intéressé (nullité de l'achat réalisé par le mandataire chargé de vendre⁶; nullité de l'acte administratif lorsque son auteur a

manqué aux règles de neutralité, d'indépendance ou d'impartialité⁷; nullité de la délibération majoritaire prise contrairement à l'intérêt social dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité⁸). Dans tous ces cas, la reconnaissance d'un devoir de soigner un intérêt autre que le sien est induite de la prohibition de rechercher l'intérêt personnel au détriment de cet intérêt-là.

Enfin, la jurisprudence a créé en plusieurs matières un devoir de loyauté : notamment en droit des sociétés, les tribunaux retiennent la responsabilité du dirigeant qui manque à son devoir de loyauté envers les associés. Le Rapport annuel 2006 de la Cour de cassation, commentant l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 27 février 1996⁹, précise, en page 312, « La référence au devoir de loyauté des mandataires sociaux envers l'ensemble des associés ne doit pas surprendre. Bien que non inscrit dans les textes, ce principe découle de ce que les mandataires sociaux sont tenus d'agir conformément à l'intérêt social et dans le respect de traitement de l'égalité des associés ». Ce principe de loyauté charge le dirigeant du devoir de soigner un intérêt autre que le sien¹⁰.

C - L'opposition entre l'intérêt personnel et l'autre intérêt

Le conflit d'intérêts se caractérise par une sorte de dilemme : l'intéressé ne peut pas choisir de satisfaire l'un des intérêts sans négliger l'autre. S'il choisit l'un, il porte atteinte à l'autre. Le mandataire chargé de vendre un bien qui renonce à l'acquérir lui-même se prive d'un avantage personnel. Dans certains cas, l'intéressé pourrait revendiquer une convergence des deux intérêts : par exemple, l'élu qui favorise un compétiteur pour l'octroi d'un marché avancera que son intérêt personnel (sa relation personnelle avec ce compétiteur) rejoint l'intérêt général¹¹ : ou encore, le dirigeant qui achète un bien de la société qu'il dirige prétendra que l'opération profite aussi à la société ; mais il apparaît clairement que le seul fait de rechercher cette convergence établit que l'intéressé prend en compte son intérêt personnel pour remplir son devoir de servir l'intérêt d'autrui, ce qui manifeste l'absence d'indépendance et l'existence du conflit d'intérêts¹².

D - Le risque de l'influence de l'intérêt personnel sur le comportement de l'intéressé

Le conflit d'intérêts suppose l'existence d'un intérêt personnel de nature à influencer le comportement de l'intéressé. Cet intérêt doit être suffisamment puissant pour inciter l'intéressé

(2) Art. L. 4113-8 CSP. (3) Art. 432-14 c. pén. (4) Art. 432-12 c. pén. (5) Art. L. 242-6, 3^o, c. com. (6) Art. 1596 c. civ. (7) V. not. CE 11 févr. 2011, n^{os} 319828 et 326062, D. 2011. 2574, obs. A. Laude ; 27 avr. 2011, n^o 334396, AJDA 2011. 1326, concl. C. Landais ; D. 2011. 2574, obs. A. Laude ; RDSS 2011. 483, note J. Peigné ; 21 nov. 2012, n^o 334726. (8) Com. 18 avr. 1961, JCP G 1961. II. 12164, obs. D. B. La doctrine de cet arrêt a depuis lors été confirmée par plus d'une soixantaine d'arrêts de la Cour de cassation. (9) N^o 94-11.241, D. 1996. 518, note P. Malaurie, 591, note J. Ghestin, et 342, obs. J.-C. Hallouin ; RTD civ. 1997. 114, obs. J. Mestre ; RTD com. 1999. 273, étude H. Le Nabasque. (10) V., en dernier lieu, Com. 18 déc. 2012, n^o 11-24.305, D. 2013. 288, note T. Favario. (11) CE 29 juill. 1994, n^o 131562, D. 1995. 245, obs. P. Terneyre. (12) La commission des sanctions de l'AMF a estimé que le manquement aux règles professionnelles relatives à la gestion des conflits d'intérêts est constitué dès lors que « le prestataire a pris en considération, non pas uniquement les intérêts de ses clients, mais aussi les siens propres, qui s'inscrivent dans une logique différente » : Déc. du 30 sept. 2010, BJB 2011, § 50, p. 94, note A. C. Rouaud.

à transgresser son devoir de soigner l'intérêt dont il est en charge. Pour caractériser l'existence d'un conflit, il suffit de constater l'existence d'un tel intérêt personnel et la potentialité du conflit ; il n'y a pas lieu, à ce stade, de se demander quel sera le comportement effectif de l'intéressé ¹³.

Dans le domaine de la fonction publique, il a été préconisé d'aller plus avant et de prendre en compte non seulement la matérialité des faits mais aussi leur apparence : il y a conflit dès lors que l'intérêt personnel est de nature à « paraître influencer » ¹⁴ le comportement de l'intéressé. Ainsi, le rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au président de la République le 26 janvier 2011, retient qu'« un conflit d'intérêts est une situation d'interférence ¹⁵ entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions » ¹⁶.

La description des éléments susceptibles de caractériser un conflit d'intérêts ne préjuge pas le comportement effectif de l'intéressé. Lorsque ces éléments sont réunis, il importe de mettre en œuvre un régime juridique adapté à la situation ainsi caractérisée.

II - Le régime juridique des conflits d'intérêts

Les développements qui suivent n'ont pas pour objet l'analyse juridique des règles qui participent au traitement des conflits d'intérêts. Ils ont pour objet de proposer une classification de ces règles en différentes rubriques, que chacun pourra renseigner, regroupées autour des trois éléments fondamentaux du régime : la prévention (A), la gestion (B) et la sanction (C).

A - La prévention des conflits d'intérêts

La prévention a pour objet soit de contrarier la survenance d'un conflit d'intérêts (1), soit d'obliger l'intéressé à révéler le conflit ou ses intérêts personnels (2), soit d'empêcher l'intéressé de réaliser un acte au détriment de l'intérêt dont il a le soin (3).

1 - La survenance du conflit d'intérêts peut être contrariée par l'édiction d'incompatibilités entre deux activités. Celles-ci sont nombreuses ¹⁷, certaines générales et d'autres ponctuelles ; on peut citer à titre d'illustration l'interdiction faite à un agent public d'exercer une « activité privée lucrative de quelque nature que ce soit » ¹⁸ et celle faite à un commissaire aux comptes d'être nommé dirigeant de la société qu'il a contrôlée au cours des cinq dernières années ¹⁹. Ces mesures font obstacle à la survenance d'un intérêt personnel susceptible de contrarier l'autre intérêt. De façon plus large, le rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique suggère (p. 69) l'adoption d'une loi prévoyant l'obligation pour toute personne concourant à l'exercice d'une mission de service public « de ne pas se placer dans une situation » de conflit d'intérêts ; une disposition analogue figure à l'article 6 du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes. L'objectif de ces mesures consiste à empêcher une personne en charge d'un devoir d'exercer une autre activité qui la placerait alors en situation de conflit d'intérêts ²⁰.

2 - La révélation du conflit d'intérêts et/ou des intérêts personnels constitue une mesure d'importance primordiale : elle a pour objet d'avertir de l'existence d'un risque et de permettre aux personnes exposées de réagir pour la préservation de leurs intérêts.

Pour assurer cette révélation, certains textes créent une obligation de détection des conflits d'intérêts. Ainsi, l'article 313-18 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) impose au prestataire de services d'investissement de prendre « toute mesure raisonnable lui permettant de détecter ²¹ les situations de conflits d'intérêts se posant lors de la prestation de services d'investissement, de services connexes ou de la gestion d'OPCVM » ²². D'autres prescrivent la révélation soit du conflit soit de l'existence d'un intérêt personnel.

Les textes faisant obligation de révéler le conflit d'intérêts concernent notamment les prestataires de services d'investissement ²³, les analystes financiers ²⁴ et les personnes qui diffusent des recommandations d'investissements ²⁵. Ces personnes sont en charge non point seulement de l'intérêt de leurs clients mais également d'un devoir d'objectivité et d'impartialité dont le respect contribue à l'intégrité du marché. Relevons aussi

(13) Cette question relève du traitement du conflit, non de sa définition. (14) V. le rapport annuel 2004 du Service central de prévention de la corruption, p. 26, qui retient les : « ... intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer... » (La Doc. fr., 2005). Dans le même sens, Recommandation du 11 mai 2000 n° R (2000)10 du Comité des ministres sur les codes de bonne conduite pour les agents publics : « intérêt personnel de nature à... paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif des fonctions » ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec\(2000\)10_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec(2000)10_FR.pdf)).

(15) Le mot « interférence » ne nous paraît pas préférable au mot « opposition » retenu ci-dessus sous le § C. En effet, l'interférence signifie « La rencontre de deux ou plusieurs phénomènes qui agissent conjointement, souvent pour se modifier, se renforcer ou se contrarier » (Trésor de la langue française informatisé, v° *Interférence*), alors que l'opposition signifie seulement la contrariété. (16) On relève que le rapport de la commission « Pour un renouveau démocratique » remis le 9 nov. 2012, en son chapitre 3 intitulé « Une stratégie globale de prévention des conflits d'intérêts », ne retient pas l'extension « ou paraître influencer » (p. 84). (17) Le rapport précité « Pour un renouveau démocratique » propose de renforcer les incompatibilités existantes et notamment d'interdire aux parlementaires l'accès à la profession d'avocat en cours de mandat (proposition n° 31). (18) Art. 25 de la loi n° 83-634 du 13 juill. 1983. (19) Art. L. 822-12 c. com. (20) *Nemo in rem suam auctor esse potest*. (21) Aj. art. 313-21-I, 1°, RG AMF. (22) La même obligation de détection pèse sur les membres du marché réglementé (art. 733-5 RG AMF) et sur l'entreprise de marché (art. L. 421-11 c. mon. fin.). (23) Art. L. 533-10-3 c. mon. fin., 3° phrase. (24) Art. 313-26 et 315-5 RG AMF. (25) Art. 315-5 et 329-1 RG AMF ; aj. art. 632-1, al. 2, RG AMF.

l'article L. 225-106-1 du code de commerce qui, au-delà du droit commun du mandat, oblige le mandataire qui reçoit une procuration de vote d'informer son mandant « de tout fait lui permettant de mesurer le risque que [le mandataire] poursuive un intérêt autre que le sien ». Le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées prévoit que : « L'administrateur a l'obligation de faire part au conseil de toute situation de conflit d'intérêts même potentiel »²⁶. La 39^e Résolution du Parlement européen du 29 mars 2012 sur un cadre de gouvernance d'entreprise pour les sociétés européennes énonce que « les conflits d'intérêts, y compris ceux de nature potentielle, devraient toujours être divulgués ». Le rapport précité de la Commission « Pour un renouveau démocratique » préconise d'instituer une « alerte éthique » : il s'agit par là de « compléter la stratégie de prévention des conflits d'intérêts... en permettant aux citoyens eux-mêmes d'y prendre part » (proposition n° 35) ; « Toute personne pourrait adresser une alerte aux déontologues des institutions et administrations dont relèvent les acteurs publics particulièrement exposés au risque de conflits d'intérêts, dès lors qu'elle identifierait un conflit d'intérêts, potentiel ou avéré, mettant en cause l'un de ces acteurs » (p. 106).

Quant à l'obligation de révéler l'intérêt personnel, elle s'étend à maintes situations. Relevons notamment que les dirigeants sociaux font connaître les mandats et fonctions qu'ils exercent dans d'autres sociétés²⁷ et que les membres des Autorités administratives indépendantes déclarent leurs intérêts personnels²⁸. La Cour de cassation exige de l'arbitre la révélation de ses liens, relations ou intérêts avec l'une ou l'autre des parties à l'arbitrage²⁹. L'article L. 1451-1 du code de la santé publique prévoit que les membres des commissions et conseils siégeant auprès des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, à l'occasion de leur nomination ou de leur entrée en fonction, adressent à ces ministres « une déclaration mentionnant leurs liens directs ou indirects avec les entreprises, établissements ou organismes dont les dossiers pourraient être soumis à l'instance dans laquelle ils siègent, ainsi qu'avec les sociétés ou organismes de conseil intervenant dans ces secteurs ». Ou encore, l'article 17 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 impose à l'architecte de « déclarer, préalablement à tout engagement professionnel, au conseil régional de l'ordre ses liens d'intérêt personnel ou professionnel avec toutes personnes physiques ou morales exerçant une activité dont l'objet est de tirer profit, directement ou indirectement, de la construction. L'architecte doit, avant tout engagement professionnel, faire connaître ces liens à tout client ou employeur ». Le rapport précité de la Commission de

réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique préconise (p. 69) d'inscrire dans la loi l'obligation pour les titulaires d'emplois « comportant des responsabilités d'une importance particulière » de déclarer leurs intérêts matériels ou professionnels en relation avec la fonction occupée³⁰.

La révélation du conflit d'intérêts ou de l'intérêt personnel représente la mesure la plus importante du régime de ces conflits. Elle est utilement complétée par les interdictions de passer certains actes.

3 - Les interdictions de passer certains actes

Ces interdictions sont ponctuelles et ont pour objet d'empêcher que l'intérêt personnel puisse conduire l'intéressé à conclure des conventions ou à recevoir des avantages au détriment de l'intérêt dont il a la charge. A titre d'exemple, l'article 1596 du code civil pose cinq dérogations au principe de liberté de vendre ou d'acquérir dans des hypothèses caractéristiques de conflits d'intérêts ; ou encore, le médecin ne peut recevoir des avantages procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale³¹. Le tuteur se voit interdire d'accomplir, même avec autorisation, certains actes susceptibles de porter atteinte aux droits de la personne protégée³². Dans le même sens, on peut citer l'article 25 du statut général des fonctionnaires qui prohibe la « prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance ». Et encore, l'article L. 161-44 du code de la sécurité sociale interdit aux membres de la Haute autorité de santé (HAS) de détenir des intérêts de nature à compromettre leur indépendance³³. Le notaire ne peut pas s'intéresser dans une affaire pour laquelle il prête son ministère³⁴.

En certains cas, la passation d'un acte peut être soumise à une autorisation : le dirigeant qui contracte avec la société qu'il dirige doit obtenir « l'autorisation préalable » du conseil d'administration³⁵ ; l'agent commercial doit recueillir l'accord de son mandant avant d'accepter la représentation d'une entreprise concurrente³⁶.

Toutes ces mesures de prévention ont pour objet d'entraver la survenance d'un risque de conflit d'intérêts. Lorsque ce risque se réalise, il y a lieu de gérer le conflit.

(26) AFEP-MEDEF, Code de gouvernance des sociétés cotées, 2008, n° 17, p. 21. (27) Art. L. 225-102-1 et R. 225-83 c. com. (28) Art. 14, III, de la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978, mod. par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, concernant la CNIL ; art. L. 612-10 c. mon. fin., concernant l'Autorité de contrôle prudentiel ; art. L. 621-4, I, du même code, concernant l'AMF ; art. L. 461-2, al. 3, c. com., concernant l'Autorité de la concurrence. (29) Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, deux arrêts, nos 09-68.997 et 09-68.131, D. 2010. 2589, obs. X. Delpech, et 2938, obs. T. Clay ; RTD com. 2012. 518, obs. E. Loquin. (30) Dans le même sens, V. le rapport préc. « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », propositions nos 21, 25, 26 et 30. (31) Art. L. 4113-6 CSP. (32) Art. 509 c. civ. (33) Rapp. l'art. 54 du règlement (CEE) n° 2309/93 du Conseil du 22 juill. 1993. (34) Art. 13, 4^e, du décret n° 45-0117 du 19 déc. 1945 pris pour l'application du statut du notariat. (35) Art. L. 225-38 c. com. Sur les lacunes et les insuffisances de ce régime, V. D. Schmidt, Des « conventions réglementées » à la publication des transactions entre parties liées, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, Dalloz, 2012. (36) Art. L. 134-3 c. com.

B - La gestion du conflit d'intérêts

La gestion du conflit d'intérêts consiste à prendre toutes mesures nécessaires pour éviter que le conflit emporte un dommage. Il appartient au premier chef à l'intéressé de le gérer. Il faut dès lors saluer la prescription générale énoncée par le code monétaire et financier visant tous les prestataires de services d'investissement leur imposant de « prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher les conflits d'intérêts de porter atteinte aux intérêts de leurs clients »³⁷. En application de ce texte, l'AMF a formulé des règles notamment³⁸ dans le cadre des articles 313-20 et suivants de son règlement relatifs à la « politique de gestion des conflits d'intérêts », exigeant que cette politique soit fixée par écrit et soit appropriée au regard de la taille, de l'organisation, de la nature et de la complexité de l'activité du prestataire. En particulier, cette politique doit « définir les procédures à suivre et les mesures à prendre en vue de gérer ces conflits »³⁹. La méthode que ces textes mettent en place nous paraît excellente : la loi et le règlement ne peuvent pas prévoir toutes les situations et les mesures qu'elles requièrent ; aussi convient-il de reporter sur les professionnels la tâche et la responsabilité de gérer les conflits d'intérêts de telle façon que leurs clients ne subissent aucun préjudice.

Le droit commun ne connaît pas une prescription aussi générale que celle énoncée par l'article L. 533-10 du code monétaire et financier, ce que l'on peut regretter⁴⁰. En revanche, il contient des dispositions éparses qui obligent l'intéressé à s'abstenir : le juge en situation de conflit d'intérêts doit se déporter⁴¹ ; les membres du collège de la HAS doivent soit démissionner de leurs fonctions, soit se défaire des intérêts qu'ils détiennent dans des établissements ou entreprises intervenant dans les domaines de compétence de l'Autorité⁴² ; l'expert-comptable doit dénoncer le contrat qui les lie à son client dès la survenance d'un événement susceptible de le placer dans une situation de conflit d'intérêts⁴³ ; les membres des commissions des Autorités administratives indépendantes ne peuvent participer à une délibération concernant une entité dans laquelle ils exercent ou ont exercé une fonction ou un mandat⁴⁴ ; l'administrateur d'une société anonyme doit s'abstenir de participer au vote de la délibération qui concerne

son intérêt personnel⁴⁵ ; l'actionnaire ne peut voter sur l'approbation de la convention qu'il a passée avec la société⁴⁶ ou sur l'approbation de son apport en nature ou de son avantage particulier⁴⁷.

Dans d'autres hypothèses, le conflit d'intérêts sera géré au moyen de l'intervention d'un expert indépendant⁴⁸, ou sera soumis à l'accord des parties⁴⁹, et souvent ne sera pas géré du tout : ainsi, la Cour de cassation reconnaît au gérant majoritaire de la société à responsabilité limitée le droit de voter en assemblée sur le principe et sur le montant de sa rémunération⁵⁰.

Dans la fonction publique, les rapports précités des commissions « Réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique » (p. 91) et « Pour un renouveau démocratique » (proposition n° 33) préconisent la création d'une Autorité de déontologie de la vie publique qui exercerait une mission de contrôle des déclarations individuelles d'intérêts et d'activités remises par les acteurs publics visés et soumises aux déontologues, « tiers référents de proximité », qui seraient mis en place auprès des différentes institutions ou administrations.

C - La sanction du conflit d'intérêts

La sanction d'un conflit d'intérêts peut frapper l'intéressé et/ou l'acte accompli.

L'intéressé agissant sous l'empire d'un conflit d'intérêts peut être sanctionné à divers titres. D'une part, les professionnels qui méconnaissent leurs obligations encourent des sanctions disciplinaires pour n'avoir pas mis en place une procédure de prévention et de gestion des conflits : on vise ici les prestataires de services d'investissement⁵¹ et les personnes soumises à un code de déontologie ou à des incompatibilités les astreignant à empêcher la réalisation du conflit. D'autre part, les personnes convaincues d'abus de biens sociaux, d'abus de pouvoir, de prise illégale d'intérêts, de « favoritisme » encourent des sanctions pénales. Enfin, peut être recherchée la responsabilité civile de l'intéressé qui, par son action, aura fautivement agi au détriment⁵² de l'intérêt qu'il a le devoir de soigner⁵³.

(37) Art. L. 533-10, 3°, c. mon. fin. Rapp. l'art. L. 421-11 du même code concernant les entreprises de marché. (38) Pour les conseillers en investissements financiers, V. l'art. 325-8 RG AMF. (39) Art. 313-21 RG AMF. (40) L'art. 43 du projet de réforme du droit des contrats, qui pose une définition bien étroite du conflit d'intérêts et fulmine une nullité inadaptée, ne contient aucune disposition d'ordre général sur la gestion de ces conflits. (41) *Nemo iudex in re sua*. – Art. 341 c. pr. civ. – Sur la partie adverse nommée aux fonctions de juge, V. Civ. 2°, 23 sept. 2010, n° 09-17.114, D. 2011. 271, obs. N. Fricero. (42) Art. R. 161-86 CSS. (43) Art. 157 du décret n° 2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expertise comptable. (44) V. les textes cités *supra*, note 28. (45) AFEP-MEDEF, préc., n° 17, p. 21. (46) Art. L. 225-40, al. 4, c. com. (47) Art. L. 225-10 c. com. (48) Art. 261-1 et s. RG AMF. (49) Art. 7, al. 1^{er}, du décret n° 2005-790 du 12 juill. 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat. Rapp. art. 43 du projet de réforme du droit des contrats. (50) Com. 4 mai 2010, n° 09-13.205, D. 2010. 1206, obs. A. Lienhard, et 2804, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2010. 222, note A. Couret ; RTD com. 2010. 563, obs. C. Champaud et D. Danet. (51) Par arrêt du 11 févr. 2011, n° 316508, le Conseil d'Etat confirme la sanction prononcée à l'encontre d'une banque en relevant notamment l'absence d'un « dispositif efficace permettant de prévenir d'éventuels conflits d'intérêts ». (52) Sur la nécessité d'un dommage et non simplement d'un « risque de conflit d'intérêts » pour justifier un licenciement pour faute, V. Soc. 21 sept. 2006, n° 05-41.155, D. 2006. 2901, note H. K. Gaba, et 2007. 181, obs. C. Mathieu-Géniaut ; RDT 2006. 315, obs. E. Dockès ; RTD civ. 2007. 114, obs. J. Mestre et B. Fages. (53) Civ. 1^{re}, 8 juill. 2009, n° 08-16.153, D. 2009. 1971, obs. V. Egéa, 2063, obs. N. Auroy, et 2010. 2125, obs. J.-J. Lemouland ; AJ fam. 2009. 352 ; RTD civ. 2009. 698, obs. J. Hauser. Sur la responsabilité civile de l'actionnaire majoritaire qui prend une délibération caractérisant un abus de majorité, Com. 6 juin 1990, Bull. Joly 1990. 782, note P. L. C. ; D. 1992. 56, note J.-Y. Choley-Combe ; Rev. sociétés 1990. 606, note Y. Chartier ; RTD com. 1990. 592, obs. Y. Reinhard.

L'acte accompli sous l'empire d'un conflit d'intérêts est exposé à l'annulation : l'article 1596 du code civil vise cinq cas de nullité ; plus largement, une action en nullité pour dol est ouverte au plaignant qui démontre qu'il n'aurait pas contracté s'il avait connu la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouvait son cocontractant ⁵⁴ ; l'article L. 225-41 du code de commerce prévoit la possibilité d'annuler la convention non autorisée emportant des conséquences dommageables pour la société ; les délibérations des assemblées générales prises contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les intérêts des actionnaires majoritaires peuvent être annulées ⁵⁵ ; le rapport de l'expert judiciaire « inféodé » à l'une des parties est annulé ⁵⁶ ; le code général des collectivités territoriales déclare illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en

a fait l'objet ; les décisions administratives prises sous l'influence d'un participant personnellement intéressé sont sujettes à annulation ⁵⁷.

Synthèse - Le traitement des conflits d'intérêts n'a pas pour vocation première de « moraliser » les acteurs de la vie économique ou publique ; son objectif est de créer ou de maintenir la confiance nécessaire à l'ordre économique et la loyauté dans les échanges. Cet objectif, peut-être ambitieux, requiert un consensus sur une définition du conflit d'intérêts et sur les traits fondamentaux de son régime : prévention, gestion, sanction. Les mesures mises en œuvre dans le cadre de ce régime paraissent hétérogènes : cela tient au statut, à la fonction ou à la mission des intéressés et à la nécessité de régir au plus près chaque situation ; cette diversité enrichit le régime en lui conférant une utile flexibilité.

(54) Civ. 2^e, 13 avr. 1972, n° 70-12.774, rejetant le pourvoi contre un arrêt annulant pour dol un compromis, une partie ayant ignoré que l'arbitre nommé par l'autre partie avait donné une consultation juridique favorable à cette dernière. (55) V. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, préc., p. 313 à 339, n°s 318 à 345. (56) Crim. 25 sept. 2012, n° 12-82.770, AJ pénal 2012. 659, obs. C. Renaud-Duparc. (57) V. les arrêts cités *supra*, note 7.