

Le conflit d'intérêts

**Extraits des rapports annuels du
Service Central de Prévention de la Corruption
(SCPC)**

RAPPORT 2004

**La séparation - Définition du conflit d'intérêts -
Le conflit d'intérêts dans le secteur public**

RAPPORT 2005

Le conflit d'intérêts dans le secteur privé

INTRODUCTION

De la séparation

L'union fait la force, mais ne serait-ce pas plutôt la désunion qui rythmerait la vie ?

Cette remarque peut paraître inattendue, mais la séparation semble ancrée au plus profond de nous, comme si elle appartenait à la nature humaine.

Dans le cadre des activités de formation qu'il déploie, le Service central de prévention de la corruption a eu la chance d'être sollicité par Dominique de Courcelles pour participer à l'enseignement dont elle est chargée dans le groupe HEC, dans le cadre du mastère de Management du développement durable.

Directrice de recherche au Centre national de la recherche scientifique, membre du Collège international de philosophie et également chargée d'enseignement à l'Ecole polytechnique, département des Humanités et Sciences sociales, Dominique de Courcelles, informée des réflexions du service sur la séparation et, par voie de conséquence, le conflit d'intérêts, a bien voulu rédiger les réflexions qui suivent, fruit de celles qu'elle mène à HEC et à l'Ecole polytechnique.

Une éthique de la séparation : De soi à l'autre, de la dignité particulière aux projets politiques communs.

Il n'y a pas de vie, il n'y a pas de monde possible sans séparation ni distinction, nous apprend la Bible au commencement du livre de la Genèse'. La création du monde est l'effet d'une parole divine qui distingue et nomme: « Dieu dit... »². Avant cette prise de parole divine, avant la domination du monde par la voix divine, l'Etat du monde est caractérisé par l'absence de vie, la ténèbre, l'abîme ou masse indifférenciée des eaux primordiales³. C'est donc par distinction, par séparation que s'effectue la création. La lumière est la première création, lumière visible, mais également lumière de vie. Le firmament est la deuxième création, consistant en un élément plat ou voûté retenant les eaux supérieures. Dans les deux cas, la parole de création à partir de rien : « Que la lumière soit ! » (1, 3), « Qu'il y ait un firmament au milieu des eaux [...] Dieu appela le firmament "ciel" » (1, 6), est immédiatement suivie de l'acte de séparation souligné par l'acte de nomination : « Dieu sépara la lumière de la ténèbre. Dieu appela la lumière "jour" et la ténèbre "nuit" » (1, 4) ; « Dieu fit le firmament et il sépara les eaux inférieures au firmament d'avec les eaux supérieures. Il

1 Le livre de la Genèse résulte d'un travail littéraire qui s'est poursuivi durant plusieurs générations et se trouve lié à d'autres récits cosmogoniques, tels ceux de la Babylonie où le dieu Mardouk crée le monde en triomphant de Tiamat, c'est-à-dire des puissances du chaos, selon le récit de la création Enouma Elish. Dans l'Egypte ancienne, également, l'action créatrice de Dieu est l'effet d'une parole.

2 Toutes les citations de la Bible sont extraites de la traduction œcuménique de la Bible, Ed. du Cerf, 1980.

3 Tiamat est très précisément la masse informe des eaux primordiales.

en fut ainsi. Dieu appela le firmament "ciel" » (1, 7-8). La terre est alors créée par séparation d'avec la mer : « Que les eaux inférieures au ciel s'amassent en un seul lieu et que le continent paraisse ! Il en fut ainsi. Dieu appela "terre" le continent; il appela "mer" l'amas des eaux» (1, 9-10). Toute la création s'ordonne ainsi par séparation, par distinction, qu'il s'agisse des astres du jour et de la nuit, des plantes et des animaux, « chacun selon son espèce ».

La création de l'homme, après la création du monde, s'effectue, selon la parole divine, « à notre image, selon notre ressemblance » (1, 26). C'est ainsi que l'homme est défini par rapport à Dieu, en une séparation qui est aussi conformité. Le terme « ressemblance » atténue ce que le terme « image » suggère de trop matériel. Il est remarquable que, si Dieu donne un nom au jour et à la nuit, au ciel, à la terre et à la mer, il ne donne pas de nom aux animaux qui sont soumis à l'homme ni aux plantes qui lui sont données. Toute cette œuvre de création par séparation et distinction est jugée bonne : « Dieu vit tout ce qu'il avait fait. Voilà, c'était très bon » (1, 31). Voir, c'est alors saisir immédiatement à distance et par la distance. C'est se servir de la séparation, comme un moyen d'immédiation.

Dans le deuxième récit de la création, qui fait suite immédiatement au premier, Dieu plante un jardin en Eden et y place l'homme qu'il a formé à partir de la poussière prise du sol, ce qui donne à l'homme qui doit cultiver le sol des enracinements cosmiques ; au milieu du jardin, Dieu fait germer l'arbre de vie et « l'arbre de la connaissance du bonheur et du malheur », c'est-à-dire l'arbre du savoir qui permet d'être heureux ou malheureux, l'arbre du discernement de caractère universel qui permet de juger de tout. De tous les arbres, l'homme peut se nourrir, sauf de ce dernier. Manifestant son discernement et son pouvoir, l'homme donne des noms différents aux différentes espèces d'animaux. La soumission du monde passe par la médiation du langage qui distingue et sépare, comme elle passe par la médiation du travail qui transforme. Le monde dans lequel est placé l'homme est donc marqué par la séparation, par la différence entre les arbres autorisés et les arbres interdits, entre le sol désertique et le sol cultivé, et par le manque. L'homme constate la séparation. Puis Dieu endort l'homme et crée la femme à partir d'une côte de l'homme. La femme est donc créée par séparation d'une partie du corps même de l'homme. L'homme en la nommant la déclare à la fois proche et séparée de lui; elle est ishsha, tandis que lui-même est ish. Cette nomination constitue aussi sa propre et première prise de parole jubilatoire : « L'homme s'écria » (2, 23). C'est alors qu'arrive dans le texte l'histoire du péché originel. Le péché originel s'inscrit dans la continuité événementielle de la création du monde par la puissance divine.

Le péché originel est très précisément une histoire de la tentative humaine insensée d'indifférenciation, de non-distinction, alors que la création du monde, en tant qu'énergique et vitale création, est un effet de

la parole divine de distinction et de séparation. « Vous serez comme des dieux », promet le serpent. La femme et l'homme mangent alors du fruit défendu, transgressant le commandement divin. Ce récit de transgression est destiné à établir qu'il y a une origine première du bien et que le mal trouve partiellement son origine radicale dans la transgression libre d'un commandement divin par un couple humain, le serpent ayant déjà perverti la parole divine. Confrontés à la différence sexuelle marquée par l'apparence des corps, l'homme et la femme veulent la dénier en couvrant leurs corps de vêtements. Découvrant l'ampleur de leur finitude, ils se cachent devant Dieu. C'est ainsi que le péché casse l'articulation de la différence et de la ressemblance ; la séparation est désormais mal vécue, éprouvée comme douloureuse contradiction et atteinte à soi, refusée. L'homme constate la séparation, il veut la coïncidence et l'indifférenciation. Les trois tentations du Christ par le diable, au commencement de sa vie publique, selon l'évangéliste Luc (Luc 4), confirment que le péché est une volonté de régresser à l'état d'indifférenciation : le diable propose au Christ l'économie de la médiation du travail pour obtenir du pain, l'économie de la médiation du temps pour obtenir tout, tout de suite, l'économie de la mort et de l'échec pour quêter la toute puissance. Or le monde est caractérisé par le temps et par l'espace, par l'échec et par la mort, par la non-coïncidence avec l'origine divine. Il convient de construire ses relations au cosmos et aux autres dans la reconnaissance du manque propre ou des différences, ou des séparations, ou des contradictions constitutives de soi.

Les anciens Grecs nous apprennent qu'au commencement de l'histoire des hommes, c'est-à-dire de l'histoire des Grecs, il y a un enlèvement, un arrachement. La belle Europe, enlevée à son milieu originnaire par Zeus sous la forme d'un taureau blanc, franchit le détroit des Dardanelles. Le passage de la mer permet la découverte d'un rivage nouveau, ignoré. La séparation est au principe du développement de l'histoire des hommes et de leur pensée. Par séparation, par transport, métaphoriquement, la belle Europe dit plus qu'elle ne dit en sa matérialité, plus que ce que l'on croit savoir. La rencontre avec la matérialité de la lettre du corps de la femme séparée de son origine crée en effet un nouveau monde, l'Europe. Les Grecs inventent l'histoire et la philosophie. L'identité européenne naît grâce à la métaphore, comme la pensée philosophique grecque travaille en jouant sur les mots des métaphores qui séparent, arrachent le sens. Nicole Loraux a souligné que le corps, le contact, l'écriture sont exhibés dans le discours platonicien pour mieux faire croire à l'âme, à la séparation radicale de l'âme et du corps, au logos, la ruse étant d'assigner à l'âme un toucher comme son geste le plus sien, quitte à faire passer tout cela au compte de la métaphore ; c'est ainsi que les Grecs sont complètement séparés des barbares⁴ et l'Europe du reste du monde.

⁴ Nicole Loraux, « Le retour de l'exclu », dans *Le Passage des frontières : autour du travail de Jacques Derrida*, Paris, Ed. Galilée, p. 151-159.

Etant au principe de l'histoire, la séparation est aussi au principe du langage. « Parler comme écrire nous engage dans un mouvement séparateur, une sortie oscillante et vacillante », note Maurice Blanchot dans L'Entretien infini⁵. Et plus loin il explique : « Il y a langage, parce qu'il n'y a rien de "commun" entre ceux qui s'expriment, séparation qui est supposée dans toute vraie parole... Je pense à cette affirmation d'Apollon, lorsque, par la bouche du poète Bacchylide, il dit à Admète : Tu n'es qu'un mortel ; aussi ton esprit doit-il nourrir deux pensées à la fois... Qu'est-ce qu'il est demandé à Admète par le dieu ? Peut-être rien de moins que de secouer le joug du dieu et de sortir enfin du cercle où il demeure enfermé par la fascination de l'unité... ne pas craindre d'affirmer l'interruption et la rupture, afin d'en venir à proposer et à exprimer - tâche infinie - une parole vraiment plurielle... Ainsi nous dissuadant plutôt que nous persuadant viennent vers nous les textes brisés d'Héraclite.⁶ » Pour les Grecs, comme déjà pour les hommes de la Bible, le chaos est l'indifférence fusionnelle sans rivage, d'où tout regard se détourne, refusant de se laisser atteindre par la lumière visible et vitale, séparatrice de jour et de nuit, séparatrice des formes. Or, lorsque les hommes découvrent la multiplicité de leurs lieux et de leurs temps, lorsqu'ils pensent et parlent, nécessairement ils affirment leur particularité, ont le désir de se communiquer les uns aux autres leur particularité et leur vérité, parce qu'ils sont essentiellement séparés. « Platon définit précisément la pensée ainsi [...] C'est à travers la multiplicité empirique des hommes pensants que circulerait le langage qui effectivement se parle », explique Emmanuel Lévinas⁷. Philosophie et poésie s'inscrivent dans la distinction. Et Maurice Blanchot dit encore : « Il faut essayer dépenser l'Autre, déparier en nous rapportant à l'Autre, sans référence à l'Un, sans référence au Même.⁸ » Telle est la condition pour nourrir deux pensées à la fois et être véritablement un homme. La séparation est au principe de la pensée, au principe de la philosophie, au principe de l'humanité.

Dans la seconde moitié du XVI^e siècle, Giordano Bruno, par sa formation à la fois théologique, philosophique et cabalistique, est un modèle de l'humaniste de la Renaissance. Sa liberté d'esprit et son refus d'entériner les dogmes établis l'amènent à être condamné par l'Eglise et à périr sur le bûcher. Dans un petit livre intitulé Des liens, vers 1590, l'humaniste remarque que c'est, paradoxalement, grâce à la séparation effective des hommes et de chaque élément de la création qu'un système de correspondances est établi entre microcosme et macrocosme, entre l'homme et l'ensemble de la création. Cette transmigration d'une même matière en diverses formes et figures, le recours continu à de nouvelles

⁵ Maurice Blanchot, *L'Entretien infini*, Paris, Gallimard, 1969, p. 39.

⁶ Maurice Blanchot, *op. cit.*, p. 79, 113, 115-116.

⁷ Emmanuel Lévinas, *De Dieu qui vient à l'idée*, Paris, Librairie philosophique Vrin, 2^e éd. 1986, p. 216.

⁸ Maurice Blanchot, *op. cit.*, p. 95.

sortes de nœuds produisent un dynamisme, une énergie qui constituent et renouvellent la vie même en ses différents aspects politiques, sociaux, philosophiques, affectifs. « Je suis lié par plusieurs liens, je sens plusieurs êtres qui me lient [...] pour telle raison ou telle autre [...] La nature [...] dissémine les liens de la beauté, de l'agrément, de la bonté, et les diverses affections qui leur sont contraires, pour les faire paraître dans les multiples parties de la matière de manière distincte et séparée.⁹ » Il est important que l'homme soit lié à plusieurs objets, bien distincts et séparés, afin de garder sa liberté de jugement et son indépendance de décision. L'homme responsable, doué de discernement pour lui-même, pour les autres et pour le monde, est un homme qui renonce à l'illusion de l'indifférenciation et de la toute puissance, qui sait distinguer et classer ses objets, qui sait se garder des intérêts mêlés ou unifiés, qui sait gérer la contradiction, par exemple entre les exigences de l'amitié et celles de la justice. Toute société humaine est une société capable de développer à la fois des liens et des contradictions. Dans cette perspective, Emmanuel Lévinas affirme : « La pensée pensante ne serait que le recueillement et le rangement [...] des choses en ordre.¹⁰ »

Si la séparation, l'arrachement sont posés au principe de toute affirmation et de tout affermissement de l'être humain, au principe de toute humanité et de tout humanisme, cette liberté ainsi acquise marque aussi l'avènement de l'humilité, l'acceptation de la contradiction, le souci de l'Autre qui fait les communautés et les Etats. La conscience personnelle vive de la contradiction, de la séparation est bien apte en effet à susciter le discernement social, politique, religieux, etc., qui permet de satisfaire les exigences des uns sans léser trop considérablement celles des autres. Toutes les grandes religions et sagesse soulignent que la contradiction assumée souvent difficilement et douloureusement est la condition de l'élévation et de la purification des individus et des sociétés. Le premier meurtre dans la Bible est celui d'Abel par son frère Caïn, qui ne supporte pas la différence, qui n'assume pas la contradiction entre soi et son autre, qui n'assume pas la responsabilité de cette contradiction. Tuant Abel, il s'enfuit et est condamné par Dieu à l'errance, à la solitude et à la peur, et c'est le troisième frère, Seth, qui fondera la société des hommes. Au début du Contrat social, Jean-Jacques Rousseau formule ainsi la question de l'articulation entre la liberté personnelle et le souci de l'autre : « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant : tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution." » C'est dans cette perspective que

⁹ Giordano Bruno, *Des liens*, Paris, Ed. Alla, 2001, p. 11-12.

¹⁰ Emmanuel Lévinas, « Le dialogue : conscience de soi et proximité du prochain », *op. cit.*, p. 215.

¹¹ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, I, 6.

L'on peut analyser l'exemplaire instauration en Afrique du Sud de la démocratie et de la république, au sens de la nature commune du pacte fondé sur la souveraineté du peuple. Tandis que l'apartheid avait refusé la séparation et la différence en vidant la citoyenneté et le territoire blancs de toute présence noire, en remplaçant la nationalité sud-africaine des Noirs sud-africains par des nationalités tribales, la commission Vérité et Réconciliation, fondée en juillet 1995, est destinée à entendre les « atteintes graves aux droits de l'homme », les dépositions des victimes et celles des perpetrators, c'est-à-dire des criminels. Elle donne la liberté de parole aux victimes, elle montre la force morale des faibles, capables de dire la violence, ce qui est un geste de « restauration de la dignité humaine » des victimes ; elle offre ensuite aux perpetrators l'occasion de montrer comment, dans leur capacité à rendre compte librement de leurs actes, ils sont « dignes » de l'amnistie et sont eux-mêmes « restaurés ». Jetant « un pont historique entre le passé d'une société profondément divisée [...] et son avenir, fondé sur la reconnaissance des droits de l'homme, sur la démocratie »¹², la Commission consacre la séparation entre ces deux temps et permet la dynamique de la vie et de la pensée du pays. C'est ainsi que le nouveau corps citoyen de l'Afrique du Sud peut savoir, par l'arrachement à son origine d'apartheid que constitue en tant que tel la prise de parole dans le cadre de la Commission, par le respect des différences citoyennes, d'où il tire son origine et ce qui est arrivé, et il peut ainsi éviter une reprise des abus. Ainsi s'élabore une vérité efficace. Les intérêts de chacun sont bien distingués et respectés par l'Etat ; la loi ne saurait plus se confondre avec les intérêts des plus forts. Le rapport de la Commission, lié en partie aux conceptions bibliques, est solennellement remis par l'archevêque anglican du Cap, Mgr Desmond Tutu, au Président Nelson Mandela en octobre 1998. « Le rapport Vérité et Réconciliation, écrit Philippe-Joseph Salazar, éditeur du texte, est un texte qui possède la vivacité d'une instauration politique... il donne, d'un seul tenant, son histoire et les histoires de ceux dont il exprime, en en représentant les récits, le vouloir vivre-en-commun. La réconciliation sud-africaine clôt sur elle la tradition de la volonté générale inaugurée par Rousseau[...] La longue somme des récits avère ce que doit être la nature véritablement publique du savoir politique [...] Le Rapport fonde et formule la dernière république. »¹³

C'est ainsi qu'une éthique de la séparation, de la distinction, de la contradiction, élaborée dans la Bible, prolongée en Grèce, reprise par les humanistes de la Renaissance, aujourd'hui illustrée en Afrique du Sud,

¹² *Vérité, réconciliation, réparation*, sous la direction de Barbara Cassin, Olivier Cayla et Philippe-Joseph Salazar, Paris, Éd. du Seuil, « Le genre humain », 2004, introduction par Maurice Olender, p. 8

¹³ *Amnistier l'apartheid*, travaux de la commission Vérité et Réconciliation, sous la direction de Desmond Tutu, prix Nobel de la paix, édition et introduction établie par Philippe-Joseph Salazar, Paris, Éd. du Seuil, « L'Ordre philosophique », 2004, p. 73.

est profondément réaliste. La séparation est bien au principe de toute vie particulière, de toute humanité, de toute citoyenneté. La liberté, impliquée par la séparation, par la distinction, par la contradiction, vient en échange d'une vérité mise en commun, consensuelle, appropriable par la communauté ou les communautés citoyennes qu'elle contribue à fonder. Il y a là une forme d'humanité mutuelle qui fait que ce qui blesse l'un atteint l'autre, que la justice exige que soient distingués, partagés, séparés les privilèges et les faveurs, que les conflits d'intérêts ne sont pas acceptables. La particulière dignité de chaque être humain peut seule ouvrir l'avenir à des projets politiques communs.

Au vu de cette brillante analyse, il n'est donc pas étonnant que nous vivions dans une culture de séparation. Le mot revient sans cesse, de manière récurrente dans nos propos ou nos écrits, mais avec des sens différents.

La séparation est souvent associée à des événements difficiles de la vie : la séparation d'un être cher, la dislocation d'un couple. Elle est inéluctable, comme inscrite dans l'ordre des choses : ce sont les enfants qui quittent leurs parents pour « vivre leur vie ».

Le Code civil lui-même organise la répartition des biens entre les époux en réglementant le régime matrimonial de la séparation des biens, mais aussi en réglementant la dissolution du couple par le divorce ou la séparation de corps. Les époux vont vivre séparés, non seulement entre eux mais aussi alternativement de leurs enfants qui vont eux-mêmes souffrir de la situation.

Il y a dans ces séparations une notion de sanction, d'échec, en tout cas une connotation négative qui se concrétise parfois physiquement. On a connu le mur de Berlin qui séparait en deux parties une ville écartelée entre l'Allemagne de l'Ouest et l'Allemagne de l'Est. On connaît aujourd'hui le mur édifié en Cisjordanie. Mais, inversement, la séparation peut mener à l'unification ou à la réunification, et c'est bien ce qui a déclenché des scènes de liesse en Allemagne lors de la chute du mur de Berlin. Enfin, elle traduit aussi une recherche de protection. Tel est le cas des fortifications, en particulier de la Muraille de Chine, dont l'utilité a d'ailleurs évolué avec le temps.

La séparation, qui n'est pas étrangère aux lois de la physique, évoque aussi le mélange, puisque lui seul peut mener à elle : séparer le bon grain de l'ivraie ou les composants d'une substance. Elle est couramment et inconsciemment utilisée dans les tâches ménagères grâce aux lois de la force centrifuge. Mais parfois le mélange est impossible : c'est le cas de l'eau et de l'huile, dont la séparation est inéluctable ou le mélange est difficile à éviter : il faut du doigté pour séparer le blanc et le jaune d'un œuf.

INTRODUCTION

Bref, ce mot anodin, en raison de ses multiples acceptions, est finalement révélateur de la complexité qui fait la richesse de notre langue, d'autant qu'il a dans le langage juridique une signification toute particulière qui lui donne, de façon contrastée par rapport à ce qui vient d'être écrit, un aspect positif, sauf bien entendu lorsqu'il permet l'utilisation dévoyée du droit, comme en matière de sociétés écran. Il est en effet associé à la notion de protection des libertés, même si le cloisonnement qui en résulte a des inconvénients, aggravés par notre culture du secret non partagé, notamment au regard de l'intelligence économique qui suppose collaboration des services et échange d'informations.

Il s'agit, bien évidemment, de la théorie de la séparation des pouvoirs élaborée par Montesquieu, mais aussi par Locke, philosophe, humaniste et médecin anglais, rarement cité, tout du moins en France. Celle-ci vise à séparer les différentes fonctions de l'Etat (exécutive, législative et judiciaire) afin de limiter l'arbitraire et empêcher les abus liés à l'exercice de missions souveraines.

Cette théorie a imprégné depuis le XVIII^e siècle notre culture et l'organisation administrative du pays. Elle n'est pas étrangère à la centenaire séparation de l'Eglise et de l'Etat et se décline dans de nombreuses institutions, par une expression particulièrement éloquente : on ne peut être à la fois juge et partie. Elle fait écho à l'adage immortalisé par l'Evangile de saint Matthieu : « *Personne ne peut servir deux maîtres à la fois. Vous ne pouvez donc pas servir Dieu et l'argent* » (6, 22). Il convient de remarquer ici, dès les origines, la référence à l'argent.

C'est ainsi, par exemple, car il est impossible d'être exhaustif et ce n'est pas le propos de cette introduction, que dans les procédures judiciaires pénales les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement sont séparées, que dans l'ordre juridictionnel administratif il y a une séparation entre les fonctions juridictionnelles et les fonctions administratives, que dans les finances publiques on distingue les ordonnateurs et les comptables. Enfin, la théorie de la séparation des pouvoirs explique le régime des incompatibilités qui régissent l'ensemble de nos procédures, qu'elles soient constitutionnelles, administratives, judiciaires, commerciales...

La bonne gouvernance de l'entreprise impose, comme dans le monde de la finance, la mise en place de « murailles de Chine », c'est-à-dire la séparation des fonctions de décision, d'audit et de contrôle, en professant plus généralement que ceux qui certifient les comptes d'une entreprise ne peuvent y avoir des intérêts financiers.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est emparée de cette question de la séparation des pouvoirs ou des fonctions et a développé une abondante jurisprudence sur le « tribunal impartial », voire de l'apparence d'impartialité. Elle imprègne notre procédure et régit la composition des

juridictions, en application de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial...* ». Cette notion de tribunal impartial est reprise dans le texte de la Constitution européenne actuellement en cours d'adoption dans les différents pays de l'Union.

La séparation des pouvoirs et des fonctions, les incompatibilités, l'impartialité, la limitation des cumuls de fonctions ou de mandats sont des notions qui tendent à éviter les conflits d'intérêts lorsqu'une personne a des intérêts personnels qui entrent en conflit ou risquent d'entrer en conflit avec les devoirs de ses fonctions. Comprendre cette notion fondamentale dans le processus de corruption, c'est prévenir toute dérive. En faire une synthèse exhaustive, c'est la raison même de l'existence du Service central de prévention de la corruption.

CHAPITRE I^{er}

Le conflit d'intérêts

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

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

Il convient donc de définir cette notion¹⁴ et d'indiquer quels « outils » ou quelles « bonnes pratiques » peuvent permettre de réduire les risques de conflits d'intérêts ou de mieux gérer ceux que l'on rencontre. Ensuite, des exemples pratiques¹⁵ tirés des secteurs public et privé permettront d'illustrer les problèmes spécifiques à différentes catégories d'acteurs ainsi que les régulations mises en œuvre.

I. - LA NOTION DE CONFLIT D'INTÉRÊTS

1. DÉFINIR LE CONFLIT D'INTÉRÊTS

1.1. Les définitions existantes

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

La recommandation n° R (2000)10 du Comité des ministres [du Conseil de l'Europe] aux Etats membres sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée par le 11 mai 2000 lors de la 106^e session, indique en son article 8 que « *l'agent public doit éviter que ses intérêts privés entrent en*

¹⁴ En s'inspirant des travaux du Conseil de l'Europe et de ceux de l'OCDE, notamment « *Managing conflict of interest in the public service* », *OECD Guide Lines and Country Experiences*, 2003.

¹⁵ Ces exemples proviennent de la synthèse des mémoires suivants :

- Julie Petit, *Le Conflit d'intérêts dans le secteur public*, université de Paris-X, Nanterre ;
- Marion Pontille, *Les Conflits d'intérêts des professionnels de justice*, université Jean-Monnet de Saint-Etienne ;
- Oriane Normand, *Les Conflits d'intérêts et le PDG [d'une société anonyme] : sanctionner et prévenir*, université Jean-Monnet, Paris-XI

conflit avec ses fonctions publiques. Il est de sa responsabilité d'éviter de tels conflits, qu'ils soient réels, potentiels ou susceptibles d'apparaître comme tels ».

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

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

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

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

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

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

Cette notion de conflit d'intérêts ne doit pas être limitée au secteur public, il est possible d'adapter la définition et d'en étendre son application au secteur privé. Dans ce cas, on pourrait considérer que : « Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre privé, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées par cet organisme ».

1.2. Les différents types de conflits d'intérêts

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

Le conflit réel

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

Le conflit apparent

Le conflit peut être « apparent » si le risque n'existe pas en réalité, parce que les intérêts personnels d'ordre privé n'existent pas réellement, ou que les faits en cause ne sont pas certains : l'agent « semble posséder » des intérêts. Une enquête minutieuse est donc nécessaire pour lever tous les doutes. On devra, notamment, vérifier que les fonctions de l'agent ne sont pas incompatibles avec sa situation personnelle, qu'il ne commet pas d'irrégularités ou qu'il ne fait pas preuve de mauvaise foi dans sa façon d'exercer ses responsabilités. Tant que ces faits ne sont pas prouvés, l'agent reste confronté à un conflit d'intérêts apparent, et il ne devrait pas pouvoir être mis en cause.

Le conflit potentiel

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

1.3. La notion d'« intérêt personnel »

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

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

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

1.4. L'exercice « impartial et objectif » des fonctions ou des responsabilités

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

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

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

1.5. Conflit d'intérêts et corruption

Le lien entre le conflit d'intérêts et la corruption n'est pas évident et immédiat. L'agent public exerce l'autorité de l'Etat et occupe des fonctions

qui influent sur les droits et les intérêts des citoyens. Dans le secteur privé, l'agent occupe des fonctions qui ont des répercussions sur l'activité et la survie de l'entreprise ou de l'association à laquelle il appartient.

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

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

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

2. GÉRER LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

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

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

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

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

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

2.1. Le « désinvestissement »

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

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

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

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

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

2.2. La récusation

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

Dans la réalité, cette possibilité de transfert de responsabilité n'existe pas toujours ; en effet, dans certains cas, le transfert ne peut s'effectuer que vis-à-vis de personnes possédant des capacités particulières mais qui présenteront elles aussi une situation de conflit d'intérêts. Parfois aussi, la récusation n'est pas une solution satisfaisante pour l'organisme lui-même,

car elle irait à l'encontre des mesures administratives et des procédures mises en place pour garantir l'intégrité des décisions prises en son nom, et, de ce fait, elle pourrait compromettre une réputation d'intégrité établie de longue date.

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

2.3. Prévenir les conflits d'intérêts

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

L'identification de ces situations de conflits d'intérêts ne peut se faire qu'en demandant, à la fois à l'agent et à sa hiérarchie, de répondre précisément à deux questions¹⁶ : De quelles fonctions ou missions l'agent est-il responsable ? Possède-t-il des intérêts privés de nature pertinente ? Les réponses obtenues permettent d'identifier la nature du conflit prévisible.

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

2.4. Identifier les principaux domaines à risques

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

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

¹⁶ Voir sur ce point le document « Gérer les conflits d'intérêts dans le service public » adopté lors de la 29^e session du Comité de la gouvernance publique de l'OCDE, qui s'est tenu à Paris les 15 et 16 avril 2004.

Dans tous ces cas, après avoir identifié le ou les risques, l'organisme doit définir des règles strictes et des procédures susceptibles d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts, ou tout au moins gérer ceux qui pourraient survenir. Le comportement attendu de la part des agents est inscrit, dans des lois¹⁷ parfois complétées par des codes de déontologie concernant des professions particulières (pour le secteur public) ou dans des codes d'éthique ou de déontologie de l'entreprise (pour le secteur privé).

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

2.5. La déclaration d'intérêts

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

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

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

2.6. Les mesures de contrôle et de prévention

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

¹⁷ Le « statut de la fonction publique » est, en France, un bon exemple de ce type de lois qui définissent les droits et les devoirs des fonctionnaires. Le « guide de comportement » élaboré par le ministère de l'Équipement complète le statut tout en laissant aux agents l'entière responsabilité de leurs décisions finales. D'autres « codes de conduite » (Direction générale des impôts, par exemple) sont plus précis et indiquent aux agents ce qu'ils doivent ou ne doivent pas faire dans diverses circonstances.

indûment perçues à la radiation de l'administration, assortie ou non des sanctions pénales applicables.

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

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

- une autorisation par des dispositions législatives particulières ;
- une formation spéciale des contrôleurs pour garantir leur efficacité ;
- une information de l'ensemble du personnel de l'organisation pour éviter une influence néfaste et négative sur le personnel non corrompu qui redouterait d'être accusé par erreur.

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

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

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

Des exemples vont nous permettre d'apprécier la manière dont la question du conflit d'intérêts a été traitée dans le domaine de la fonction publique en France et chez les professionnels de justice : magistrats,

avocats, notaires, mandataires de justice... En outre, ont été abordés les conflits lors de l'attribution des prix littéraires ou de l'élaboration des guides de restaurants.

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

II. - LE CONFLIT D'INTÉRÊTS DANS LE SECTEUR PUBLIC : L'EXEMPLE DE L'ADMINISTRATION FRANÇAISE¹⁸

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

La Révolution française est la période durant laquelle a émergé la notion de « fonctionnaire ». Il s'agit d'un concept assez large, qui englobe des fonctions très diverses mais qui concerne uniquement les personnels disposant de prérogatives de puissance publique. Ainsi, seuls les ecclésiastiques, les administrateurs, les juges, les officiers et les notaires sont qualifiés de fonctionnaires. En revanche, les agents des administrations centrales tels que les chefs de bureau, les secrétaires et commis sont désignés sous le terme d'« employés¹⁹ ». La période révolutionnaire réaffirme et remet en vigueur les valeurs traditionnelles : fidélité, moralité, honnêteté, notamment.

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

¹⁸ Etude réalisée en utilisant le mémoire de DESS d'administration publique *Le Conflit d'intérêts dans le secteur public*, soutenu au titre de l'année universitaire 2003-2004 à l'université de Paris-X, Nanterre, par Mlle Julie Petit.

¹⁹ A.M. Patault, « Les origines révolutionnaires de la fonction publique : de l'employé au fonctionnaire », *Revue historique de droit français et étranger*, 1986, p. 389-405.

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

- interdiction des dons d'étrennes, gratifications et cadeaux dès 1789 ;
- réglementation des marchés publics en 1793 ;
- détermination, en 1791, des premières incompatibilités, par exemple, entre un emploi de fonctionnaire et une situation de faillite ;
- obligation de déclarations de patrimoine des fonctionnaires et percepteurs en 1793 ;
- adoption en 1794 de la règle de non-cumul : « *Aucun citoyen ne peut exercer ou concourir à l'exercice d'une autorité chargée de la surveillance médiate ou immédiate des fonctions qu'il exerce dans une autre qualité.* »

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

1. LE STATUT GENERAL DES FONCTIONNAIRES

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

C'est sous le régime de Vichy²⁰ que les obligations du fonctionnaire sont codifiées. Cependant, ce statut ne sera jamais appliqué, en raison principalement de l'hostilité de la haute administration et de l'absence de mesures d'application²¹. Jusqu'en 1946, les devoirs des agents publics figurent donc dans des textes épars, d'origine législative ou réglementaire, adoptés au coup par coup, sans souci d'harmonie ni d'homogénéité²². Ont ainsi été, notamment, promulgués le décret-loi du 4 avril 1934 interdisant la participation des fonctionnaires aux organismes de direction des sociétés commerciales, ou encore la loi du 29 octobre 1936 restreignant les

²⁰Loi du 14 septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires civils de l'Etat et des établissements publics de l'Etat, *JO* du 1^{er} octobre 1941, p. 4211. Les dispositions de ce statut et les obligations générales des fonctionnaires seront étendues aux fonctionnaires communaux par le décret n° 2541 du 9 septembre 1943 publié au *JO* du 14 septembre 1943, p. 2415.

²¹ D. Jean-Pierre, *L'Ethique du fonctionnaire civil*, LGDJ, 1999.

²² *Ibid.*

possibilités de cumuls d'emplois et de rémunérations. Ces textes s'ajoutent à la loi du 6 octobre 1919 qui précise que les fonctionnaires doivent respecter un délai minimum de cinq ans à compter de leur cessation de fonctions avant de pouvoir prendre des participations dans des entreprises qu'ils ont été amenés à surveiller durant l'exercice de leurs fonctions.

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

Les obligations essentielles s'imposant désormais aux fonctionnaires sont diverses : désintéressement, discrétion professionnelle, loyauté et intégrité, notamment.

Le désintéressement

Les statuts interdisent « à tout fonctionnaire, quelle que soit sa position, d'avoir, par lui-même ou par personne interposée et sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service, des intérêts de nature à compromettre son indépendance.²³ » Un règlement d'administration définit les activités privées qu'un fonctionnaire ne peut exercer, après sa cessation définitive de fonctions, pendant des délais variables allant de deux à six ans. Pendant les mêmes délais, il ne peut prendre de participation financière dans des entreprises en relation avec son ancien service. Enfin, il ne peut cumuler une activité privée avec une fonction publique que dans les limites fixées par le décret du 29 juin 1936. L'obligation de désintéressement affecte également l'activité professionnelle privée du conjoint du fonctionnaire, qui doit faire l'objet d'une déclaration auprès de l'administration.

La discrétion professionnelle

La discrétion professionnelle s'applique à « tout ce qui concerne les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions²⁴ ». Elle se traduit aussi dans le fait que les

²³ Article 8 du statut de 1946, article 8-2 du statut de 1959 et article 4 du décret de 1955.

²⁴ Article 13 du statut de 1946, article 10-1 du statut de 1959 et article 8-1 du décret de 1955.

fonctionnaires sont « *tenus au secret professionnel dans le cadre des règles édictées par le Code pénal* ». Cette disposition vise, comme les précédentes, à éviter tout risque de conflit d'intérêts. Au-delà de cette recommandation d'ordre général, les informations classées « secret défense nationale » font l'objet de prescriptions particulières.

La loyauté et la neutralité

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

L'intégrité

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

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

2. LES RESTRICTIONS D'ACCÈS À CERTAINES FONCTIONS

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

2.1. Interdiction de cumuler activité lucrative et emploi de fonctionnaire

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

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

Le système comporte un certain nombre d'exceptions qui sont fixées par le décret-loi du 29 octobre 1936, dont l'essentiel des dispositions reste toujours en vigueur²⁵. En dehors de la libre production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques, les fonctionnaires peuvent effectuer des expertises ou donner des consultations sur la demande d'une autorité administrative ou s'ils y sont autorisés par le ministre ou le chef de l'administration dont ils dépendent. Ils peuvent, dans les mêmes conditions, être appelés à donner des enseignements ressortissant à leur compétence. L'exercice de telles activités suppose donc l'autorisation écrite ou verbale du supérieur hiérarchique du fonctionnaire.

²⁵ Voir l'instruction du gouvernement de l'époque du 15/06/1937 pour l'application du décret de 1936, *JO* du 19/06/1937, p. 6862.

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

Il faut noter que cette exception profite surtout aux universitaires, car le Conseil d'Etat considère que le contenu et le niveau des cours dispensés permet de regarder l'exercice d'une profession privée comme découlant de la nature de leurs fonctions²⁶. A l'inverse, un avocat peut être professeur de droit, le professionnel pouvant apporter une vision concrète par des exemples éclairant la pure théorie. Toutefois, si les professeurs des facultés de droit peuvent exercer la profession d'avocat, c'est à la condition de ne pas plaider contre l'administration. Il s'agit là d'une interdiction permanente et absolue, qui ne souffre aucune dérogation. Cette dernière doit être étendue aux professeurs de droit, qui donnent des consultations aux gouvernements étrangers ou plaident devant les cours et tribunaux internationaux, sauf autorisation préalable donnée par le ministre compétent²⁷.

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

Enfin, concernant le secteur médical, il faut signaler que la loi du 27 janvier 1987 a réintroduit à l'hôpital le « secteur privé »²⁸ qui permet aux médecins des hôpitaux publics de déroger à l'interdiction d'exercer une activité privée lucrative. Cette dérogation les autorise ainsi à recevoir, à titre privé, leurs patients dans les locaux mêmes de l'établissement public, à faire assurer leur secrétariat, à s'entourer de collaborateurs appartenant à la fonction publique hospitalière et, enfin, à utiliser le matériel de l'établissement pour des opérations relevant du secteur privé. L'explication

26 Voir par exemple, CE, 24/11/1982, « M. Delpy », D.A., 1983, n° 21.

27 Article 3, alinéa 5, du décret de 1936.

28 Il avait été supprimé en 1982.

d'une telle mesure accordée aux médecins hospitaliers réside très probablement dans la volonté des pouvoirs publics de retenir à l'hôpital des médecins de qualité. Précisons tout de même que les médecins concernés doivent reverser une partie de leurs recettes en contrepartie de l'utilisation des locaux et matériels.

2.2. Incompatibilités et inéligibilités

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

Les cas d'inéligibilité du fonctionnaire

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

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

Les cas d'inéligibilité aux élections locales prévus par le Code électoral sont nombreux. En effet, les possibilités d'influence sont plus fréquentes à ce niveau en raison de la plus grande proximité existant entre la population et le fonctionnaire futur élu et aussi de son implication possible dans la gestion locale. Le contrôle des élections locales incombe aux juridictions administratives qui l'effectuent de façon très pragmatique, puisqu'elles examinent, concrètement, la réalité des attributions des agents et des emplois occupés et ne se contentent ni des titres ni de l'interprétation

littérale du Code électoral. Il est essentiel pour le juge de rechercher si le fonctionnaire occupe de véritables fonctions d'autorité et s'il est, par conséquent, en mesure d'exercer une influence réelle sur les électeurs.

Les agents salariés communaux qui, au jour du scrutin, travaillent effectivement pour la commune sont inéligibles aux élections municipales. Cependant, ce type d'inéligibilité ne se prolonge pas après la cessation des fonctions de l'agent. Le juge administratif veille à l'application du régime des inéligibilités. S'il ne reconnaît pas la qualité d'agents salariés aux fonctionnaires recevant une indemnité de la commune, il considère comme inéligibles des agents dont les fonctions et la rémunération sont parfois modestes²⁹.

Sont également inéligibles aux élections municipales les comptables des deniers communaux. Ne peuvent se présenter aux élections dans le département où ils exercent leurs fonctions les agents de la comptabilité publique, les fonctionnaires des impôts, ainsi que, dans certains cas, les agents des douanes³⁰.

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

Les régimes d'incompatibilités

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

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

²⁹ C'est le cas d'un appariteur-afficheur, CE, 13/12/1989, « Elections municipales de Saint-Jean-le-Blanc », req. n° 10-7583.

³⁰ D. Jean- Pierre, *op. cit.*

Le Code électoral rappelle que l'exercice de fonctions publiques non électives est incompatible avec un mandat de député et de sénateur. Le Conseil constitutionnel estime toutefois que cette règle ne s'applique pas aux personnes exerçant des fonctions de président et de membre du conseil d'administration, de directeur général et de directeur général adjoint des entreprises et établissements publics régionaux ou locaux, ainsi qu'aux agents qui exercent des activités de conseil de manière permanente auprès de ceux-ci (alors qu'elle s'applique pour les mêmes individus membres d'entreprises nationales ou d'établissements publics nationaux). De plus, le Code électoral, en ce qui concerne les fonctionnaires, prévoit expressément une exception importante au régime des incompatibilités, au bénéfice des professeurs titulaires de chaires ou chargés de direction de recherche. Une telle exception est justifiée au nom du principe de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur reconnue³¹ par le Conseil constitutionnel.

De manière générale, si le fonctionnaire est élu, il dispose d'un délai de huit jours, à compter de son entrée en fonction³², pour opter entre son activité professionnelle et son mandat. S'il choisit une carrière politique, il est placé de plein droit en position de disponibilité, avec droit à réintégration dans son corps à l'expiration de son mandat, mais il ne pourra bénéficier d'aucune promotion ou nomination³³.

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

- les fonctions de préfet, de sous-préfet et de secrétaire général de préfecture, ainsi que celles de fonctionnaire des corps actifs de police sont incompatibles avec les fonctions de conseiller municipal ;
- le mandat de conseiller régional est jugé incompatible avec les fonctions d'agent salarié de la région et des établissements publics et agences créées par elle³⁴ ;
- les agents des administrations financières ayant à connaître de la comptabilité communale, de l'assiette, du recouvrement, du contrôle de tous impôts et taxes ne peuvent être maire ou adjoint, ni en exercer même temporairement les fonctions, dans toutes les communes qui, dans leur département de résidence administrative, sont situées dans le ressort de leur service d'affectation³⁵.

Ces incompatibilités ne font pas double emploi avec les inéligibilités. Ces dernières ne valent que dans le ressort où le fonctionnaire exerce ses fonctions, tandis que le champ d'application de l'incompatibilité demeure

31 C.C, 83-165 DC, 20/01/1984, « Libertés universitaires », rec. 30.

32 Ou de la décision du Conseil constitutionnel, s'il y a eu contestation de l'élection.

33 CE, avis 6/12/1958, et CE, avis 29/11/1961.

34 Article L. 343 du Code électoral.

35 Article L. 2122-5 du Code des collectivités territoriales.

beaucoup plus large. Ainsi, même s'il n'existe aucune législation réprimant explicitement les conflits d'intérêts, les fonctionnaires et agents publics se trouvent encadrés par un certain nombre d'obligations et de restrictions qui permettent d'éviter qu'ils ne se trouvent dans une telle situation.

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

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

Le « pantouflage³⁶ » consiste, pour un fonctionnaire, à quitter temporairement ou définitivement ses fonctions publiques afin d'occuper un poste dans le secteur privé. La réglementation de cette pratique, intéressante *a priori* aussi bien pour l'administration que pour le secteur privé, n'a pas pour objectif de dresser entre la fonction publique et le secteur privé une barrière infranchissable, mais seulement d'en limiter les abus. Les circulaires d'application précisent, en effet, que « *pour des motifs éthiques autant que juridiques, les règles régissant le passage d'agents publics dans le secteur privé, si elles ne doivent pas mettre obstacle par principe à ce passage, doivent éviter ceux des départs qui seraient critiquables au regard tant de l'impératif d'impartialité qui s'impose aux agents publics, que de la dignité des fonctions qu'ils exercent*³⁷ ».

3.1. Le rôle des commissions de déontologie

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

Aujourd'hui, il existe une commission pour la fonction publique de l'Etat, une pour la fonction publique territoriale, une pour la fonction

³⁶ Voir aussi le rapport du SCPC pour l'année 2000, p. 51 à 72.

³⁷ Circulaire du 17/02/1995, *JO* du 19/02/1995, p. 2719 ; circulaire du 10/07/1995 pour la fonction publique hospitalière, *JO* du 12/07/1995, p. 10423 ; circulaire du 19/03/1996 relative à la commission de déontologie pour la fonction publique territoriale, *JO* du 23/03/1996, p. 4503.

publique hospitalière et, depuis 1996³⁸, une commission particulière pour les militaires. Les différentes commissions sont placées auprès du Premier ministre, auquel elles doivent remettre un rapport annuel d'activité.

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

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

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

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

- incompatibilité lorsque l'activité privée envisagée par le fonctionnaire n'est pas compatible avec la fonction publique précédemment exercée ;
- compatibilité sous réserve, qui permet d'opposer une incompatibilité à un agent dont le projet ne soulèverait de difficulté que s'il était mis en œuvre dans certains lieux ou selon certaines modalités³⁹ :

38 Décret n° 96-28 du 11/01/1996.

39 La réserve permet ainsi d'interdire l'exercice dans ces lieux (en général, le ressort de l'ancien service) ou bien selon ces modalités (en général, les contacts avec l'ancien service ou le conseil à des personnes soumises au contrôle de l'ancien service). Aujourd'hui, la technique de la ...
(suite p. 45)

- compatibilité entre l'activité privée envisagée et la fonction publique précédente.

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

3.2. Les décisions rendues par les commissions de déontologie

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

Les incompatibilités en raison des liens passés avec l'entreprise

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

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

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

39 (*suite*) réserve étant connue dans les administrations, il arrive fréquemment que le demandeur propose spontanément d'apporter un certain nombre de restrictions à son activité privée ou de l'exercer selon certaines modalités. Les commissions ne sont toutefois pas tenues par ces engagements ; elles peuvent considérer qu'une réserve plus sévère est nécessaire ou bien, à l'inverse, que toute réserve est inutile.

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

Les incompatibilités en raison des liens futurs avec l'entreprise

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

- ces activités portent atteinte à la dignité desdites fonctions ;
- ou risquent de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service⁴⁰.

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

La dignité des fonctions est interprétée de manière restrictive et un avis d'incompatibilité n'est donné que lorsque l'activité envisagée est interdite par la loi et passible de sanctions pénales. Un cas typique concerne l'activité de magnétiseur, parce qu'elle constitue un exercice illégal de la médecine⁴¹. Il en va de même pour un gardien de la paix exerçant ses fonctions au sein d'un commissariat de police et désireux de créer un salon de tatouage dans la même ville. Selon la Commission, cette activité est incompatible avec les fonctions précédentes car susceptible de porter atteinte à la dignité de celles-ci⁴². En revanche, l'activité d'astrologue ne porte pas atteinte à la dignité des fonctions d'un ancien agent de l'Agence nationale pour l'emploi⁴³.

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

40 Article 1-1-2° du décret du 17/02/1995, précité.

41 Voir à ce sujet l'avis n° 99.A0867 du 20/12/1999 : incompatibilité concernant une demande faite par un agent des impôts souhaitant devenir magnétiseur-tradipraticien à titre libéral, car cette activité, interdite par l'article L. 372 du Code de la santé publique, qui réprime l'exercice illégal de la médecine, serait de nature à porter atteinte à la dignité de ses fonctions précédentes. Voir aussi : Commission de déontologie de la fonction publique d'Etat, 7^e rapport d'activité, 1999, La Documentation française, Paris, 2000, p. 40.

42 Avis n° 01.A0498 du 17/05/2001, Commission de déontologie de la fonction publique de l'Etat, 7^e rapport d'activité, 2001, p. 52, précité.

43 Avis n° 99.A0286 du 22/04/1999, Commission de déontologie de la fonction publique d'Etat, 5^e rapport d'activité, 1999, La Documentation française, Paris, 2000, p. 40.

dans le même secteur d'activité et dans le même ressort territorial que lors de ses fonctions antérieures.

La Commission a souvent recours à la technique des réserves pour encadrer les modalités d'exercice de l'activité privée en liaison avec les administrations d'origine. Il est demandé à l'intéressé de s'abstenir d'avoir des relations d'affaires avec son ancien service. Il est également demandé de ne pas avoir de relations professionnelles avec des personnes physiques ou morales avec lesquelles l'agent a été en contact dans ses anciennes attributions, afin que l'on ne puisse pas considérer qu'il s'est « constitué une clientèle » grâce à son passage dans l'administration. Enfin, aux agents en service dans des corps de contrôle ou des juridictions, il est demandé de s'abstenir de traiter des affaires relevant ou ayant relevé de la compétence de leur ancien service, afin qu'ils ne se trouvent pas confrontés à leurs anciens collègues⁴⁴.

Ainsi, à titre d'exemple, une activité de gérant d'une société d'investissement immobilier dans une région est incompatible avec des fonctions de conseiller à la chambre régionale des comptes, l'intéressé étant nécessairement amené à avoir des contacts avec les collectivités territoriales ou organismes soumis au contrôle de ladite chambre⁴⁵.

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

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

Parmi les outils permettant de lutter contre les conflits d'intérêts figure la déclaration de patrimoine à laquelle sont tenus certains fonctionnaires et

44 Commission de déontologie de la fonction publique d'Etat, 8^e rapport d'activité, 2002, p. 45.

45 Avis n° 02.A0708 du 19/09/2002, *ibid.*, p. 46-47.

élus. Il s'agit de faire état, à différentes phases d'une carrière, de l'inventaire de son patrimoine personnel.

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

Le système des déclarations de patrimoine a été mis en place par deux lois du 11 mars 1988⁴⁶, parallèlement à l'instauration d'un régime juridique du financement des campagnes électorales et des partis politiques. Le but de la législation est de s'assurer que l'exercice d'un mandat ou d'une fonction publique n'a pas fourni l'occasion d'un enrichissement illicite de la personne intéressée.

Ces lois concernaient à l'origine uniquement les candidats à l'élection présidentielle, les membres du gouvernement, les parlementaires et certains élus locaux dotés de responsabilités exécutives. La loi organique du 19 janvier 1995⁴⁷ et la loi ordinaire du 8 février 1995⁴⁸ ont complété ce dispositif sur trois points : élargissement du champ d'application, renforcement des modalités du dépôt de déclaration et instauration de la Commission pour la transparence financière de la vie politique comme organe unique de contrôle (ou CTFP).

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

4.2. Les modalités du contrôle du dépôt de la déclaration

Le contrôle du dépôt des déclarations de patrimoine relève exclusivement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique. Le bilan qui peut être fait à l'heure actuelle montre que, globalement (élus et dirigeants d'organismes publics pris ensemble), les délais de dépôt des déclarations sont mieux respectés que dans le passé, les mises en

46 Loi n° 88-226 du 11/03/1988 relative à la transparence financière de la vie politique, *JO* du 12/03/1988, p. 3288, et loi n° 88-227 du 11/03/1988 relative au même objet, *ibid.*, p. 3290.

47 Loi organique n° 95-63 du 19/01/1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement, *JO* du 20/01/1995, p. 1041.

48 Loi n° 95-126 du 8/02/1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du gouvernement et des titulaires de certaines fonctions, *JO* du 9/02/1995, p. 2184.

garde successives de la Commission ayant produit les effets attendus. En outre, la création de formulaires de déclaration a contribué à rendre ces déclarations plus homogènes et plus exhaustives. De plus, il est possible désormais de télécharger le formulaire de déclaration sur le site Internet de la Commission.

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

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

Par ailleurs, la possibilité pour la Commission de transmettre un dossier au parquet a été prévue par l'article 3-II (dernier paragraphe) de la loi du 11 mars 1988 modifiée : «*Dans le cas où la Commission a relevé, après que l'intéressé aura été mis en mesure de faire ses observations, des évolutions de patrimoine pour lesquelles elle ne dispose pas d'explications, elle transmet le dossier au parquet.* » La Commission relève ainsi dans son huitième rapport, sans citer le nom des intéressés, qu'elle «*a procédé, entre 1996 et 1998, à l'audition de trois personnes soumises à l'obligation de déclaration et dont les explications écrites sur leur situation patrimoniale, au terme de nombreuses demandes de précisions, ne paraissaient pas suffisantes* ». Ces auditions n'ayant pas «*permis de lever certaines incohérences et contradictions sur l'évolution du patrimoine des intéressés* », la Commission a décidé de transmettre ces trois dossiers au parquet⁴⁹.

4.3. Les limites du dispositif

4.3.1. Limites générales

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

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

En outre, les revenus n'entrent pas dans la déclaration de patrimoine, ce

⁴⁹ Huitième rapport de la CTFVP, année 1998.

qui peut rendre difficile l'appréciation de la variation d'un patrimoine sans connaître la capacité d'épargne des intéressés.

Enfin, ce système de déclaration souffre d'un manque de transparence à l'égard des citoyens. En effet, le législateur a limité la publicité des déclarations au *Journal officiel* aux seules déclarations de début et de fin de mandat du Président de la République. Pour tous les autres assujettis, le législateur a fait prévaloir une logique de confidentialité des déclarations à l'égard des tiers. La loi du 8 février 1995 a confirmé cette logique et a même, contre l'avis du gouvernement, interdit à la Commission de mentionner dans son rapport public toute « *indication nominale quant aux situations patrimoniales* ». Bien plus, des sanctions pénales ont été prévues à l'encontre de ceux qui publieraient ou divulgueraient, « *de quelque manière que ce soit, tout ou partie des déclarations ou des observations* » des personnalités assujetties⁵⁰. En l'Etat actuel de la législation, la transparence externe est donc limitée.

Cependant, dans son douzième rapport relatif aux années 2002 et 2003⁵¹, la Commission a constaté qu'un petit nombre d'assujettis n'ont pas rempli de manière satisfaisante leurs obligations déclaratives, malgré de nombreux rappels écrits ou téléphoniques, et, comme elle l'avait déjà envisagé dans des rapports précédents, elle a mentionné les noms et fonctions de quatre dirigeants d'organismes publics concernés.

4.3.2. *Le cas particulier des « agents publics »*

Dans son rapport de l'année 2001, la Commission a indiqué que « *comme les années précédentes, le constat reste très mitigé pour les dirigeants d'entreprises publiques* », la majorité d'entre eux ne respectant pas le délai légal de dépôt de déclaration. En outre, elle s'est interrogée sur « *le manque d'informations dont les grands groupes nationaux font preuve à son égard* » et elle a considéré qu'elle rencontre « *de réelles difficultés lorsqu'il s'agit de connaître l'identité de dirigeants nommés ou renouvelés dans leurs fonctions, les créations ou liquidations de sociétés* »⁵².

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

Dans son dernier rapport d'activité de 2002-2003 (cité *supra*), la Commission a réitéré ses préoccupations et a indiqué que, compte tenu de

⁵⁰ Article 4 de la loi du 8/02/1995.

⁵¹ Douzième rapport de la CTFVP, années 2002 et 2003, publié au/O du 19/02/2004, p. 3414.

⁵² Onzième rapport de la CTFVP, année 2001, publié au/O du 18/07/2002, p. 12291.

la difficulté fréquente « *d'identifier les organismes dont les dirigeants sont assujettis à cette obligation [de déclaration de patrimoine] puis d'obtenir que ces dirigeants y satisfassent* », il était nécessaire de concentrer le contrôle en restreignant le champ des dirigeants d'organismes et d'entreprises publics assujettis.

Par conséquent, il ressort de ces rapports que l'organisme chargé du contrôle de déclaration de patrimoine concernant certains très hauts agents publics manque manifestement de moyens de contrôle et de persuasion, et que l'efficacité du dispositif soulève des interrogations. Cependant, l'un des remèdes préconisés serait de limiter le nombre des personnes soumises à l'obligation de déclaration, alors même que le nombre de responsables publics est déjà fort limité au regard du nombre total des agents publics, ce qui constitue une méthode particulière pour résoudre la difficulté.

L'administration a mis en place, depuis fort longtemps, de nombreuses mesures qui permettent de limiter sensiblement les risques de conflits d'intérêts. Ces mesures complètent les sanctions administratives ou pénales qui s'appliquent à ceux qui ont opté pour leur intérêt personnel aux dépens de l'intérêt public. Les transgressions persistent néanmoins. Cela ne signifie pas que la répression n'est pas assez sévère car la réglementation est appliquée, en règle générale, de manière stricte. Cela peut, en revanche, signifier que les mesures préventives ne sont pas suffisamment contraignantes et qu'un certain nombre d'entre elles pourraient être améliorées : ainsi, à ce jour, la déclaration de patrimoine s'impose (en dehors des élus) seulement à un petit nombre de dirigeants d'organismes publics. Cela peut signifier aussi que l'information des personnels et de l'encadrement sur les situations de conflits et sur les risques encourus est insuffisante.

III. - LES CONFLITS D'INTÉRÊTS DES PROFESSIONNELS DE JUSTICE⁵³

Les médias dénoncent régulièrement des comportements déviants imputables à des professionnels de justice⁵⁴. Les faits qui attirent l'attention

53 Etude réalisée à partir du mémoire de mastère II, Droit et justice, de Marion Pontille : *Les Conflits d'intérêts des professionnels de justice*, université Jean-Monnet de Saint-Etienne, année universitaire 2003-2004

54 Bordu F., « Les coups tordus des notaires », *Capital*, mars 2003, p. 126.

Decugis J.-M., « Ces juges qui dérapent », *Le Point*, 28 novembre 2003, p. 64.

Gattegno H., « Une enquête menace les administrateurs judiciaires parisiens », *Le Monde*, 8 avril 1999, p. 8.

Gaudino A., *La Mafia des tribunaux de commerce*, Albin Michel, 1998.

Gay M., *Enquête sur les notaires*, Stock, 1998.

sont, le plus souvent, ceux qui sont pénalement sanctionnables, tels le faux en écriture, l'abus de confiance, le trafic d'influence, voire la corruption. Au-delà de l'intérêt médiatique suscité par ces dérives, une certaine prise de conscience des pouvoirs publics peut être observée.

Ainsi, dès 1997 un rapport commandé par le ministère de la Justice au sujet des professions juridiques et judiciaires insistait sur la nécessité d'instaurer une déontologie commune et exigeante. En 1998, le rapport de la commission d'enquête parlementaire sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce mettait l'accent sur les dysfonctionnements et plus particulièrement sur les nombreuses situations de conflits d'intérêts constatées dans l'activité des juges consulaires et des administrateurs et mandataires judiciaires. Plus récemment, le garde des Sceaux créait une commission de réflexion sur l'éthique de la magistrature, après la « *révélation de faits ou de comportements isolés, commis par une infime minorité de certains de ses représentants [...] susceptibles de constituer de graves manquements aux devoirs de leur charge* ». Dans son rapport remis le 27 novembre 2003, cette commission insistait sur le fait que les procédures qui mettent en cause les magistrats risquaient « *d'affecter gravement et durablement la confiance que tous les Français accordent à la justice* »⁵⁵.

Une partie de la doctrine dénonce, elle aussi, des comportements problématiques tels que l'exercice en réseau de la profession d'avocat qui comporte « *les risques du mélange des genres, de la confusion et de l'intérêt commun à faire que finalement tout marche bien* », cette attitude étant de nature à conduire dans certaines affaires à des « *catastrophes*⁵⁶ ». La pratique du « *pantouflage* » des magistrats est, elle aussi, dénoncée⁵⁷ comme pouvant conduire à des situations de conflit d'intérêts si elle n'est pas correctement accompagnée.

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

Littéralement et par opposition à l'amateur, le professionnel peut se définir comme la personne qui a fait d'une activité son métier et qui en vit. Cela suppose qu'il en maîtrise la théorie et la pratique, qu'il en partage la

55 Rapport de la commission de réflexion sur l'éthique des magistrats (présidée par J. Cabannes), 27 novembre 2003.

56 Iweins P.-A., *Avocats : les réseaux multidisciplinaires, la déontologie et la Cour de cassation*, Dalloz 2003, p. 773.

57 Le rapport de la commission de réflexion sur l'éthique des magistrats (présidée par J. Cabannes) du 27 novembre 2003 préconise une modification des règles relatives à la mise en disponibilité et au détachement des magistrats notamment pour permettre au Conseil supérieur de la magistrature d'exercer un réel pouvoir de contrôle sur ces positions administratives.

culture et les valeurs et qu'il en respecte l'éthique⁵⁸. Ces premiers éléments permettent de comprendre que le professionnel inspire naturellement la confiance à ceux qui sont susceptibles de faire appel à ses services.

L'expression « professionnels de justice » pourrait donc être comprise comme englobant toutes les personnes vivant d'une activité relative au domaine du droit et qui concourent ainsi au fonctionnement du système juridique. Cette notion a fait l'objet d'une définition dans le cadre d'un rapport sur les professions judiciaires et juridiques, rendu public en 1997⁵⁹, qui englobait de très nombreux professionnels mais ne prenait pas en compte les magistrats qui participent pourtant, au premier chef, au fonctionnement de la justice.

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

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

1. LES MAGISTRATS

1.1. L'impartialité et l'indépendance

Les situations de conflits d'intérêts constituent une menace pour l'indépendance ou l'impartialité du professionnel concerné. En cela, elles mettent en cause les fondements du système judiciaire. Comme le souligne un auteur : « *Qu'attend en effet l'utilisateur de la justice, si ce n'est d'abord l'objectivité de celui devant lequel il se présente et entre les mains duquel il remet sa vie familiale, ses engagements contractuels, sa liberté ou son honneur ?* »⁶⁰.

La relation entre le magistrat et le justiciable se caractérise par la confiance accordée par ce dernier et que le premier se doit de respecter en faisant preuve d'indépendance et d'impartialité. Le respect de ces

⁵⁸ Cannac Y., « Que peut-on apprendre des autres modèles de responsabilité ? », in *Les Juges : un pouvoir irresponsable ?*, sous la direction d'A. Garapon et Nicolas Philippe, 2003.

⁵⁹ Morain E., le rapport de M^e Jean-Marc Varaut sur les professions judiciaires et juridiques, *Gazette du Palais*, 12 mars 1998, p. 347.

⁶⁰ Commaret D.-N., *Une juste distance ou réflexion sur l'impartialité des magistrats*, Dalloz 1998, chr. p. 262.

exigences est d'autant plus important que le professionnel se voit confier des pouvoirs qui touchent à l'essentiel, à savoir « *les liens familiaux et sociaux, économiques et commerciaux, la disposition et l'échange de biens matériels ou intellectuels, les relations de travail, celles de l'usager et de l'administration ou encore les champs plus individuels mais non moins importants de l'exercice effectif des droits, de la responsabilité, de la liberté, l'enfermement ou la censure, enfin de la considération ou l'infamie*⁶¹ ».

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

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

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

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

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

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

⁶¹ Commaret D., « Les responsabilités déontologiques des magistrats à travers la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », in *Actes du colloque sur la responsabilité du juge*, Ecole nationale de la magistrature, 1999.

Si l'exigence d'impartialité s'impose au juge par le truchement du droit européen, force est de constater que le principe d'impartialité n'est pas expressément formulé dans les textes de droit interne relatifs au statut des magistrats. Cela est lié au fait que le droit français avait une conception extensive de la notion d'indépendance qui recouvrait largement celle d'impartialité avant que le droit européen n'acquière l'importance qu'on lui connaît aujourd'hui. L'impartialité s'apprécie donc comme une exigence fondamentale dans le statut des magistrats et constitue une « *référence déontologique majeure du magistrat* »⁶².

1.2. La notion de conflit d'intérêts

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

7.2.7. L'exercice d'un pouvoir sur les intérêts d'autrui

« Le juge [civil] tranche les litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »⁶³. La mission du juge consiste essentiellement à décider entre des intérêts opposés que lui soumettent des justiciables en litige. Cette mission prend la forme d'une obligation dans la mesure où l'article 4 du Code civil prohibe le déni de justice. Le juge dispose donc d'un pouvoir important sur les intérêts d'autrui et, de ce fait, se trouve dans une position dominante par rapport aux intérêts des justiciables.

7.2.2. L'opposition d'intérêts

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

Le conflit d'origine interne

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

Cette situation est la plus fréquente. En effet, la plupart des causes de récusation prévues par les Codes de procédure civile ou pénale concernent des conflits d'intérêts d'origine interne. Certaines causes de récusation

⁶² Commaret D., « Les responsabilités déontologiques des magistrats à travers la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », in *Actes du colloque sur la responsabilité du juge*, Ecole nationale de la magistrature, 1999.

⁶³ Article 12 du Code de procédure civile.

sont liées au fait que le juge est par exemple créancier ou débiteur de l'une des parties, ou qu'il existe une amitié, ou inimitié, notoire entre le juge et l'une des parties⁶⁴.

Le conflit d'origine externe

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

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

7.2.3. *Les limites du conflit d'intérêts*

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

La question de l'incidence des convictions religieuses du magistrat sur son impartialité fait depuis peu l'objet d'un regain d'intérêt, notamment en raison de l'importante publicité donnée à la décision de la cour d'appel de Paris du 3 novembre 2003⁶⁵. Dans cette affaire intervenant en matière pénale, un requérant se présentant comme « *d'origine arabe et de confession musulmane* » et se référant au conflit israélo-palestinien avait formé une demande de récusation contre un magistrat au motif qu'il était de confession juive et qu'il ne pouvait donc pas aborder avec impartialité l'affaire opposant le requérant à une « *société dont les intérêts sont étroitement liés avec ceux de son fondateur, de confession juive* ». Cette requête a été rejetée au motif que le requérant n'apportait « *aucun élément de nature à démontrer la réalité de l'allégation de partialité avancée* ».

Il n'y a donc aucun conflit d'intérêts dans l'hypothèse où un magistrat doit trancher un litige alors qu'il appartient à une confession religieuse différente de celle de l'un des requérants. Dans ce cas, l'opposition d'intérêts fait défaut : le seul fait d'appartenir à une confession religieuse ne fait pas naître d'intérêts opposés à ceux de la partie de religion différente. Aucune

64 Articles 341-2° et 341-8° du nouveau Code de procédure civile.

65 Guibert N., « Une demande de récusation d'une juge à Paris a été motivée par sa supposée "confession juive" », *Le Monde*, 20 novembre 2003, p. 10.

considération d'ordre moral ou économique permettant à la communauté religieuse à laquelle appartient le magistrat de retirer un avantage ou un bénéfice de la décision de ce dernier n'entre en opposition avec les intérêts du plaideur qui appartient à une autre religion.

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

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

1.3. Les conflits d'intérêts financiers

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

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

1.3.1. Les juges consulaires

La question se pose de savoir si les juges consulaires, en dépit des avantages qu'ils offrent, présentent toujours les garanties d'impartialité

inhérentes à l'exercice de leur fonction.

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

Par ailleurs, les juges consulaires sont proches des justiciables en raison de leur recrutement géographique. La justice consulaire court alors le risque de devenir une « *justice de l'entre soi et une justice de connivence*⁶⁶ ». Cette proximité favorise, elle aussi, l'apparition de conflits d'intérêts d'origine interne. A titre d'illustration, le rapport Colcombet cite l'exemple d'un juge consulaire qui n'était autre que le cadre d'une banque créancière dans l'affaire qu'il était amené à connaître, ou encore celui d'un juge commissaire placé dans une situation telle qu'il pouvait être conduit à rendre une décision mettant en liquidation l'un de ses concurrents.

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

Exemple :

La gérante d'un commerce faisant l'objet d'un dépôt de bilan trouve un repreneur qui lui propose deux millions de francs. Le juge-commissaire cède le commerce à un autre repreneur pour le prix de sept cent mille francs. Il avait été embauché quelques jours auparavant pour une rémunération annuelle de deux cent mille francs par le repreneur favorisé⁶⁷.

1.3.2. Les juges de proximité

Dans la loi organique du 26 février 2003 intégrée au statut de la magistrature⁶⁸, il est précisé que les juges de proximité, contrairement aux juges professionnels, peuvent exercer une activité professionnelle concomitamment à leurs fonctions judiciaires. Cependant, ils ne peuvent exercer leurs fonctions dans le ressort du tribunal de grande instance où ils ont leur domicile professionnel.

⁶⁶ Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce présidée par F. Colcombet, 2 juillet 1998.

⁶⁷ Exemples tirés du rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce présidée par F. Colcombet, 2 juillet 1998.

⁶⁸ Ordonnance du 22 décembre 1958 figurant au Code de procédure civile.

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

C'est pourquoi la Chancellerie, consciente du risque, a pris un certain nombre de précautions dont l'avenir dira si elles sont suffisantes :

- le ministère de la Justice sous le contrôle du Conseil supérieur de la magistrature, lorsque la distance séparant deux tribunaux de grande instance est trop restreinte, propose d'affecter les candidats dans le ressort d'un tribunal de grande instance plus éloigné ;
- il a été mis en place un mécanisme juridique dans l'hypothèse où un juge de proximité aurait eu à connaître d'une affaire dont il est saisi dans le cadre de son activité professionnelle : on peut citer le cas d'un huissier qui avait délivré une citation dont il a été saisi ensuite comme juge de proximité. Il a demandé alors au président du TGI de saisir un autre juge de proximité du ressort ;
- les juges de proximité ne sont pas seuls concernés par les limites qui leur sont imposées ; en effet, leurs associés, et d'une manière générale, leurs collaborateurs et salariés sont également touchés par cette prohibition.

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

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

Il n'y a aucune raison de penser que les juges de proximité ne seront pas d'une vigilance tatillonne, à l'instar des juges professionnels, dont ils sont nécessairement proches, car il faut bien convenir qu'en ce qui concerne ces derniers, les cas de conflits d'intérêts sont rares. En effet, ils n'hésitent pas à se « déporter » lorsqu'ils en ressentent la nécessité. Prétendre le contraire, serait faire un mauvais procès par anticipation aux juges de proximité.

2. LES AVOCATS

2.1. L'impartialité et l'indépendance

La notion d'impartialité est par définition inopérante pour les professions qui n'exercent pas des fonctions de jugement. En revanche, s'agissant de la profession d'avocat, l'indépendance se présente comme une obligation

déontologique fondamentale qui exige que le professionnel exerce seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés.

Les termes mêmes du serment⁶⁹ de l'avocat, conjugués au fait que le principe d'indépendance est consacré dans le statut de la profession, suffisent pour comprendre que la notion d'indépendance est essentielle. Les avocats se doivent d'exercer leurs fonctions respectives en toute liberté sans se laisser atteindre par quelque forme de pression que ce soit.

2.2. La notion de conflit d'intérêts

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

Les dispositions du décret du 27 novembre 1991 ont été reprises à l'article 4 du règlement intérieur unifié du 24 avril 2004⁷⁰, qui donne en outre une définition générale du conflit d'intérêts.

2.3. Les caractéristiques et limites du conflit d'intérêts

2.3.7. *Vers une définition spécifique du conflit d'intérêts chez les avocats*

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

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

Un conflit d'intérêts manifeste survient lorsque les parties en litige saisissent un seul et même avocat après la naissance de leur différend. Il est purement et simplement interdit à l'avocat d'être le conseil des deux

⁶⁹ Depuis la loi du 31 décembre 1971, le serment doit être prononcé en ces termes : « Je jure comme avocat d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité. »

⁷⁰ Conseil national des barreaux, règlement intérieur unifié des Barreaux de France, décision à caractère normatif n° 2004-001 adoptée par l'assemblée générale le 24 avril 2004.

parties en conflit. L'éventuel accord des parties pour saisir un seul et même avocat est sans effet. Si le conflit est né et que les parties en litige avaient saisi auparavant un seul et même avocat, l'intervention de l'avocat est interdite, sauf si les deux parties l'autorisent expressément à défendre les intérêts de l'une des parties.

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

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

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

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

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

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

2.3.2. Les limites du conflit d'intérêts

Le règlement intérieur unifié des Barreaux dispose qu'il n'y a pas conflit d'intérêts lorsque l'avocat cherche à concilier les contrariétés d'intérêts de plusieurs clients ou lorsqu'il leur conseille, à partir de la situation qui lui

est soumise, une stratégie commune. Le règlement précise que les clients en cause doivent avoir été informés et avoir donné leur consentement.

La conciliation menée par l'avocat

Il ne saurait y avoir de conflits d'intérêts « *lorsque, après avoir informé ses clients et recueilli leur accord, l'avocat dans ses différentes fonctions cherche à concilier leur contrariété d'intérêts* ». Par cette formule, le Conseil national des barreaux pose une importante limite à la notion de conflit d'intérêts. Cette justification paraît largement fondée sur des considérations pratiques dues à l'intérêt croissant de la médiation⁷¹.

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

Cela ne signifie pas que le règlement pose comme principe l'absence de tout conflit d'intérêts lorsque l'avocat exerce une mission de conciliation. Ainsi, un conflit d'intérêts d'origine interne est tout à fait concevable, par exemple parce que l'avocat médiateur est directement concerné par l'objet du différend ou entretient des relations privilégiées avec l'une des parties en cause. L'avocat devrait alors refuser d'exercer les missions de conciliation conformément aux règles de sa profession qui lui défendent d'intervenir lorsqu'il a un intérêt à la prestation fournie⁷².

L'élaboration d'une stratégie commune

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

Ainsi, le conflit d'intérêts d'origine externe ne saurait être caractérisé lorsqu'en matière gracieuse, l'avocat représente et défend les intérêts de deux époux dans le cadre d'une procédure de divorce sur requête conjointe. Si les intérêts des époux sont par hypothèse divergents (chacun a, par exemple, intérêt à obtenir le maximum d'avantages sur le plan patrimonial au détriment de l'autre), leur objectif commun est d'aboutir au divorce sur le principe duquel ils se rejoignent. L'avocat qui devient le conseil des époux ne se place pas dans une situation de conflit d'intérêts puisque sa mission ne consiste pas à défendre les intérêts opposés de chacun des

71 Benalcazar I. et Benalcazar S., « L'avocat et le conflit d'intérêts : une notion au cœur de la déontologie et de la nouvelle économie », *Petites Affiches*, 15 mai 2001, p. 96.

72 Article 55 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.

époux mais à les rapprocher pour leur permettre de réaliser leur objectif commun. En revanche, l'avocat qui a été conseil commun de deux époux dans une procédure de divorce par requête conjointe doit ensuite refuser d'être le conseil de l'un des époux, dans une autre procédure de divorce pour faute, car les intérêts pécuniaires des époux sont alors en opposition.

2.4. Les conflits liés à la fixation des honoraires

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

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

En pratique, dans l'hypothèse où le prix de la prestation de l'avocat n'a pas été fixée au jour de la conclusion du contrat, le professionnel adopte le plus souvent une attitude pragmatique qui consiste à demander une première provision au début de l'affaire puis d'autres provisions en cours de procès selon les développements pris par l'affaire et enfin le solde des honoraires une fois le jugement rendu. C'est au moment où l'avocat réclame le solde de ses honoraires que le client peut en contester le montant : si ce conflit ne peut être réglé à l'amiable, il sera soumis au bâtonnier. La fixation judiciaire du montant des honoraires est alors guidée par les critères limitatifs⁷³ énoncés à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 (situation de fortune du client, difficulté de l'affaire, frais exposés par l'avocat, notoriété et diligence de l'avocat).

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

⁷³ En ce sens : Civ. 1^{er} 3 mars 1998, Synthelabo contre Gantelme, *Gazette du Palais*, 11 juillet 1998, Damien.

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

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

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

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

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

De même, la méthode des honoraires de résultat telle qu'elle est autorisée en France présente des avantages significatifs à la fois au profit des clients et des avocats puisqu'elle va dans le sens d'une bonne administration de la justice. A la différence d'autres systèmes de rémunération, cette méthode facilite l'accès aux modes amiables ou judiciaires de règlement des conflits pour des personnes ayant des ressources limitées, qui pourront s'adresser à de meilleurs avocats pour des litiges à fortes chances de succès⁷⁴.

3. LES NOTAIRES

S'agissant de la profession de notaire, le principe d'indépendance figure de façon incidente à l'article 1^{er} *ter* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat modifiée par la loi du 31 décembre 1990

⁷⁴Lempereur A. et Scodellaro M., *Conflits d'intérêts économiques entre avocats et clients: la question des honoraires*, Dalloz 2003, chr. p. 1380.

qui traite du notaire salarié. On peut toutefois noter que le préambule du règlement national élaboré par le Conseil supérieur du notariat et approuvé le 24 décembre 1993 contient la formule suivante : « *Il est l'arbitre impartial des contrats qu'il reçoit.* » Cette formule s'explique par l'importance de l'obligation de conseil dans le cadre de la profession de notaire. Ce devoir de conseil conduit le notaire à éclairer les parties sur leurs droits respectifs afin d'aboutir à une convention équilibrée. En ce sens, il joue le rôle d'une sorte de médiateur impartial et équitable qui se doit d'exercer ses différentes fonctions en toute liberté sans se laisser atteindre par quelque forme de pression que ce soit.

Caractéristiques et limites du conflit d'intérêts

Une disposition susceptible d'être rattachée à la question du conflit d'intérêts est l'article 13-4° du décret du 19 décembre 1945 qui interdit au notaire de prêter son ministère lorsqu'il a un intérêt à l'affaire en cause. Par ailleurs, le règlement national du Conseil supérieur du notariat, dans son article 5, alinéa 2, précise que l'intérêt du client prime toujours celui du notaire.

La fonction première du notaire est d'assurer la force probante des actes et contrats qu'il reçoit en minute en leur conférant valeur authentique⁷⁵. Les notaires ont par ailleurs l'obligation de conseiller les parties lors de la préparation de l'acte à dresser. Le devoir de conseil signifie que les notaires ont l'obligation d'éclairer leurs clients sur le contenu et les effets des engagements qu'ils souscrivent. Le règlement national du Conseil supérieur du notariat indique quant à lui que le notaire est « *l'arbitre impartial des contrats qu'il reçoit et le conseil des personnes, des entreprises et des collectivités ; il assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle* ».

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

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

La profession de notaire est sensiblement différente de celle d'autres professionnels de justice. En effet, les rares dispositions qui renvoient à la question du conflit d'intérêts ont exclusivement trait à l'hypothèse du conflit d'intérêts d'origine interne : notamment l'article 5, alinéa 2, du règlement national des notaires et l'article 13-4° du décret du 19 décembre 1945 déjà cités. Il convient d'ajouter l'article 55, alinéa 4, de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions

⁷⁵ Article 1^{er} de l'ordonnance du 2 novembre 1945 reprenant celle du 25 ventôse an II.

judiciaires et juridiques qui dispose notamment : « *Toute personne autorisée à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé, pour autrui, de manière habituelle et rémunérée, doit [...] s'interdire d'intervenir si elle a un intérêt direct ou indirect à l'objet de la prestation fournie.* »

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

4. LES ARBITRES, EXPERTS, ADMINISTRATEURS ET MANDATAIRES JUDICIAIRES

4.1. Les arbitres

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

Dès lors, face au silence du nouveau Code de procédure civile et sachant que l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme au statut d'arbitre est très discutée⁷⁶, on peut se demander si l'exigence d'impartialité s'impose aux arbitres. Les auteurs s'accordent pour affirmer que l'arbitre est soumis à l'exigence d'impartialité au même titre que tout autre juge⁷⁷. Cette position exprime l'idée que l'arbitrage doit suivre les mêmes règles que celles fixées pour les magistrats professionnels.

⁷⁶ Viatte J., « De la récusation des arbitres », *Gazette du palais*, 1973, doct. p. 719 : « *Force est de constater qu'en droit français positif l'arbitre est un juge [...] et que comme tel son impartialité est requise au même titre que celle du magistrat professionnel.* »

⁷⁷ Jarrosson C., « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 573;

Mourre A., « Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme », *Gazette du palais*, 1^{er}-2 décembre 2000, p. 2066.

En effet, toute pratique juridictionnelle exige un minimum de garanties pour les plaideurs. L'impartialité est « *consubstantielle au pouvoir juridictionnel* »⁷⁸.

4.1.1. *L'arbitre partie*

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

L'arbitre est alors considéré comme l'avocat de la partie qui l'a désigné, ayant pour fonction de soutenir ses intérêts lors du délibéré : il devient le défenseur d'une thèse au sein du tribunal arbitral. Certains soutiennent que cette pratique permet de garantir que le point de vue de la partie sera dans tous les cas bien compris par le président du tribunal arbitral. En pratique, l'arbitre partie ainsi désigné est souvent le conseil, un membre de l'entourage ou encore un technicien appartenant à l'entreprise du plaideur⁷⁹. L'arbitre désigné dans ces conditions doit donc faire face à un conflit d'intérêts manifeste : il est à la fois juge et partie.

4.1.2. *L'arbitrage corporatif*

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

Dès lors, il est fréquent qu'ils soient aussi eux-mêmes impliqués en tant que partie : un jour arbitre, ils sont le lendemain conseil ou partie. De plus, comme le souligne un auteur⁸⁰, toutes ces procédures arbitrales

⁷⁸ Commaret N, *Une juste distance ou réflexion sur l'impartialité des magistrats*, Dalloz 1998, chr., p. 262.

⁷⁹ Clay T., *L'Arbitre*, « Nouvelle bibliothèque des thèses », Dalloz, 2001, n° 353.

⁸⁰ Clay T., *L'Arbitre*, « Nouvelle bibliothèque des thèses », Dalloz, 2001, n° 358.

ne se succèdent pas forcément, elles peuvent se chevaucher, si bien que les mêmes personnes peuvent être arbitres, conseils ou parties selon les litiges.

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

4.2. Les experts judiciaires

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

C'est pourquoi l'expert peut être considéré comme un véritable collaborateur du juge, chargé de lui apporter les éclaircissements de nature technique ou de fait que ce dernier ne peut obtenir lui-même. L'expert est parfois considéré comme « *un véritable démembrement ou dédoublement du juge* »⁸¹, c'est pourquoi il est soumis à l'obligation de prêter serment et de respecter les principes fondamentaux gouvernant la fonction de juger, au premier rang desquels figure l'exigence d'impartialité.

Le conflit d'intérêts est plus explicitement évoqué dans les règles de déontologie de l'expert judiciaire qui énoncent que « *l'expert doit accomplir sa mission avec la plus stricte impartialité, faisant abstraction de ses opinions, de ses goûts ou de ses relations avec des tiers* » et « *conserver une indépendance absolue, ne cédant à aucune pression ou influence, de quelque nature qu'elle soit* »⁸². Un article précise même que, en toute circonstance, « *l'expert consulté à titre privé ne peut ensuite accepter une mission d'expertise concernant la même affaire* ».

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

81 Garreau D., *L'Expert judiciaire et le service public de la justice*, Dalloz, 1988, chr. p. 97.

82 Articles 9 et 10 des règles de déontologie de l'expert judiciaire adhérant à une compagnie affiliée à la Fédération nationale des compagnies d'experts près les cours d'appel ou les tribunaux administratifs.

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

4.3. Les mandataires et les administrateurs judiciaires

Dans le cadre des professions d'administrateur et de mandataire judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, l'exigence d'indépendance figure au nombre des principes fondamentaux constituant « *d'impérieux devoirs* » dans les règles déontologiques élaborées par le Conseil national⁸³.

Les règles déontologiques abordent la question du conflit d'intérêts lorsqu'elles prévoient, par exemple, que l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire « *ne peut user de ses fonctions pour rechercher un avantage indu pour son compte ou au bénéfice d'autrui, notamment auprès des établissements financiers, des entreprises sous mandat et plus généralement de toute personne physique ou morale avec laquelle il peut avoir un contact professionnel* » ou ne peut acquérir à l'amiable les actifs d'une personne, physique ou morale, soumise à une procédure collective⁸⁴.

4.3.1. Les caractéristiques du conflit

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

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

⁸³ Article 2-1 des règles professionnelles arrêtées en application de l'article 54-1 (II) du décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985 modifié par le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises.

⁸⁴ Article 2-2-2.1 des règles professionnelles arrêtées en application de l'article 54-1 (II) du décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985 modifié par le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises.

Cette mission doit être exercée en conformité avec les objectifs fixés par l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985⁸⁵ selon lequel la procédure de redressement judiciaire doit permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi ainsi que l'apurement du passif.

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

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

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

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

Les administrateurs judiciaires perçoivent une rémunération basée sur quatre éléments :

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

⁸⁵ Article 1^{er} de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises devenu l'article L. 620-1 du Code de commerce.

La rémunération des mandataires est composée de cinq éléments :

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

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

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

Pour toute créance contestée, le mandataire judiciaire perçoit un droit proportionnel de 5 %, calculé sur la différence entre le montant de la créance déclarée et celui de la créance définitivement admise⁸⁶. Ainsi une créance forclosée, ou déclarée par erreur, fera alors l'objet d'une contestation puis d'un rejet. Cette créance non fondée donnera lieu à la perception d'un droit proportionnel disproportionné par rapport au travail engagé par le mandataire qui n'aura qu'à constater la forclusion ou l'erreur, voire le simple retrait de la production. Cette situation constitue un détournement des fonds de la procédure dans la mesure où des sommes destinées à rembourser les créanciers ont finalement été encaissées par le mandataire de justice chargé de les représenter.

En second lieu, le fait pour le mandataire liquidateur de percevoir un droit fixe par créance vérifiée autre que salariale⁸⁷ peut inciter ce dernier à vérifier toutes les créances chirographaires des procédures impécunieuses. Or, il sait par définition qu'elles ne pourront être réglées par l'entreprise en difficulté et qu'elles constitueront *in fine* des frais de justice à la charge du trésor public ; en outre, un texte spécial (l'article 99 de la loi du 25 janvier 1985 précitée devenu l'article L. 621-102 du Code de commerce) autorise le liquidateur à ne pas procéder à ces vérifications de créances quand les procédures sont manifestement impécunieuses.

⁸⁶ Article 15 du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985.

⁸⁷ Article 13 du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985.

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

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

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

Ces exemples permettent de montrer que certains professionnels pourraient être enclins à prendre des décisions, pourtant primordiales pour chacun des intervenants à la procédure et pour l'intérêt économique du pays, en fonction de leur propre intérêt financier. Au total, les créanciers sont perdants et ces auxiliaires de justice sont gagnants⁸⁸.

4.4. Les régulations

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

4.4.1. *Les outils à disposition des professionnels de justice*

Deux possibilités sont offertes à tous les professionnels de justice. Il s'agit en premier lieu du régime des incompatibilités qui permet de restreindre le champ des conflits d'intérêts d'origine externe et, en deuxième lieu, de la faculté pour les professionnels de refuser dans certains cas d'exercer

⁸⁸ Rapport d'enquête sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce de juillet 1998 diligentée en commun par l'Inspection générale des finances et l'Inspection générale des services judiciaires.

leur mission. Ce second mode de régulation, laissé à l'initiative du seul professionnel, suppose l'analyse par ce dernier de sa propre impartialité et de son degré d'indépendance. Le professionnel est, en effet, le plus apte à apprécier la situation dans laquelle il se trouve et dont il connaît tous les paramètres.

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

4.4.2. *L'action du justiciable*

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

La récusation

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

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

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

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

La mise en jeu de la responsabilité du professionnel

La mise en jeu de la responsabilité du professionnel de justice apparaît comme un second moyen de lutte contre les conflits d'intérêts entre les

mains du justiciable. Alors que la récusation intervient pendant l'exercice de la mission du professionnel puisqu'elle y met fin par son éviction, la mise en œuvre de la responsabilité intervient au terme de la relation du professionnel et du justiciable.

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

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

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

Les limites de l'action du justiciable

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

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

Les conflits d'intérêts des professionnels de justice constituent des situations problématiques car ils menacent les fondements mêmes du système juridique et judiciaire. Ils mettent en cause, « *bien au-delà d'intérêts particuliers, la prééminence du droit, valeur essentielle de la démocratie* »⁸⁹. Pierre Drai, premier président honoraire de la Cour de cassation, considère quant à lui que « *aller vers son juge en toute confiance, avec la seule volonté de convaincre par la force du raisonnement ou la richesse de ses arguments, c'est la seule démarche possible d'un homme libre dans un pays de liberté* »⁹⁰.

Cependant, la relation entretenue par le justiciable et le professionnel constitue un terrain favorable à l'apparition des conflits d'intérêts. Le justiciable qui s'adresse à un professionnel de justice remet toujours entre ses mains les intérêts principaux de son existence parce qu'il ne peut prendre en charge seul les problèmes juridiques qu'il rencontre. Cette relation renvoie à un déséquilibre des compétences : le justiciable s'en remet au savoir et au degré élevé de compétence du professionnel pour faire face à un monde qui lui est, le plus souvent, étranger. Toute relation qui se noue entre un professionnel de justice et un justiciable est ainsi marquée par la position dominante dans laquelle se trouve le premier par rapport au second parce que le savoir dont dispose le professionnel constitue, de fait, une véritable source de pouvoir. En effet, comme a pu le démontrer le sociologue L. Karpik à propos des avocats, la situation de « *pouvoir dissymétrique* » fondée sur la confiance qu'accorde le justiciable au professionnel présente « *la particularité éminente de favoriser les positions d'abus de l'avocat* »⁹¹.

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

89 Soyer J.-C. et De Salvia M., article 6, in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. Pettiti, Economica, 2^e édition, 1999.

90 Propos rapportés par D. Commaret, *Une juste distance ou réflexion sur l'impartialité des magistrats*, Dalloz 1998, chr. p. 262.

91 Karpik L., *Les Avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII - XX^{ème} siècle*, Gallimard, 1995.

CHAPITRE II

**Le conflit d'intérêts
dans le domaine privé**

Dans son rapport 2004, le service central de prévention de la corruption avait traité du conflit d'intérêts dans le domaine public ¹.

Évoquée dans une recommandation du Conseil de l'Europe ² et par le Comité de la gouvernance publique de l'OCDE ³, la définition du conflit d'intérêts ne concerne que les agents publics. Or la notion de conflit d'intérêts ne se limite pas à ce secteur. Son application peut être étendue au secteur privé. Dans ce cas, on considère que : « *un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre personnel, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées* ».

Le SCPC s'est intéressé au conflit d'intérêts, car il existe un lien entre celui-ci et la corruption, même s'il ne semble pas évident. Il ne faut pas oublier que dans le domaine privé, la personne occupe des fonctions qui ont des répercussions sur l'activité et la survie de l'entreprise ou de l'association à laquelle elle appartient. De plus, l'évolution de la législation en matière de corruption démontre une prise en compte de la corruption privée (par la création dans le Code pénal des articles 445-1 à 445-3 – cf. fiche pratique dans ce rapport).

Il apparaît que dans le domaine privé, les risques de situations de conflit d'intérêts sont nombreux en ce qui concerne le dirigeant de société ou d'association mais également en ce qui concerne certains professionnels du chiffre en relation étroite avec les entreprises.

1. Rapport 2004 du SCPC, p. 25 et suivantes.

2. Recommandation n° R (2000) 10 du Comité des ministres du 11 mai 2000.

3. 29^e session du Comité de la gouvernance publique, Paris, 15-16 avril 2004.

I. – LE CONFLIT D'INTÉRÊTS DU OU DES DIRIGEANTS (SOCIÉTÉ, ASSOCIATION...)

Le conflit d'intérêts est une situation de fait. Tout dirigeant d'une entité (société ou association), dans le cadre de ses pouvoirs est amené à prendre une décision, dans une situation où cohabitent un intérêt général et un intérêt privé. Cette réalité est d'autant plus prégnante que la personne en question cumule des fonctions très diverses. La notion de « cumul des fonctions » est un critère important de risque de conflits d'intérêts. Si dans le domaine public, cette notion est prise en compte de façon plus ou moins homogène, il faut admettre que dans le domaine privé, il en va différemment en raison du type d'entité concernée.

1. UNE RÉALITÉ TRÈS PRÉSENTE MAIS PRISE EN COMPTE DE MANIÈRE PLUS OU MOINS EFFECTIVE

Tout d'abord, il est utile de préciser que le terme de dirigeant doit être entendu dans son acception la plus large. Il peut s'agir du dirigeant d'une société, mais également du président d'une association. Il est alors nécessaire de rappeler les textes qui prennent en compte la notion de conflit d'intérêts et comment ces derniers régissent le domaine de la prévention.

1.1. Ce que prévoient les textes pour les associations ou organisations non gouvernementales (ONG)

Le Service central de prévention de la corruption avait, dans son rapport 2002, abordé le problème des dérives dans le monde associatif. Le développement qui suit vient compléter cette analyse en abordant le problème du conflit d'intérêts dans ce domaine.

En ce qui concerne les associations, les statuts sont là pour mettre en place les différentes obligations. Cependant, il existe des cas précis où en dehors des statuts, des règles sont applicables afin de prévenir les risques de conflits d'intérêts. Ainsi, comme dans le cas des sociétés, ces règles concernent aussi bien les incompatibilités, les cumuls de fonctions que les conventions réglementées.

Les incompatibilités

L'exercice de certaines activités est incompatible avec la gestion ou la représentation d'une association. Ne peuvent, notamment être dirigeant d'association :

- les commissaires aux comptes ;
- les militaires, s'agissant d'associations ayant une activité politique ou syndicale ;
- les parlementaires⁴ ;
- les membres de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires⁵.

Ces incompatibilités concernent également :

- les fonctionnaires en activité lorsque leur présence ès qualités pourrait faire craindre une violation des principes de neutralité et d'égalité des individus devant les services publics (à titre d'exemple, agents de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage pour les associations de chasse, agents du ministère de la Culture pour les associations partenaires de ce ministère) ;
- tous les fonctionnaires ou agents non titulaires de l'Agence du médicament, de l'Agence française du sang, de l'Agence nationale du médicament vétérinaire.

Le cumul

En principe, une même personne physique ou morale peut cumuler plusieurs fonctions de direction dans une même association ou dans plusieurs groupements. Cependant, par dérogation, certains statuts types interdisent ou limitent ces cumuls. Ce peut-être le cas des présidents :

- des associations agréées de pêche et de pisciculture ;
- des fédérations départementales pour la pêche et la protection du milieu aquatique ;
- des associations départementales agréées de pêcheurs amateurs aux engins et aux filets sur les eaux du domaine public.

4. S'agissant des associations dont l'activité principale est l'exécution de travaux, la prestation de services ou de fournitures pour le compte ou sous le contrôle de l'État, d'une collectivité ou d'un établissement public ou d'une entreprise nationale ou d'un État étranger.

5. Pour toute responsabilité associative donnant à son titulaire un intérêt direct ou indirect à l'activité des aéroports.

Les conventions entre l'association et ses dirigeants ⁶

Elles sont prévues et sont au nombre de trois :

- 1 – les conventions interdites ; certaines dispositions réglementaires spéciales prohibent diverses conventions. Par exemple, « *les associations agréées de pêche et de pisciculture et les associations départementales agréées des pêcheurs amateurs aux engins et aux filets sur les eaux du domaine public ne peuvent pas effectuer d'actes de commerce avec les membres de leur bureau et la famille de ceux-ci* » ;
- 2 – les conventions libres : ce sont les conventions courantes conclues à des conditions normales qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières ne sont significatives pour aucune des parties ⁷ ;
- 3 – par « *conventions courantes* » il faut entendre celles qui sont effectuées par une association dans le cadre de son activité habituelle et, s'agissant d'actes de disposition, arrêtées à des conditions suffisamment usuelles pour s'apparenter à des opérations habituelles ⁸.

Les conditions peuvent être considérées comme normales lorsqu'elles sont habituellement pratiquées par l'association dans ses rapports avec les tiers, de telle sorte que le dirigeant intéressé ne retire pas de l'opération un avantage qu'il n'aurait pas eu s'il avait été un partenaire quelconque de l'association. Il faut aussi tenir compte des conditions en usage pour des conventions semblables dans d'autres associations ayant la même activité ⁹.

Sont également libres, en principe, les conventions qui sont hors du champ de la réglementation (*cf. infra*).

Par exception sont réglementées ¹⁰, celles intervenant entre une association habilitée à collecter la participation des employeurs à l'effort de construction et l'un de ses administrateurs. Les conventions réglementées concernent (*cf. Code du commerce, articles L. 612-4 et L. 612-5*) les associations qui :

- quelle que soit leur activité, reçoivent annuellement de l'État ou de ses établissements publics ou des collectivités locales une ou plusieurs subventions dont le montant global excède 150 000 euros ;
- ou se livrent à une activité économique.

6. *Cf. également le domaine des conventions dans le cadre de la société anonyme ci-après.*

7. Code de commerce, article L. 612-5, al. 6, introduit par la loi 2003-706 du 1^{er} août 2003.

8. Cass. Com., 1^{er} octobre 1996 : RJDA 1/97 n° 65, solution retenue en matière de société et transposable aux associations.

9. Rép. Lebas : AN 3-4-1969, p. 870, transposable aux associations.

10. CCH articles L. 423-10 et L. 423-11.

Sont visées toutes les conventions qui, sans être courantes et conclues à des conditions normales, sont passées directement entre une association susmentionnée « *et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes assumant un rôle de mandataire social* » c'est-à-dire l'un de ses dirigeants.

Lorsqu'une association souhaite conclure une convention avec son propre représentant, ce dernier ne peut ¹¹ :

- ni représenter le groupement (contrat avec lui-même) ;
- ni déléguer à une personne de son choix le pouvoir de représenter l'association pour la conclusion de cette convention. Le groupement doit donc se faire représenter par un mandataire *ad hoc* désigné, selon les modalités prévues par les statuts.

Sont également concernées les conventions conclues par personne interposée, entre une association visée et l'un de ses dirigeants. Ce dernier s'avérant le bénéficiaire réel alors qu'elles ont été apparemment passées avec un tiers.

Sont enfin soumises à réglementation les conventions entre une association visée et une société, dont un associé indéfiniment responsable (associé dans une SNC, SC, commandite simple ou par action) un gérant, un administrateur, le directeur général ou directeur général délégué, un membre du directoire ou du conseil de surveillance, un actionnaire disposant d'une fraction de droits de vote supérieure à 10 % s'il est aussi dirigeant de l'association.

Dans l'hypothèse particulière d'associations ayant une activité économique et de sociétés, la convention demeure soumise à la réglementation propre aux associations ainsi qu'à celle spécifique aux sociétés (*cf. infra*).

1.2. Le Code de commerce et le droit des sociétés

Le Code de commerce rassemble les textes pouvant intéresser le domaine des conflits d'intérêts. Les articles traitant des questions de gestion, de rémunération et de conventions réglementées s'avèrent plus ou moins précis selon le type de société concernée.

Pour les sociétés de personnes, société en nom collectif ou en commandite simple

La loi du 24 juillet 1966 a laissé aux associés une certaine souplesse dans l'organisation que l'on ne retrouve ni dans la SARL ni dans la SA.

11. CA Versailles, 28 septembre 1989 : Bull. Joly, 1989, p. 992, paragraphe 340, note Jeantin.

S'agissant de la gérance, la loi accorde une grande liberté aux associés pour la désignation du ou des gérants. Si les statuts sont muets sur ce point, tous les associés sont considérés comme gérants et chacun d'entre eux peut accomplir séparément tout acte de gestion dans l'intérêt de la société. Ils ont tous la qualité de commerçant. Mais les statuts prévoient la possibilité de choisir entre un gérant associé ou non associé. Dans le cadre de la société en nom collectif, le gérant non associé peut être lié à la société par un contrat de travail.

Pour ce qui est de la société en commandite simple, la particularité résulte du fait que les associés (au minimum deux) sont commandités (responsables indéfiniment) et commanditaires (responsables à concurrence de leurs apports). Les règles de gérance sont les mêmes que pour la société en nom collectif. Cependant, celle-ci ne peut jamais être confiée à un commanditaire car il ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration.

En ce qui concerne la rémunération, les associés étant tous commerçants aucune mention de la rémunération du dirigeant n'est prévue.

Le cas de la société à responsabilité limitée (SARL)

Elle est constituée entre des associés qui n'ont pas la qualité de commerçant. C'est le type de société le plus répandu en France et les articles du Code de commerce qui lui sont dédiés sont un peu plus précis que pour les sociétés évoquées précédemment.

S'agissant de la gérance, la loi du 24 juillet 1966 précise les obligations des gérants en calquant leurs responsabilités sur celles des dirigeants de sociétés anonymes.

Le nombre des gérants est librement fixé par les statuts. Ils sont choisis parmi les associés ou en dehors d'eux. Ce sont obligatoirement des personnes physiques qui n'ont pas la qualité de commerçant et ne doivent pas être frappées d'incapacité ou de déchéance¹².

Il y a possibilité de cumul avec un contrat de travail. À la différence de la stricte réglementation concernant les contrats de travail des administrateurs de société anonyme, aucun texte n'interdit à un gérant de SARL de devenir salarié de la société, ni *a fortiori* à un salarié d'accéder à la gérance. Cependant, la jurisprudence n'admet ce cumul que sous certaines conditions :

- le contrat de travail du gérant doit correspondre à un emploi effectif et ne pas avoir été conclu pour tourner les règles relatives à la révocation ;

12. Précision : si la SARL a pour objet l'exercice d'une profession réglementée, les gérants doivent personnellement remplir certaines conditions. C'est le cas, par exemple, d'une société qui exploite un cabinet d'experts-comptables, les gérants doivent être experts-comptables.

- la gérance (direction générale de la société) doit être nettement distincte des fonctions techniques qui résultent du contrat de travail. Cette dualité est quelquefois plus facilement admise si le gérant salarié bénéficie de deux rémunérations séparées ;
- l'intéressé doit être placé dans un état de subordination à l'égard de la société. C'est pourquoi le cumul n'est pas permis pour le gérant associé majoritaire. Mais le seul critère du nombre de parts sociales détenu est insuffisant. L'état de subordination s'apprécie en fonction de l'ensemble des circonstances propres à chaque espèce ;
- enfin, si le contrat de travail est consenti pendant la gérance de l'intéressé, il est soumis à la procédure de contrôle des conventions visées à l'article L. 223-19 du Code de commerce (*cf. infra*).

Dans l'hypothèse où les conditions de cumul ne seraient pas remplies, par exemple lorsqu'un salarié devient gérant et n'est plus placé dans une situation de subordination, son contrat de travail est automatiquement suspendu, sauf disposition contraire. Il reprendra cependant son cours à la cessation du mandat social.

En ce qui concerne la rémunération, le gérant, organe de la société, n'est pas habituellement lié à la société par un contrat de travail. Dans le silence des textes, les statuts ou mieux une décision collective des associés déterminent le montant de la rémunération qui comprend généralement un fixe et une part proportionnelle au chiffre d'affaires.

Lorsque le gérant est associé, la question se pose de savoir s'il peut prendre part au vote sur la fixation de sa rémunération. Deux thèses s'opposent : si l'on considère que la rémunération a un caractère conventionnel, en application de l'article L. 223-19 du Code de commerce, le gérant est exclu du vote. En revanche, si l'on admet qu'elle a un caractère institutionnel, en raison de la nature de ses fonctions, aucun texte ne peut lui interdire de participer au vote.

Pour les conventions réglementées, la SARL est concernée et se voit appliquer à peu près les mêmes règles que celles des associations.

Le principe du contrôle des conventions passées entre la société et l'un de ses gérants ou associés est le suivant : la loi de 1966, dans ses articles 50 et suivants, devenus l'article L. 233-19 du Code de commerce, a étendu aux SARL la réglementation prévue pour les SA lorsqu'une convention intervient entre la société et l'un de ses dirigeants (anciens articles L. 101 s., L. 143 s. de la loi, devenus L. 225-38 s., L. 225-86 s. du Code de commerce). Ces conventions peuvent en effet être très désavantageuses pour la personne morale.

L'article L. 223-19 du Code de commerce s'applique aux conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés, même minoritaires. Il joue également pour les

conventions passées avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la SARL (alinéa 5).

Les dispositions de l'article L. 223-19 du Code de commerce ne sont cependant pas applicables aux conventions portant sur des *opérations courantes et conclues à des conditions normales* (cf. *supra*) (article L. 223-20 du Code de commerce). L'exception rejoint logiquement celle qui existe en matière de SA.

Bien sûr, échappent au contrôle, parce qu'elles sont interdites en raison de leur danger pour la société, certaines conventions énumérées par l'article L. 223-21. *À peine de nullité du contrat, les gérants ou associés, sauf s'il s'agit de personnes morales, ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants ne peuvent pas directement ou par personne interposée, contracter des emprunts auprès de la société, se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ni faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.* L'interdiction s'applique également aux représentants légaux des personnes morales associées (article L. 223-21, alinéa 1 du Code de commerce). Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales (article L. 223-21, alinéa 2 du Code de commerce).

1.3. Quelques exemples de situations de conflits d'intérêts

En dépit des dispositions légales qui viennent d'être énoncées, certains dirigeants d'associations, de sociétés (ou cumulant les deux fonctions) mettent en place des montages leur permettant de favoriser leurs intérêts personnels au détriment de l'intérêt de l'entité dont ils ont la direction. Les dérives apparaissent le plus souvent en l'absence de réglementation stricte (sur les cumuls, la rémunération, etc.) ou en cas de carence du contrôle interne.

Ainsi dans le domaine **associatif**, il existe des types d'organisation (des structures holding, des filiales, des sous-filiales et des sociétés liées) sensiblement identiques à ceux utilisés pour les sociétés commerciales.

Les montages réalisés sur ce modèle peuvent être conçus dans le seul but de favoriser le ou les dirigeants. Souvent le *modus operandi* est le suivant :

- afin de ne pas se voir soumis à l'obligation de contrôle des conventions réglementées (cf. *supra*) le dirigeant de l'association crée ou suscite la création d'une structure (société) dirigée par des proches (ou homme de paille) à qui il offre la réalisation d'une prestation, dont la nature

importe peu, l'essentiel étant qu'elle présente un potentiel certain de gains ou de chiffre d'affaires ;

- le chiffre d'affaires est surfacturé de diverses manières ;
- le bénéficiaire en profite à titre personnel.

Exemple :

Une société qui travaillait dans un secteur particulier (métallurgie) avait comme critère distinctif d'avoir son P.-D.G. lié à un président d'association célèbre. Cette société avait créé un secteur « commande de papier ». Elle était devenue le fournisseur exclusif de l'association, grande consommatrice, qui en faisait un usage immodéré.

L'entreprise commandait le papier et le facturait à l'association. Elle avait donc une activité d'intermédiaire simple, puisque les livraisons étaient directement réalisées par le fournisseur réel.

La marge tirée de cette opération avoisinait les 28 %. Le directeur de l'association voyait en revanche l'ensemble de ses frais de chasse pris en charge par l'entreprise.

La réalisation de cette opération a été facilitée par l'absence de réaction du contrôle interne au sein de l'association, le directeur validant, le service fait et le faux justificatif.

Les situations de conflits d'intérêts et les dérives qui y sont rattachées affectent les secteurs classiques du monde associatif tels que l'informatique, la gestion des salaires, etc., mais aussi ceux plus spécifiques afférents aux frais de promotion ou de commercialisation.

Ainsi il n'est pas rare de constater la présence d'un journal dans une structure associative, cela relève de la même logique puisque le périodique sert de courroie de transmission pour les informations associatives. Il est de plus le trait d'union entre les membres. La publication d'une revue est une activité à part entière qui consiste à mettre en cohérence un travail d'imprimeur (imprimerie, distribution), un travail d'éditeur (pour le contenu rédactionnel) et un travail de régie (pour la publicité qui peut y figurer). Dans la plupart des cas, un contrat est passé directement avec chacun des professionnels concernés ou avec une régie qui reverse une quote-part des bénéfices à l'association. Le risque qui peut être rencontré dans cette activité est celui inhérent au conflit d'intérêts qui peut concerner toutes les prestations nécessaires à la réalisation de l'activité. Tous les cas de figure ont été rencontrés depuis l'utilisation de fournisseurs liés, jusqu'à l'organisation de sociétés écrans ayant leur siège dans les paradis fiscaux.

Enfin, pour terminer sur un dernier exemple, il est important de parler du secteur de l'immobilier.

Exemple :

Dans une association qui gère des camps de vacances ou de loisirs, le poste le plus risqué est celui de l'immobilier et de son environnement.

En effet, il est arrivé que des dirigeants d'associations peu scrupuleux achètent l'immobilier utilisable et, par un jeu classique de revente entre sociétés civiles immobilières liées, provoquent une augmentation sensible du prix payé par l'association.

On a découvert des cas où l'association avait cautionné le prêt effectué par le dirigeant pour acheter les locaux qu'il a ensuite revendus à la même association.

Enfin, il est possible de boucler le montage, pour le dirigeant ou l'un de ses proches, en créant une société dont l'objet sera la réparation et l'entretien des locaux¹³.

En ce qui concerne le droit des sociétés, l'absence de règle sur le cumul des mandats ou sur les rémunérations entraîne bien souvent des situations de conflits d'intérêts se traduisant par de réelles dérives.

En effet, quelques exemples démontrent la possibilité pour une même personne d'être à la tête de différentes sociétés. Cela la positionne dans une situation où il sera difficile de choisir entre plusieurs intérêts différents. Ce problème a été pris en compte en ce qui concerne la société anonyme (*cf. infra*).

Si le dirigeant d'une société désire tirer un profit personnel de sa situation, il lui est aisé de mettre en place des systèmes plus ou moins complexes de groupe de sociétés afin de favoriser, directement ou indirectement, des intérêts qui lui seront propres. Seront abordés ici différents domaines où se retrouvent les groupes de sociétés, les sociétés écrans (de préférence dans des paradis fiscaux).

Un exemple :

Dans le cadre des SARL, il existe une législation concernant les conventions passées entre une société et le dirigeant ou associé d'une autre entité. Afin de contourner la réglementation, l'entité qui passe le contrat avec la société semble totalement indépendante du dirigeant de celle-ci. En fait, il s'agit d'une société gérée par un « homme de paille » et qui appartient en réalité au dirigeant de la société ayant passé le contrat. Dans ces cas, plus fréquents qu'on pourrait le croire, les montages sont réalisés en utilisant des sociétés fictives, des paradis fiscaux ou des États peu coopératifs. La mondialisation des échanges est un apport important aux montages frauduleux.

13. Pour de plus amples développements, voir le rapport 2002 du SCPC, *Les dérives du monde associatif*, p. 25 et suivantes.

De même, le problème de la rémunération du dirigeant est un secteur très sensible pour le conflit d'intérêts. En effet, il n'existe pas de réglementation précise quant à la rémunération des dirigeants. Aussi certains d'entre eux utilisent leur position pour faire fructifier leur patrimoine personnel et ce, au détriment de la société dont ils ont la direction. Le salaire du dirigeant est un point particulier à analyser lorsque l'on recherche d'éventuelles dérives. Souvent, lorsqu'on se trouve face à des entreprises en difficulté, on découvre que le salaire du dirigeant est exagérément élevé et qu'il n'est pas tenu compte de la situation réelle de l'entreprise. Ainsi, si le salaire comprend un fixe et un pourcentage sur le chiffre d'affaires ou s'il est calculé sur la création de valeurs, il ne prend pas en compte l'aspect bénéfices de l'entreprise. Un chiffre d'affaires élevé peut engendrer un bénéfice faible ou générer des pertes.

Dans ce cas, le maintien d'une rémunération basée sur ces seuls critères, s'il répond à l'intérêt du dirigeant, va à l'encontre de la société elle-même.

Force est de constater qu'au sein des sociétés, le problème des conflits d'intérêts peut être ignoré ou contourné.

2. LA SOCIÉTÉ ANONYME : UNE ENTITÉ TRÈS SURVEILLÉE ¹⁴

L'actualité nationale et internationale montre que la gouvernance d'entreprise est en crise. Le mal est visiblement profond puisqu'il a généré une crise de confiance globale du marché, tant pour les investisseurs, que pour les équipes dirigeantes, et a touché de nombreux métiers de la finance. Cette crise a conduit à la disparition de plusieurs sociétés multinationales et des investissements provenant des portefeuilles de milliers d'actionnaires sont partis en fumée. On observe que les conflits d'intérêts sont une des causes récurrentes qui sont à l'origine de ces cataclysmes et qu'ils ont pris naissance dans des sociétés dont les caractéristiques sont voisines de celles d'une société anonyme française.

2.1. Pourquoi deux textes : la nouvelle réglementation économique et la loi sur la sécurité financière ?

On peut définir le conflit d'intérêts comme « toute opération au cours de laquelle des personnes ou organisations vont, directement ou indirectement, faire passer leur intérêt personnel ou l'intérêt d'un réseau auquel

14. Cette analyse provient d'une synthèse du mémoire de d'Orianne Normand, *Les conflits d'intérêts et le P.-D.G. [d'une société anonyme] : sanctionner et prévenir*, université Jean-Monnet, Paris XI.

*elles appartiennent, avant celui de l'organisation qui les salarie »*¹⁵. Il semble que trois éléments matériels déterminants peuvent être dégagés et constitueraient les trois caractéristiques essentielles d'un conflit d'intérêts :

- une fonction dans le cadre de laquelle l'individu dispose d'un pouvoir décisionnel réel ou supposé ;
- une contradiction entre les intérêts que lui imposent sa fonction et ses intérêts privés ou autres (politique, familial, professionnel, financiers, honorifique ou virtuel) ;
- un choix final entre les divers intérêts en présence.

Cette notion très réglementée dans le secteur public français où de nombreuses dispositions sont en place en matière de prévention et de répression est aussi développée dans les pays anglo-saxons.

Cependant, dans le secteur privé français aucun texte de loi ne le définissait véritablement et, par conséquent, ne faisait l'objet d'aucune réglementation.

Dans différents pays, les gouvernements cherchent à assainir leur marché national et à se conformer aux exigences de transparence du marché mondial. Exigences qui n'ont pourtant pas permis de déceler des abus importants et l'imminence de la crise. De nombreux scandales sont nés à la suite de décisions par les dirigeants au contenu mensonger qui servaient à rassurer le marché coûte que coûte et dont les conséquences ont été particulièrement graves.

Il apparaît alors que le phénomène est mondial. Les Anglo-Saxons ont été les premiers à ouvrir les débats sur la gouvernance d'entreprise. Les États-Unis ont été les premiers à réagir et à légiférer en juillet 2002 avec la loi Sarbanes-Oxley.

L'Union européenne, notamment grâce aux travaux de la Commission, a fourni de louables initiatives en matière d'analyse et de réglementation.

En France, la prise de conscience a eu lieu lors de la publication du rapport Cardbury, en 1992, qui indiquait déjà le nécessaire centrage sur la protection des actionnaires mais aussi de prendre en compte d'autres aspects moins directement financiers.

Par la suite, certaines associations françaises d'entreprise telles que l'AFEP, l'ANSA ou encore le MEDEF se saisirent de ces mêmes interrogations et préoccupations. Des rapports furent rédigés afin d'anticiper sur les actes du législateur. Ces rapports ont mis en lumière les points générant des

15. Définition du SCPC, rapport 2001, p. 127, dans « Flash sur les conséquences de l'affaire Enron ».

difficultés et l'urgente nécessité d'assainir la situation (rapports Viénot I¹⁶ et II¹⁷ puis enfin rapport Bouton¹⁸).

La loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003, inspirée par la loi américaine et les précédents rapports, est venue combler quelques lacunes sans pour autant traiter et prévenir clairement les conflits d'intérêts.

Comment faire pour que le dirigeant révèle spontanément les conflits d'intérêts auxquels il est exposé dans un cas précis ? Il était nécessaire de trouver des moyens de rendre cette révélation obligatoire. Ainsi le Code de commerce prévoit dans le cadre :

- de l'octroi d'avantages particuliers¹⁹ la révélation de l'intérêt personnel qu'il satisfait au même titre que les apports en nature à la société ;
- du cumul des fonctions qui doit être présent dans le rapport annuel présenté par le conseil d'administration²⁰ ;
- et de la procédure des conventions réglementées²¹, obligatoirement déclarées au conseil d'administration puis à l'assemblée des actionnaires.

La Cour de cassation a pris le parti d'une jurisprudence audacieuse en créant l'obligation, pour les administrateurs (et donc pour le P.-D.G.²² lui-même administrateur) une obligation de loyauté, qui implique « *une exigence accrue de transparence de la part des dirigeants* ». Elle estime que l'exigence de loyauté et de transparence commande cette révélation²³.

En France, la loi sur la sécurité financière de 2003 a néanmoins apporté quelques avancées sur ce point ainsi que sur les relations entre dirigeant et actionariat. La désormais célèbre procédure de l'article 117²⁴ impose au président du conseil d'administration de rendre compte du fonctionnement du conseil et des procédures de contrôle interne dans un rapport joint.

Cette procédure fait écho au rapport publié par la Commission européenne, en novembre 2002 puis en mars 2003, par le groupe de haut niveau

16. *Les conseils d'administration des sociétés cotées*, 1995.

17. *Gouvernement d'entreprise et intérêt des actionnaires*, 1999.

18. *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, 2002.

19. Article L. 225-14, alinéa 2, C. com.

20. Article L. 225-102-1, C. com.

21. Article L. 225-38, C. com.

22. Cette notion n'est pas juridique, elle exprime le rôle du président du conseil d'administration qui assume également les fonctions de directeur général (les deux fonctions pouvant être disjointes).

23. Rapport annuel 1996, p. 312, arrêt du 27 février 1996.

24. Ajoutant un alinéa à l'article L. 225-37 du Code de commerce, en ces termes : « *le président du conseil d'administration rend compte, dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L. 225-100, L. 225-102 ; L. 225-102-1 et L. 233-26, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société.* »

d'experts en droit des sociétés²⁵ qui avait prévu l'obligation de décrire dans le rapport annuel de la société : « *le fonctionnement du conseil d'administration, la procédure de nomination des membres du conseil d'administration, le rôle et les qualifications de chacun de ceux-ci et les liens directs et indirects pouvant exister entre les membres du conseil et la société au-delà de ce mandat* ».

Ce texte doit être rapproché avec l'article L. 225-51²⁶ du Code de commerce. La loi sur la sécurité financière vient prolonger les efforts de la loi NRE de 2001 en multipliant les obligations d'information.

2.2. Les mesures relatives au statut du dirigeant de la société anonyme (SA)

La prévention par la réglementation des cumuls des mandats sociaux

C'est effectivement la loi NRE qui a apporté les modifications les plus importantes aux règles du cumul des mandats sociaux. En effet, elle avait instauré tout d'abord que le nombre de mandats d'administrateur (article L. 225-21) exercés par une même personne dans une société anonyme ayant son siège sur le territoire français ne pouvait être supérieur à cinq au lieu de huit précédemment. Les exceptions à ce principe ont été pour la plupart supprimées. La seule dérogation maintenue concerne les groupes de sociétés. Les mandats d'administrateur exercés dans ces sociétés ne devaient pas être pris en compte. Cette dérogation est dite « verticale ». Par ailleurs, les directeurs généraux ne peuvent exercer plus d'un mandat de ce type. Une exception concernant également les groupes de sociétés a été prévue, mais elle ne permet que l'exercice d'un second mandat.

En second lieu, la loi NRE a fixé une limite globale en interdisant l'exercice simultané de plus de cinq mandats de directeur général, d'administrateur, de directeur général unique, de membre du directoire ou du conseil de surveillance (article L. 225-94 I). Une exception tenant, à nouveau, aux groupes de sociétés permettait de ne pas prendre en compte les mandats exercés dans une société contrôlée (alinéa 2). Les limites au cumul des mandats sociaux fixées par la loi NRE étaient assez restrictives. Or, le législateur a eu quelques doutes sur l'opportunité de dispositions aussi rigoureuses qui accentuaient le peu d'attractivité du système français.

25. *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés*, novembre 2002.

26. Cet article énonce : « *le président du conseil d'administration... organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission* ». Il convient de souligner l'évidence : un administrateur en situation de conflits d'intérêts ne peut pas remplir sa mission.

La loi « Houillon » du 29 octobre 2002 a apporté des exceptions supplémentaires concernant les mandats d'administrateur dans les sociétés sœurs. Cette dérogation est dite « horizontale ». La loi permet l'exercice de deux mandats de direction dans des sociétés qui n'ont aucun lien de capital, dès lors qu'elles ne sont pas cotées.

La loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003 a également levé le doute sur la question intéressant les cas où un directeur général exerçait aussi un mandat d'administrateur dans des filiales. Aujourd'hui, l'article L. 225-94-1 prévoit qu'il n'est pas tenu compte des mandats d'administrateur exercés dans une société contrôlée pour le calcul de la limite globale. Elle témoigne, par cet assouplissement, d'une volonté de prendre en compte les évolutions actuelles du droit des sociétés et la multiplication des groupes de sociétés.

De plus la possibilité ouverte par la loi NRE en 2001 de dissocier les fonctions de P.-D.G. en deux fonctions distinctes semble également élémentaire en termes de prévention des conflits d'intérêts mais n'a malheureusement pas eu le succès escompté. En France, la majorité des sociétés anonymes ont préféré garder le système de la présidence unique, mais quelques sociétés anonymes cotées en bourse – une large minorité – commencent à instaurer une présidence dissociée.

L'obligation de publier les rémunérations des mandataires sociaux dans les sociétés anonymes cotées

Les vraies questions que les actionnaires et autres acteurs dans la société, mais aussi tout le marché se posent, sont : combien gagne ce dirigeant ? est-ce justifié ?

Notre droit des sociétés doit être en mesure répondre à cette interrogation.

Les conflits d'intérêts, se révèlent souvent lorsque la société est en situation difficile tandis que les rémunérations du dirigeant croissent.

La rémunération doit être liée aux objectifs et à l'ambition de l'entreprise et non répondre aux besoins de trésorerie personnels de son P.-D.G.

En France, on ne fait traditionnellement pas état publiquement du montant de sa rémunération. Cette généralité vaut également pour les dirigeants des sociétés. Longtemps, les informations sur leur rémunération ont donc été limitées. Les actionnaires, ne pouvaient obtenir que le montant global, certifié exact par le commissaire aux comptes, des rémunérations versées aux cinq ou dix personnes les mieux rémunérées de la société. Cette opacité entretenue par les dirigeants français indisposait les investisseurs outre-Atlantique.

La loi NRE a donc « brisé un tabou »²⁷ en ajoutant un article L. 225-102-1 prévoyant que le rapport général sur la gestion doit rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés durant l'exercice, à chaque mandataire social, et doit également rendre compte de ceux reçus de la part des sociétés contrôlées (L. 223-16)²⁸.

La loi sur la sécurité financière a ajouté une modification concernant les groupes de sociétés. Elle a imposé que cette publicité des rémunérations soit également descendante. Autrement dit, les rémunérations versées par une société mère à un mandataire exerçant ses fonctions dans une filiale doivent désormais être mentionnées dans le rapport. Cette modification témoigne du souci de transparence manifesté par les actionnaires à propos de leur filiale et de leur gestion. C'est également une avancée dans la lutte contre les sociétés fictives, ou les coquilles vides. Il est à noter que les rémunérations ne sont pas soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées à l'exception de celles présentant un caractère exceptionnel (article L. 225-46).

La rémunération du P.-D.G. se compose des jetons de présence qu'il reçoit en qualité d'administrateur et d'une somme fixe et/ou proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices, déterminée par le seul conseil d'administration (article L. 225-47, alinéa 1). Le montant de la rémunération allouée au P.-D.G. ne peut pas être fixé par un comité des rémunérations, il ne peut donner qu'un avis. Toutefois, les juges peuvent annuler, après avoir considéré comme abusive, l'augmentation substantielle d'une rémunération décidée par le conseil sur l'initiative de son président²⁹. Des poursuites pénales peuvent même être intentées, pour abus de biens sociaux, lorsque, par exemple, la rémunération est manifestement excessive compte tenu de l'activité très réduite de la société, ou n'a pas été autorisée par le conseil³⁰.

L'obligation de transparence relative aux opérations effectuées sur les titres du dirigeant

La rémunération du dirigeant est souvent complétée par des stock-options qui font également l'objet d'une information auprès des

27. Selon les termes de D. Robine, et A-D Merville dans « Les apports de la loi de sécurité financière au droit des sociétés : histoire d'un toilettage législatif », *Petites Affiches*, 14 novembre 2003, n° 228 ; p. 69.

28. La loi sur la sécurité financière a également apporté une modification d'envergure : cette obligation de publicité des rémunérations ne s'applique pas aux sociétés non cotées. Cette modification vivement souhaitée par une grande partie de la doctrine et des dirigeants français, laisse pourtant la place aux fraudes. Les filiales non cotées des sociétés cotées restent soumises à cette publicité.

29. Paris, 30 mars 1977, augmentation décidée alors que les pertes atteignaient six fois le capital.

30. Crim., 6 octobre 1980, Rev. Soc. 1981, 133.

actionnaires (article L. 225-184). Cette obligation étendue de publicité est consacrée par le nouvel article L. 621-18-2 du Code monétaire et financier³¹, qui puise ses origines dans une recommandation de la Commission des opérations de bourse (COB devenue depuis AMF) de février 2002³². Elle a précédé une des dispositions de la directive communautaire « Abus de marché »³³. La transparence des opérations sur titres ainsi organisée, vise à éviter les opérations spéculatives réalisées par les dirigeants et toutes autres personnes qui, du fait de leur fonction, ont accès à des informations privilégiées. En conformité avec cette directive, l'article 122 de la loi sur la sécurité financière prévoit que les sociétés cotées doivent désormais déclarer à l'Autorité des marchés financiers (AMF) les opérations effectuées par les mandataires sociaux sur leurs titres. Les obligations de publicité couvrent un domaine très large (acquisitions, cessions, souscriptions ou échanges) de façon à inclure largement les titres de capital donnant ou pouvant donner accès au capital (offres de rachat d'action).

Les personnes soumises à cette obligation de transparence sont énumérées par la loi, les dirigeants, les mandataires sociaux et les membres du conseil d'administration. Cette obligation de publicité est directement inspirée par la loi « Sarbanes-Oxley ».

L'extension de l'obligation de déclaration aux opérations faites par les personnes ayant des liens étroits avec le dirigeant – ce qui n'implique pas seulement les liens familiaux – est particulièrement intéressante en matière de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre la fraude. Il faudra attendre que le décret en Conseil d'État définisse cette notion de *lien étroit*³⁴.

Le débiteur de l'information est la société émettrice. Là encore l'obligation pèse sur toute personne faisant appel public à l'épargne. Les destinataires de l'information sont l'AMF et le public, ainsi que, logiquement, les actionnaires.

Mais, il est regrettable que la loi n'ait **pas prévu une sanction** pour non-communication de ces informations. La loi ne dit mot des obligations qui pourraient incomber personnellement au dirigeant d'avoir à informer la société des opérations qu'il aurait réalisées sur ses titres.

31. Article 122 de la loi sur la sécurité financière.

32. Recommandation 2002-01, RD bancaire et financier 2002, n° 117.

33. Directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003.

34. Le décret n'étant pas paru, l'AMF dans un communiqué de presse du 27 décembre 2004 recommande aux dirigeants de communiquer aux émetteurs les opérations qui leur auront été déclarées par les personnes qui leur sont liées par référence à la liste de l'article 1^{er}, 2^o de la directive 2004/72/CE, et en tout cas celles du conjoint non séparé de corps et des enfants à charge résidant chez eux.

La sanction des parachutes dorés

Le P.-D.G. peut être révoqué par le conseil d'administration à tout moment, conformément à l'article L. 225-47 alinéa 3 du Code de commerce, qui érige comme impérative cette disposition, laquelle ne peut souffrir d'aucune exception accordée par les statuts de la société. La révocabilité *ad nutum*, pour « juste motif » est donc une règle d'ordre public.

C'est ainsi qu'une clause promettant un « parachute doré » à un dirigeant qui en bénéficiera le jour de la cessation de ses fonctions, à la suite d'une révocation ou de toute autre cause, est interdite puisqu'elle dissuaderait les administrateurs d'exercer leurs fonctions de révocation.

En effet, est illicite « *la convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum du président-directeur général d'une société anonyme par les conséquences financières qu'elle entraîne pour un tiers qui peut exercer une influence sur la décision de révocation* ³⁵ ». Ce parachute doré sera alors frappé de nullité.

Toutefois, la jurisprudence tend à ne prononcer la nullité de ces conventions que si par leurs conséquences financières importantes, elles dissuadent les administrateurs d'exercer leur faculté de révocation ³⁶.

Pourtant, la pratique passe outre cette interdiction accordant aux dirigeants des indemnités de départ, comme corollaire de la hausse des rémunérations. La chambre commerciale a, le 4 juin 1996, admis que certaines d'entre elles étaient valables à condition que « l'intérêt social » soit respecté et que la somme promise n'ait pas un caractère dissuasif.

2.3. Les différentes obligations d'informations

L'impérative obligation pour le P.-D.G. d'informer les administrateurs

Le droit à l'information des administrateurs est une création jurisprudentielle. Il date de l'arrêt « Cointreau » du 2 juillet 1985, par lequel la Cour de cassation a affirmé que le président du conseil d'administration devait « *mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause* » et donc leur fournir les informations nécessaires

35. Pour une solution donnée à propos d'un directeur général mais transposable au P.-D.G. : Com., 4 juin 1996.

36. Article L. 225-47 qui dispose « *Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président [...]. Il détermine sa rémunération.* » L'alinéa 3 énonce : « *Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment* ».

dans un délai suffisant sous peine de nullité de la délibération³⁷. Il paraissait donc légitime de faire peser l'obligation d'information sur ce dirigeant.

La loi sur les nouvelles régulations économiques a inscrit cette obligation dans un article L. 225-35 alinéa 3 : « *chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles* ».

Mais la loi NRE étant marquée par l'instauration d'une dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général, le texte était imprécis sur le point de savoir sur qui reposait cette obligation de communication, car en cas de dissociation, certaines informations sont difficilement accessibles au président. L'obligation devait alors soit reposer sur le directeur général, soit partager la charge de celle-ci.

La loi sur la sécurité financière a modifié cet alinéa : « *le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission* ». Ainsi, la loi a choisi de laisser les dirigeants libres à cet égard (sans même l'avoir prévu dans les statuts), ce qui paraît sage : la nouvelle rédaction visant en effet l'un ou l'autre. Cette réforme exclut désormais clairement la possibilité pour les administrateurs de demander directement des informations aux commissaires aux comptes, aux directeurs généraux délégués, voire aux salariés ou aux organes représentatifs du personnel, c'est-à-dire à un autre que le président du conseil ou le directeur général.

Le rapport sur le gouvernement d'entreprise : une nouvelle obligation pesant sur le dirigeant et qui tend à une plus grande transparence des activités et des choix de la société

La loi sur la sécurité financière, à l'instar de la loi « Sarbanes-Oxley », se veut « *une réponse à la fois politique et technique à la crise de confiance dans les mécanismes du marché et aux insuffisances de régulation dont le monde économique et financier a pris conscience* »³⁸ à la suite de divers scandales financiers et de l'effondrement de grandes entreprises multinationales.

Ainsi, le nouvel article 117 de la loi sur la sécurité financière a ajouté un alinéa à un texte existant, l'article L. 225-37 du Code de commerce. Ce texte dispose désormais : « *le président du conseil d'administration rend compte dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L. 225-100,*

37. Un autre arrêt de la chambre commerciale du 8 octobre 2002 a même imposé cette communication préalablement à la tenue d'une réunion du conseil. JCP, E, 27 février 2003, n° 9, p. 374.

38. Communication de Francis Mer au Conseil des ministres du 5 février 2003.

L. 225-102, L. 225-101-1 et L. 233-26 des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société ». Le même texte ajoute : « sans préjudice des dispositions des articles L. 225-56, le rapport indique en outre les éventuelles limitations apportées au pouvoir du directeur général ».

Parallèlement, le nouvel article L. 225-235 prévoit que les commissaires aux comptes présentent dans un rapport joint à leur rapport général, leurs observations sur le rapport effectué par le président du conseil. Ces observations portent sur les procédures de contrôle interne relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière. Enfin, l'article L. 621-18-3 du Code monétaire et financier met en place pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, une publicité des informations relevant des procédures de contrôle interne.

Sans doute l'article L. 225-51 du Code de commerce précise-t-il que le président du conseil d'administration organise et dirige les travaux du conseil et rend compte à l'assemblée des travaux de celui-ci. Mais le nouvel alinéa 3 de l'article 225-37 va beaucoup plus loin.

Ces nouveaux rapports sur le gouvernement d'entreprise constituent l'innovation essentielle de la loi de sécurité financière relative à l'information. Malheureusement, peu avant le mois d'août 2005, le Parlement a décidé de supprimer l'obligation d'établir ce rapport sur le contrôle interne et sur la gouvernance dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne. La loi sur la sécurité financière votée il y a deux ans se voit donc amputée de l'une de ses principales mesures destinées à établir la transparence dans les entreprises³⁹.

Le contrôle des conventions passées par le dirigeant avec sa société placée par la loi au centre de la prévention des conflits d'intérêts

La position privilégiée des dirigeants peut les amener à prendre une décision favorisant leurs propres intérêts aux dépens des intérêts de la société et de ses actionnaires. Dès lors, il est à craindre que lorsqu'un dirigeant contracte avec sa société, il abuse de sa position pour obtenir des avantages injustifiés. Mais d'un autre côté, le contrat peut être utile à la société et intéressant pour les deux parties. Pour résoudre cette opposition d'intérêts, dans des situations où l'on est souvent proche du « contrat avec soi-même »⁴⁰, (le même individu vend à titre personnel et achète en qualité de

39. Voir article de Vincent Baillot, président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, *La Tribune* du 9 novembre 2005.

40. M. Merle, « Sociétés commerciales », *Précis Dalloz*, 2001, p. 424.

représentant de la société), la loi de 1867 avait instauré une réglementation dans son article 40⁴¹ dont le champ d'application a été étendu par la loi NRE.

Cette loi dans son chapitre consacré à la « *prévention des conflits d'intérêts* » reste assez limitée en matière de prévention des conflits d'intérêts puisqu'elle se borne à traiter de la procédure des conventions interdites et réglementées comme *unique* moyen de prévention (article 111 de la loi NRE).

Nombreux sont ceux qui auraient souhaité la rédaction d'un principe général qui imposant, par exemple, une obligation de révélation aux cocontractants de la société, et des décisions d'approbation de certains organes sociaux⁴².

Le Code de commerce retient **trois catégories d'opérations** et y affère trois différents types de procédures : les conventions interdites, réglementées et courantes.

● Les conventions interdites

Le législateur a dressé une liste limitative des conventions interdites qu'il souhaite exceptionnelles. Ainsi l'article L. 225-43 C. com dispose que : « *à peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers* »⁴³.

Ces interdictions sont applicables aux conventions souscrites également par le président-directeur général (article L. 225-43 alinéas 1 et 3) et à toute personne interposée. La nullité absolue des opérations interdites est une sanction ouverte à tout intéressé sans qu'il soit tenu d'établir l'existence d'un préjudice pour la société. Elle ne peut pas être couverte par un acte confirmatif et obéit à la prescription trentenaire. Le législateur a voulu faire de l'action en nullité une action très ouverte dans ce domaine des conventions interdites et dont la preuve serait facilitée. La loi a ainsi voulu mettre fin aux crédits abusivement consentis par les sociétés à leurs administrateurs et directeurs ou ceux de leurs filiales.

41. L'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 était rédigé en ces termes : « *il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'il n'y soit autorisé par l'assemblée générale* ».

42. LE Cannu, *Droit des sociétés*, 2002, n° 701.

43. Com. 26 avril 2000, Bull. Joly 2000, p. 703, n° 164.

- **Les conventions portant sur des « opérations courantes et conclues à des conditions normales »**

À l'inverse, les conventions portant sur des « opérations courantes et conclues à des conditions normales », échappent à la procédure de contrôle (article L. 225-39 du Code de commerce). Ces deux conditions sont de fait, et il s'agit de tenir compte des circonstances dans lesquelles sont habituellement conclues les conventions semblables, dans la société mais aussi dans les autres entreprises du même secteur d'activité. Il faudra prendre en compte l'objet social pour déterminer la nature des opérations courantes⁴⁴.

Aucune procédure d'approbation par le conseil n'est donc nécessaire. Les conventions courantes doivent être communiquées au président du conseil d'administration qui les transmettra à son tour au conseil et au commissaire aux comptes (article L. 225-39 alinéa 2).

- **Les conventions réglementées comme moyen efficace de contrôler les intérêts du dirigeant**

Il s'agit de toutes les conventions qui n'entrent dans aucune des deux autres catégories, interdites ou libres (article L. 225-38 C. com). Elles sont soumises alors à la procédure de contrôle et elles devront être préalablement autorisées par le conseil, puis approuvées, après leur conclusion, par l'assemblée des actionnaires.

La procédure s'applique donc aux modifications d'une convention conclue antérieurement, par exemple aux rémunérations exceptionnelles allouées par le conseil à ses membres, et par conséquent à son dirigeant⁴⁵ ainsi que le prévoit expressément l'article L. 225-46 du Code de commerce.

Cependant, cette procédure ne s'applique pas à la rémunération du président et du directeur général fixée par le conseil (article L. 225-47 alinéa 1) ainsi qu'aux jetons de présence des administrateurs déterminés par l'assemblée générale des actionnaires (article L. 225-45 C. com) dans la mesure où ces rémunérations ont un caractère plus institutionnel que contractuel.

- **Conventions et cocontractants concernés**

L'article L. 225-38 du Code de commerce vise de manière très large « toute convention ». *A contrario*, en l'absence de convention, la procédure ne sera pas applicable, et d'autres voies seront alors nécessaires pour traiter les conflits d'intérêts. Pour autant, l'expression reste générale et trouvera très souvent application. En effet, une convention ne requiert aucun acte

44. À titre d'illustration, on retiendra qu'un contrat de travail n'entre pas dans ce champ étant donné qu'il correspond à l'organisation de la société et non à son objet social.

45. Com., 2 mai 1983, *Gaz. Pal* 1983, II, Panor. P. 238, J. Dupichot.

écrit⁴⁶, et il suffit que l'accord oblige la société et l'intéressé. L'article L. 225-38 vise non seulement les contrats signés par le président, mais aussi toute décision prise par lui ou par le conseil accordant à un intéressé un droit accepté par lui. À titre d'illustration, la décision du conseil d'administration de transférer des actifs ou des fonds sociaux à une filiale ayant des dirigeants communs avec la société mère et l'acceptation de ce transfert constitue une convention au sens de l'article L. 225-38.

Le président-directeur général est bien entendu concerné par ces réglementations, et toutes les conventions qu'il passe sont soumises à la procédure de contrôle du conseil d'administration.

La réglementation de l'article L. 225-38 du Code de commerce s'applique à *trois types de conventions* :

- *les conventions directes* : conclues entre la société anonyme et ses administrateurs, directeur général et membres du conseil d'administration ;
- *les conventions indirectes* : conclues entre la SA et une société dans laquelle les mêmes personnes sont associées indéfiniment responsables, gérants, administrateurs, membres du conseil ;
- *les conventions sans administrateurs communs* : (depuis la loi NRE). Les conventions entre la SA et un actionnaire détenant plus de 5 % des droits de vote. Les conventions entre une société contrôlée et une société ou personne physique détenant plus de 5 % des droits de vote.

L'exclusion des dirigeants de fait

Une difficulté provient de ce que l'article L. 225-38 ne vise que les dirigeants de droit et non les dirigeants de fait. La Cour de cassation qui en a décidé ainsi depuis un arrêt du 29 mai 1967. Cette situation est tout à fait anormale : sa position de dirigeant lui donne le pouvoir d'intervenir dans la gestion du patrimoine social, et sa situation de fait l'exonère du contrôle « *ouvrant ainsi la porte aux abus clandestins* »⁴⁷.

Il est communément admis qu'un dirigeant de fait est celui qui exerce « *en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction* », impliquant donc deux situations : le directeur général de fait et l'administrateur de fait étant donné que l'article L. 46-2 du Code étend les dispositions applicables aux dirigeants de droit à « *toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion* » de la société. En conséquence, selon M. Schmidt, dès lors qu'une personne participe de façon régulière et habituelle aux prises de

46. Cass. Com., 27 février 2001, qui estime que l'article L. 225-38 « *n'impose, par ailleurs, aucune forme particulière aux conventions réglementées* ».

47. D. Schmidt, paragraphe n° 114, dans *Les conflits d'intérêts dans la SA*, Joly, 2004.

décisions du conseil d'administration, elle est administrateur de fait et donc dirigeant de fait.

Une petite évolution est apparue dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2001 en approuvant les juges du fond d'avoir retenu que les deux personnes dont la responsabilité était recherchée en leur qualité de dirigeant de fait « *ne se sont pas bornées à leur rôle d'investisseur ou à procéder à des recherches techniques ou à trouver des solutions de restructurations financières mais, dépassant une intervention à titre de conseil, ont exercé un véritable pouvoir de direction en plaçant le conseil d'administration dans un état de dépendance, en soumettant ses décisions aux résultats de leurs recherches et de leurs avis auxquels le conseil d'administration ne s'opposait pas, même s'il n'avait reçu que le minimum d'informations, ce dont se sont plaints les membres du conseil* ». C'est l'emprise sur le conseil qui caractérise ici un pouvoir de direction.

On remarque très vite l'importance de prendre en compte les dirigeants de fait dans le champ d'application des conventions réglementées, et le législateur devrait répondre à l'invitation de la jurisprudence à légiférer sur ce point. Beaucoup de conventions ont dû être conclues, pour le compte du dirigeant, par des hommes de paille.

Nous constatons que dans le cadre de la société anonyme, la réglementation est assez précise et qu'elle peut permettre d'éviter que des situations de conflit d'intérêts n'aboutissent à des dérives de la part des dirigeants.

3. LES INFRACTIONS PÉNALES DÉCOULANT D'UNE SITUATION DE CONFLITS D'INTÉRÊTS

En fait, que ce soit dans le cadre des sociétés, des associations ou autre, le conflit d'intérêts étant une situation de fait, il n'aboutit pas toujours à des dérives. C'est donc par l'intermédiaire d'infractions pénales qu'il est appréhendé. Nous pouvons différencier ces infractions en les qualifiant de directes ou indirectes, suivant la relation qu'elles ont avec la situation de conflit d'intérêts.

3.1. Les infractions « directes »

En premier lieu, dans le domaine des sociétés, l'usage abusif des biens ou du crédit de la société communément appelé **abus de biens sociaux** (ABS) est au droit des affaires ce que le vol est au droit pénal général (confusion des biens de l'entreprise avec ceux du dirigeant). Cette infraction n'existe que pour les entreprises revêtant la forme d'une société commerciale.

Cette infraction est prévue dans deux cas de figure : la SARL (étendu à l'EURL) par les articles 241-3-4 et 5 du Code de commerce et la SA (étendu à la SASU) par les articles 242-6-3 et 4 du même Code.

L'ABS est le fait pour un dirigeant d'employer de mauvaise foi les biens ou le crédit de la société dans un intérêt qu'il sait contraire à celle-ci, pour son profit ou pour celui d'une entreprise où il détient lui-même des intérêts directs ou indirects.

La notion de dirigeant englobe, le gérant (statutaire ou non) pour les SARL, EURL et SCA et pour les SA, le P.-D.G., le ou les directeurs généraux, les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou du directoire. Précisons également que si les dirigeants de droit sont responsables de cette infraction, cela est vrai également pour les dirigeants de fait. Les textes visent en effet, toute personne interposée, qui aura en fait exercé la direction de la société.

Dans le cadre du conflit d'intérêts, il y a la poursuite d'un intérêt personnel de la part du dirigeant. Les articles 241-3 et 242-6 du Code de commerce donnent à la notion d'intérêt personnel un domaine d'application vaste :

- tout d'abord et c'est en pratique l'un des phénomènes les plus courants, il y a l'intérêt personnel du dirigeant. Ce dernier va confondre le patrimoine de la société avec le sien propre, en abusant de ses prérogatives pour faire entrer dans ce dernier des biens appartenant à la société ;
- ensuite, il y aura délit lorsque l'acte favorisera une tierce entreprise dans laquelle le dirigeant aura un intérêt direct ou indirect : intérêt direct : soit le dirigeant est l'un des associés (actionnaire ou propriétaire) de la tierce entreprise, soit il en est le dirigeant de droit ou de fait ; intérêt indirect : le dirigeant peut se trouver dans de nombreuses situations différentes et opaques, vis-à-vis de l'entreprise bénéficiaire (exemple : conjoint associé ou dirigeant de la tierce entreprise, existence de liens juridiques et commerciaux entre les deux entités, etc.).

En pratique les cas d'ABS peuvent s'analyser en cinq catégories principales :

- la rémunération des dirigeants ;
- les dépenses personnelles ;
- les avantages pécuniaires ;
- la confusion du patrimoine social et personnel ;
- la confusion des patrimoines entre sociétés.

L'auteur d'abus de biens sociaux encourt une peine d'emprisonnement de cinq ans et une peine d'amende de 375 000 euros. Remarquons que cette infraction n'entraîne pas la peine complémentaire d'interdiction de gérer.

Si certains faits matériels de cette infraction sont commis après que la société soit en situation de cessation de paiement, l'infraction se transforme en **banqueroute** (article L. 626-1 et suivants du Code de commerce). Il faut que la société soit déclarée en redressement ou en liquidation judiciaire par le tribunal de commerce, c'est une condition impérative.

Enfin, cette infraction d'ABS n'est pas applicable au dirigeant d'une association, qui peut toutefois être poursuivie pour **abus de confiance**. En effet, selon l'article 314-1 du Code pénal, l'abus de confiance est le détournement frauduleux de choses remises à l'agent, à charge pour lui de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

On peut retenir l'exemple du président d'une association qui utilise à des fins personnelles des biens appartenant à l'association. Dans ce cas, il détourne les biens qui étaient destinés à un usage déterminé, l'objet de l'association elle-même.

Peuvent être encourues une peine d'emprisonnement de trois ans maximum et une amende d'un montant de 400 000 euros pour les personnes physiques. Cette amende peut être quintuplée si l'auteur est une personne morale.

De même dans le domaine particulier des sociétés anonymes, il faut mentionner une infraction spécifique : **le délit d'initié** prévu à l'article 465-1 du Code monétaire et financier⁴⁸ et punie d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 1 500 000 euros qui peut être proportionnelle au profit éventuellement réalisé.

La jurisprudence a déduit l'élément intentionnel de la seule violation de l'obligation d'abstention⁴⁹ et a estimé que l'information privilégiée ne devait pas nécessairement présenter le caractère de certitude⁵⁰. L'amende proportionnelle est passée du quadruple au décuple du profit réalisé. De plus, la jurisprudence a étendu, d'une certaine manière, l'obligation d'abstention aux sociétés non cotées, en se fondant sur le devoir de loyauté du président du conseil d'administration, de ne pas profiter de sa connaissance des opérations sur les actions de la société pour réaliser une plus-value au détriment d'un actionnaire qui lui a demandé d'acquérir ses titres⁵¹. Ce devoir de loyauté incombe, selon la jurisprudence, à tout administrateur, y

48. Et sanctionne, en ces termes : « *le fait, pour le dirigeant d'une société et pour les personnes disposant à l'occasion de l'exercice de leur profession, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations* ».

49. Cass. Crim., 26 octobre 1995.

50. Cass. Crim., 26 juin 1995.

51. Com., 26 février 1996, JCP G, 1996, II, 22665.

compris, donc, le dirigeant. Mais, depuis les années soixante-dix, très peu de poursuites judiciaires ont été menées (moins de trente). Ce petit nombre s'explique par la difficulté de prouver ce délit.

Une récente directive communautaire du 29 avril 2004⁵², impose aux États membres de dresser des « listes d'initiés » incluant « *toutes les personnes qui ont accès à des informations privilégiées le concernant directement ou indirectement, de manière régulière ou occasionnelle* » (article 5). Cette liste doit mentionner le motif pour lequel la personne y est inscrite. Par ailleurs, elle met en place une obligation pesant sur les autorités compétentes des États membres de notifier les opérations suspectes en « *tenant compte des éléments constitutifs de l'opération d'initié ou de la manipulation de marché* » (article 7).

La Commission a souhaité mettre en place un système identique à celui de TRACFIN⁵³ à propos des délits de blanchiment. La directive 2004/72 du 29 avril 2004 a institué une possibilité pour les professionnels de la finance de notifier, révéler leurs doutes quant à une opération dont ils ont connaissance, et qui pourrait constituer un délit d'initié. Ici, l'article 11 relatif à la responsabilité professionnelle, édicte que « *les États membres veillent à ce que les personnes qui procèdent à une notification à l'autorité compétente – l'AMF en France – n'en informent personne, en particulier pas les personnes pour le compte desquelles les opérations ont été effectuées ou les parties liées à ces personnes* ». Elle ajoute surtout : « *le respect de cette obligation n'expose la personne ayant effectué la notification à aucune responsabilité d'aucune sorte pour autant que la personne qui notifie agisse de bonne foi. Les États membres veillent à ce que les autorités compétentes s'abstiennent d'informer quiconque de l'identité des personnes qui ont notifié ces opérations si en le faisant, elles leur nuisent ou risquent de leur nuire.* » Le professionnel de la finance ne pourra pas voir sa responsabilité engagée et, le client qu'il a dénoncé ne pourra pas se retourner contre lui. Ainsi, la Commission européenne adhère à l'objectif de faire du secret professionnel un « *secret partagé* »⁵⁴ nécessaire à la révélation et la détection des opérations bancaires et financières délictuelles.

3.2. Les infractions « indirectes »

Il s'agit là d'infractions proches de la situation de conflit d'intérêts. Tout d'abord, on peut être en présence d'infractions classiques utilisées par le dirigeant dans son intérêt personnel.

52. Directive 2004/72/CE portant modalités d'application de la directive 2003/6 en ce qui concerne les pratiques de marché admises, l'établissement de listes d'initiés.

53. TRACFIN signifie « traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins ».

54. Rapport 2003 du SCPC : « Du secret ».

Ce sera le cas de **l'escroquerie**, du **vol**, du **détournement de fonds publics** (*cf.* fiche pratique dans ce rapport), du **faux et usages de faux**, de **la corruption privée**⁵⁵, voire de **l'atteinte à la déontologie de l'activité pour les opérations privées**.

Mais ensuite d'autres délits relatifs à la comptabilité. Ces délits font aussi l'objet d'une législation pénale sévère. Celui de présentation ou de publication de comptes inexacts expose le dirigeant à un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375 000 euros. De quelles inexactitudes s'agit-il ? On peut citer quelques exemples : omission de certaines recettes occultes destinées à alimenter les caisses noires de la société, inscription dans les comptes « immobilisation » de biens qui ne sont pas la propriété de l'entreprise, mention à l'actif de créances fictives, dissimulation de dettes ou d'engagements, ou encore, les fraudes les plus faciles à commettre et les moins aisées à déceler : majoration des éléments d'actif (immobilisations, actifs circulant) et minoration des éléments du passif (réserves, provisions pour risques et charges, dettes certaines et conditionnelles). Là encore, et conformément à la démarche classique en droit pénal des affaires, la seule qualité de dirigeant pèsera lourd et anéantira tout système de défense axé sur l'imprudence ou la négligence, spécialement en cas de fausse évaluation.

Le délit de distribution de dividendes fictifs découle du délit précédent, la présentation d'un faux bilan prenant alors tout son sens. Le caractère fictif de cette distribution donne une impression générale de fallacieuse prospérité qui risque d'être fatale à la société.

55. *Cf.* fiche pratique sur la corruption privée dans ce rapport.

II. – DES MAILLONS FRAGILES DE LA CHAÎNE DE TRANSPARENCE FINANCIÈRE : LES CONFLITS D'INTÉRÊTS CHEZ LES PROFESSIONNELS DU CHIFFRE

La technique comptable repose sur des éléments objectifs (enregistrement de coûts, d'acquisitions) mais aussi sur des éléments subjectifs (évaluation d'une moins-value).

Pour quantifier ces éléments subjectifs les professionnels du chiffre peuvent être influencés et confirmer des données fausses qui seront interprétées par un grand nombre d'individus (actionnaires, investisseurs, économistes, comité d'entreprise, clients et fournisseurs...).

Le contrôle des comptes de l'entreprise et l'interprétation de ces comptes représentent une telle importance qu'il a fallu encadrer légalement l'action de certains de ces intervenants. Il est évoqué ici le risque de conflit d'intérêts d'une part chez le commissaire aux comptes, acteur le plus souvent obligatoirement désigné, et d'autre part chez les analystes financiers et agences de notation, acteurs facultativement choisis.

1. L'INTERPRÈTE IMPOSÉ DES COMPTES : LE COMMISSAIRE AUX COMPTES

La désignation du commissaire aux comptes est obligatoire dans certaines entités, de par leur forme (sociétés anonymes ou en commandite notamment), de par leur importance (personnes morales dépassant deux des trois critères liés à l'importance du chiffre d'affaires, du total du bilan ou du nombre de salariés) ou de par leur nature (associations recevant des subventions ou faisant appel à la charité publique).

En dehors de ces cas, fort nombreux, toute entité est libre de procéder ou non à la désignation d'un commissaire aux comptes.

En France, le commissariat aux comptes est une institution ancienne instaurée pour la première fois par la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes avec l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes, de l'établissement d'un rapport par celui-ci et de sa présentation en assemblée générale.

Progressivement la mission du commissaire aux comptes est montée en puissance et a été sacralisée. C'est ainsi que le décret-loi du 8 août 1935, pris à la suite de la crise financière de 1929 et de scandales financiers divers, instaure le devoir de révélation au procureur de la République et l'agrément

par les cours d'appel des commissaires aux comptes missionnés dans les sociétés faisant appel à l'épargne publique.

La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales instaure les grands principes régissant encore la profession aujourd'hui : comptes certifiés, professionnels indépendants, incompatibilités, regroupement au sein d'une organisation professionnelle. Le décret du 12 août 1969 créant la Compagnie nationale des commissaires aux comptes a unifié le métier au plan national.

Par la suite, diverses lois imposées par le développement du commerce, l'harmonisation européenne et les normes internationales ont vu le jour. Notamment la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises qui étend l'intervention du commissaire aux comptes à certaines associations ou aux établissements publics à caractère industriel et commercial et à d'autres sociétés commerciales qui en étaient jusqu'alors dispensées.

Enfin, des textes plus récents, loi NRE (nouvelles régulations économiques) du 15 mai 2001, loi LSF (loi de sécurité financière) du 1^{er} août 2003 et l'ordonnance du 8 septembre 2005, ont confirmé le rôle majeur de la profession dans la transparence financière et de son contrôle. A notamment était instauré le Haut Commissariat aux comptes, véritable clef de voûte de l'institution en affirmant le principe de séparation des activités de conseil et d'audit et le non-renouvellement de mandat dans les sociétés cotées.

1.1. La mission des commissaires aux comptes et ses dérivés

La mission initiale des commissaires aux comptes était dictée par l'intérêt de la protection des investisseurs. Elle s'étend aujourd'hui à la protection du public, victime indirecte des conséquences multiples de publication de comptes mensongers. Des exemples récents montrent à quel point des errements pratiqués dans une banque où l'État est actionnaire majoritaire se répercutent sur le contribuable.

Ainsi, le commissaire aux comptes participe à une véritable mission d'intérêt général en attestant de la sincérité des comptes que se doit d'établir annuellement toute entité économique.

Cette mission consiste à certifier que les comptes annuels de l'entité contrôlée – en justifiant de ses appréciations – sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice. Les récentes dispositions prévoient notamment la vérification du rapport de gestion du président du conseil d'administration par le commissaire aux comptes.

Ces obligations de certification des comptes annuels se traduisent par l'établissement d'un rapport général annuel faisant suite à l'établissement des comptes obligatoires et d'un rapport spécial portant sur les conventions réglementées, c'est-à-dire celles liant la société vérifiée à l'un de ses administrateurs.

En cas de doute sur des faits susceptibles de constituer des infractions, le commissaire aux comptes doit alerter le parquet du tribunal de grande instance du ressort de l'entité qu'il contrôle : c'est le devoir de révélation.

De même, le commissaire aux comptes se doit de déclencher la procédure d'alerte auprès des dirigeants et, en cas de nécessité, auprès du président du tribunal de commerce lorsque la société est menacée de cessation des paiements.

En fait, la mission des commissaires aux comptes est triple : une mission de contrôle, une mission d'information et une mission d'alerte.

Ces missions sont assorties de dispositions pénales rigoureuses qui doivent cependant être soumises au feu de la réalité. Comme le dit l'adage pratiqué dans la profession : « *le commissaire aux comptes a une obligation de moyens, mais pas de résultat* »...⁵⁶ Autrement dit, si le professionnel du chiffre prouve qu'il a employé les moyens communément admis pour contrôler une comptabilité, on ne peut lui reprocher de ne pas avoir découvert les fraudes qui y figuraient.

Ainsi, le commissaire aux comptes procède à des sondages lui permettant de s'assurer de la véracité des comptes mais si ces sondages ne s'appliquent pas systématiquement à des « comptes sensibles », la vigilance du professionnel du chiffre ne sera que superficielle.

Depuis le décret du 12 août 1969, les commissaires aux comptes doivent établir un programme de travail. Un esprit déplacé pourrait y voir une invitation à utiliser les parties de la comptabilité non explorées par ce travail de vérification défini à l'avance pour y dissimuler des malversations. On pourrait imaginer un commissaire aux comptes limitant pudiquement ses contrôles sur des points qu'il sait inattaquables pour ne pas avoir à découvrir des faits conduisant au refus de certifier et à son corollaire, la dénonciation au parquet du tribunal de grande instance.

De même, dans les normes professionnelles, intervient une notion de chiffres ou d'éléments « insuffisamment significatifs... » ou la certification « avec réserve ». D'où la mention consacrée dans bon nombre de rapports : « *sous réserve de... je certifie que les comptes de l'exercice sont réguliers et sincères* »...

56. *Guide du commissaire aux comptes, normes professionnelles.*

Dès lors, si un dirigeant de société pratique indûment des avances de trésorerie pour plusieurs millions d'euros à l'une des sociétés avec laquelle il est lié à titre personnel, et que ce chiffre ne représente qu'un pourcentage réduit du total du bilan, ce montant sera-t-il « assez significatif » pour entraîner un refus de certifier et une dénonciation au parquet ? « Sous réserve » que le dirigeant consente, après la clôture des comptes, à augmenter l'importance d'une provision liée à une créance impayée vieille de plusieurs années les comptes seront-ils sincères et présenteront-ils une « image fidèle » ?

Il a été trop souvent observé des dérives de la fonction initiale du commissaire aux comptes qui se transforme en conseil ou en enseignant lorsqu'il facture la formation du personnel comptable de la société qu'il contrôle. Ces déviations se pratiquent avec d'autant de discrétion que bien souvent le commissaire aux comptes fait partie d'un ensemble dont seulement l'une des branches se consacre à l'audit. La récente loi LSF a voulu faire cesser ces abus en instaurant une interdiction, visée à l'article L. 822-1 du Code de commerce, de la fourniture de prestations de service ou de conseils y compris par l'intermédiaire d'un réseau. Ce contrôle est placé sous l'autorité du Haut Conseil mais il faudra attendre l'interprétation qui en sera faite, le texte étant encore trop récent.

1.2. Le mode de désignation et de rémunération et ses dangers

« Nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet »⁵⁷.

Cette liste est établie par le conseil régional des commissaires aux comptes existant auprès du siège de chaque cour d'appel. Il appartient à ce conseil de s'assurer de la qualité morale et de l'aptitude de chaque candidat. Le postulant devra avoir subi avec succès les épreuves du certificat d'aptitude aux fonctions de commissaire aux comptes ou être titulaire du diplôme d'expertise comptable.

Ainsi, une entité soumise à l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes devra choisir une personne physique ou morale agréée, il n'est pas nécessaire qu'elle soit inscrite sur la liste du siège de la société. Dès lors le dirigeant pourra toujours solliciter un commissaire aux comptes qui sera limité dans ses interventions par exemple par l'éloignement de son cabinet du siège social de l'entreprise.

57. Article L. 822-1 du Code de commerce.

L'une des originalités de la fonction de commissaire aux comptes provient du fait que « celui qui est contrôlé est celui qui paye ». Certes, il existe bien une grille de rémunérations (se rapportant au nombre d'heures par rapport au chiffre d'affaires augmenté des produits d'exploitation et des produits financiers) fixée par décret, mais au-delà d'un certain montant de chiffre d'affaires ou pour les sociétés cotées, les durées d'interventions sont fixées de gré à gré et les honoraires qui en découlent. La grille ne concernant que le temps consacré à la vérification mais pas le tarif horaire.

À l'heure des restrictions de coûts, les dirigeants de société peuvent être tentés de diminuer de plus en plus les interventions du commissaire aux comptes alors que son travail d'une complexité croissante nécessiterait au contraire une réévaluation de celles-ci. Le jeu de la concurrence sévissant dans la profession de commissaire aux comptes, comme dans toute autre activité, d'aucun pourrait imaginer que les honoraires les plus bas ne se rapportent pas aux contrôles les plus pointus.

Un autre risque important existe : comment un commissaire aux comptes ne pourrait-il exposer son objectivité dans sa mission de certification des comptes quand l'entité qu'il contrôle lui fournit des honoraires représentant près de 20 % de son chiffre d'affaires annuel ? Dans sa dernière version, le code de déontologie élaboré par le Conseil national de commissaires aux comptes et soumis au Haut Commissariat des commissaires aux comptes, se contente d'indiquer que les honoraires perçus ne doivent pas représenter une « part significative » par rapport au chiffre d'affaires...⁵⁸.

Le code de déontologie a été définitivement approuvé, après d'intenses tractations, le 16 novembre 2005 et ce terme de « part significative » des honoraires a été maintenu en précisant qu'il convient de prendre les « mesures de sauvegarde appropriées ».

De même, comment le contrôle peut-il se faire de façon rigoureuse lorsqu'un franchiseur a le même commissaire aux comptes que plusieurs de ses franchisés ou lorsqu'une société en absorbe une autre possédant le même commissaire aux comptes, ou tout simplement lorsqu'un groupe de sociétés, regroupement de personnalités morales distinctes, a un commissaire aux comptes commun ?

Un commissaire aux comptes saura-t-il résister dans l'appréciation d'un risque insuffisamment pris en compte par le dirigeant d'une société ? En cas de refus de certifier les comptes celui-ci pourrait se voir taxer de « pointillisme » et remercié à l'issue de son mandat de six ans. Derrière l'insuffisance de la provision constatée et devant l'intransigeance du dirigeant pour ne pas

58. Article 34 du projet de code de déontologie.

l'augmenter, ne se profile-t-il pas le spectre des charges de fonctionnement du cabinet ?

Toutes les sociétés dans lesquelles interviennent les commissaires aux comptes ne sont pas des sociétés cotées ou des sociétés d'une telle importance qu'elles soient pourvues d'un comité d'audit. Dans la pratique, c'est bien souvent l'expert-comptable qui suggérera le nom du commissaire aux comptes avec lequel il a « l'habitude de travailler ». Ainsi il va s'établir une sorte de confiance présumée dans le contrôle des comptes pouvant nuire à la qualité des contrôles.

1.3. Le commissariat aux comptes, une profession encadrée

Jusqu'à la loi LSF du 1^{er} août 2003, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) était l'organe suprême représentant la profession chargée de l'organiser, de la contrôler et de la défendre. Elle était secondée dans sa mission par les compagnies régionales des commissaires aux comptes (CRCC) placées dans chaque circonscription de cour d'appel.

Depuis l'application de cette loi, cette structure a été conservée mais il y a eu création du Haut Conseil du commissariat aux comptes placé sous l'autorité du garde des Sceaux et présidé par un haut magistrat (conseiller à la Cour de cassation). Si la CNCC s'est vue reconnaître le statut d'établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, elle ne fait que *second* le Haut Conseil dans sa mission de surveillance de la profession, du respect de la déontologie et de l'indépendance, de l'identification et de la promotion des bonnes pratiques, du contrôle et d'instance d'appel des décisions des CRCC.

Ainsi, on assiste à la naissance d'un contrôle externe public émanant d'un contrôle interne professionnel. Mais la LSF a instauré une régulation duale qui fait intervenir la profession mais aussi l'Autorité publique. Les grandes dispositions de ce texte récent figurent dans les propositions de directive du Parlement européen et du Conseil de l'Europe concernant le contrôle légal des comptes annuels et comptes consolidés du 16 mars 2004 ce qui tend à prouver que la préoccupation de la sécurité des comptes financiers se fait également dans le cadre du Marché unique.

La naissance du Haut Conseil du commissariat aux comptes résulte du décret d'application en date du 25 novembre 2003. Sur les douze membres du Haut Conseil, figurent trois commissaires aux comptes et trois magistrats ce qui montre la volonté de dualité du législateur.

Les commissaires aux comptes sont soumis à des inspections, des contrôles périodiques et des contrôles occasionnels. Ces dispositifs

résultent notamment de l'Autorité administrative mais sont pratiqués de fait sous l'égide de la CNCC avec la participation de ses membres.

Malgré sa création récente, le Haut Conseil du commissariat aux comptes a rendu plusieurs décisions et avis, notamment sur la justification des appréciations des commissaires aux comptes, et sur le dernier code de déontologie proposé par la CNCC⁵⁹.

Cependant dans la réalité, cette nouvelle institution aura-t-elle les moyens de sa mission face aux ressources significatives de son « bras armé », la CNCC, riche, de sa technicité et de son quart de siècle d'existence ?

Certains ont proposé un partenariat entre le Haut Conseil du commissariat aux comptes et l'AMF voulant ainsi rapprocher le nouvel organisme du modèle américain. Ce rapprochement se justifierait d'autant plus avec la disparition du *Comité de déontologie et de l'indépendance*, mis en place par la COB et la CNCC en 1999, et qui contribuait, par ses avis et ses propositions, à concourir à l'indépendance de la profession pour les commissaires aux comptes des sociétés faisant appel à l'épargne publique.

1.4. Les sanctions liées au dysfonctionnement de la fonction du commissariat aux comptes

Il existe des sanctions civiles, des sanctions disciplinaires et des sanctions pénales pour lutter contre les dérives de la mission du commissaire aux comptes.

En ce qui concerne la responsabilité civile du commissaire aux comptes, elle est expressément visée par les textes et déclenchée le plus souvent par des actionnaires ou des créanciers qui estiment que le professionnel du chiffre doit indemniser les conséquences de ses erreurs de certification des comptes ou son absence de découverte de détournements d'actif ou tout manquement à sa mission. Le régime de responsabilité solidaire incite les plaignants à poursuivre les responsables les plus solvables. Les commissaires aux comptes souscrivent des contrats d'assurance pour faire face à d'éventuelles indemnisations.

Les sanctions disciplinaires peuvent être prononcées de façon indépendante ou accompagnées des sanctions civiles ou pénales frappant les manquements aux devoirs des commissaires aux comptes. Celles-ci sont prises par la chambre régionale de discipline instaurée au sein de chaque CRCC, le Haut Conseil du commissariat aux comptes intervenant en tant que chambre d'appel.

59. Celui-ci a été entériné le 17 novembre 2005.

La chambre régionale de discipline peut être saisie par le garde des sceaux, le procureur de la République ou les présidents de la CNCC ou de la CRCC. Les sanctions prévues vont de l'avertissement et du blâme à l'interdiction temporaire ou définitive.

Entre 1995 et 2004, le nombre de mises en jeu de la responsabilité civile des commissaires aux comptes se situe entre 150 et 200 par an, tandis que les mises en cause de leurs responsabilités pénales sont de l'ordre d'une trentaine de cas annuels pour la même période ⁶⁰.

En ce qui concerne les sanctions pénales, et pour garantir une certaine efficacité à la fonction de commissaire aux comptes, le législateur a prévu des séries de protections : sanctions liées à la personne du commissaire aux comptes, sanctions liées à la qualité de la mission de celui-ci, sanctions liées aux obligations.

La profession de commissaire aux comptes répond donc à certaines normes de moralité et de qualité, normes qui font l'objet de sanctions en cas de violation : usage frauduleux du titre de commissaire aux comptes, exercice illégal de la profession, faits punissables d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ⁶¹.

Pour faciliter sa mission, celle-ci est assortie de certaines protections : deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende pour non-désignation ou non-convocation du commissaire aux comptes à toute assemblée générale, cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende pour obstacle aux contrôles ou refus de communication de toutes pièces utiles à l'exercice de la mission ⁶².

Afin de garantir la qualité des contrôles, un emprisonnement de cinq ans et une amende de 75 000 euros se rapportent au commissaire aux comptes qui donne ou confirme des informations mensongères ou ne révèle pas au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance ⁶³.

Le commissaire aux comptes est donc un professionnel du chiffre obligatoirement désigné, strictement encadré, et ayant un devoir de révélation, mais il existe d'autres acteurs de la chaîne de confiance qui interviennent régulièrement dans les sociétés importantes, les analystes financiers et les agences de notation.

60. CNCC, colloque du 17 octobre 2005.

61. Article L. 820-5 du Code de commerce.

62. Article L. 820-4 du Code de commerce.

63. Article L. 820-7 du Code de commerce.

2. LES INTERPRÈTES DES COMPTES LIBREMENT CHOISIS : LES ANALYSTES FINANCIERS ET LES AGENCES DE NOTATIONS

Assurer l'indépendance d'appréciation des analystes financiers lorsqu'ils expriment leurs opinions est fondamental dans la participation à l'intégrité du marché et la confiance des investisseurs.

Les multiples affaires qui secouent la planète financière ont mis en lumière le rôle primordial joué par ces acteurs. Il leur est reproché notamment de ne pas instaurer de frontières nettes, de « murailles de Chine » pour employer un terme consacré, entre leurs différentes activités. C'est notamment le cas de l'analyse financière et du conseil aux entreprises, objet de reproche fait à la profession de commissaire aux comptes qui a entraîné les dispositions pénales évoquées en *supra*.

Il semble permis de regrouper la profession d'analyste financier et celle d'agence de notation car il paraît difficile de noter une entité économique sans l'avoir analysée.

2.1. La mission des analystes financiers et des agences de notation

À la différence de celle de commissaire aux comptes, les professions d'analyste financier ou d'agence de notation sont beaucoup moins encadrées juridiquement. La profession fait l'objet d'obligations spécifiées depuis peu⁶⁴ qui font suite aux dispositions d'application de la loi sur la sécurité financière. Cependant de nombreux articles se rapportent aux analystes financiers dans le règlement général de l'AMF, autorité de tutelle.

La profession cherche à s'organiser autour d'associations professionnelles comme la Société française des analystes financiers (SFAF), association majoritaire, ou le Cercle de liaison des informateurs financiers en France (CLIFF).

La SFAF voudrait aboutir à la délivrance d'une carte professionnelle unanimement reconnue. Actuellement cette carte existe mais elle est attribuée par l'employeur sur délégation de l'AMF.

La SFAF assure des modules de formations depuis 1967 et participe régulièrement à des travaux avec l'AMF. L'accès à la profession est ouvert aux titulaires d'un diplôme universitaire en commerce, administration des affaires ou en économie, ayant suivi des stages. Il n'y a pas de délivrance

64. Article L. 544-1 à L. 544-4 du Code monétaire et financier.

d'un diplôme spécifique organisé et contrôlé par la profession comme pour l'exercice du commissariat aux comptes.

On rencontre deux catégories d'analystes financiers, les analystes indépendants qui sont minoritaires et les analystes salariés. Il existe également deux sortes de mission, le « sell side » et le « buy side », la première se réalisant habituellement auprès d'un courtier tandis que la seconde s'exerce le plus souvent à travers une société de gestion.

Les analystes interviennent soit directement sur les marchés financiers, dans le cas de banque ou de sociétés de bourse, soit dans le cadre d'un rachat d'entreprises pour le compte de sociétés d'investissement.

Ils utilisent les documents et les informations qu'ils possèdent sur une société pour conseiller les vendeurs dans la salle des marchés ou pour exercer un rôle de conseil pour les gestionnaires de portefeuilles.

Le travail d'analyse se matérialise par un rapport qui intègre le plus souvent des prévisions à moyen terme et dans lequel il est donné des conseils d'achats ou de ventes.

Les agences de notation proprement dites ou agences de « rating » donnent des appréciations se répartissant en catégories allant du risque de défaillance très faible (notation entre AAA et AA) au risque de défaut important, catégorie spéculative (notation inférieure à BBB).

Il convient de préciser que les fonds communs de créances (FCC) sont soumis à une obligation de notation et que cette note détermine bien souvent la politique d'investissement.

2.2. Un principe, celui de la fiabilité des informations communiquées par les entreprises

Les instruments servant à l'analyse sont les comptes de synthèse établis de façon biannuelle pour les entreprises cotées, les rapports annuels, les actualités de l'entreprise et plus généralement toutes informations communiquées par la société au cours de réunions. C'est ce qui s'intitule « l'analyse fondamentale » qui précède « l'analyse technique ».

Les analystes ne peuvent se prévaloir d'informations privilégiées pour développer leurs avis ce qui conduirait à des délits d'initiés. Ils ne peuvent qu'utiliser des informations rendues publiques et se doivent de respecter la confidentialité de certaines d'entre elles.

Dans l'hypothèse où les prévisions soumises à l'aune des réalités sont complètement erronées, les analystes invoquent le fait que les documents qui leur ont été communiqués n'étaient pas fiables.

Des conseils d'achat ont parfois précédé de quelques jours le dépôt de bilan des sociétés concernées.

On peut facilement imaginer que des entreprises mal intentionnées utilisent des analystes financiers ou des agences de notation pour diffuser une fausse information établie à partir de données tronquées. Pourtant le travail de base d'un analyste devrait reposer sur la qualité des informations qui lui sont transmises.

Avec le développement de l'économie mondiale, les grandes agences de notation en viennent à noter la fiabilité d'un pays. Elles peuvent de plus octroyer des notes à des entreprises qui ne les ont pas sollicitées, d'où la crainte de certaines de se faire mal noter en cas de refus de collaboration. Le seul fait de prévoir, même à tort, une faillite amène à la faillite.

2.3. Un encadrement « souple » de la profession

Les textes qui figurent tant dans le règlement de l'AMF que dans celui du Code monétaire et financier comportent de nombreuses recommandations ou obligations faites aux analystes financiers mais aucune sanction spécifique en cas de non-respect de celles-ci.

L'AMF apparaît comme l'Autorité de surveillance et la loi LSF lui impose de rendre annuellement un rapport sur les agences de notation. Le premier, en date du 26 janvier 2005, synthétise les risques inhérents à l'exercice de la profession : les émetteurs rémunèrent les agences de notation et non pas les investisseurs. Il y a un risque élevé de corruption à partir du moment où les analystes ou les notateurs obtiennent des informations privilégiées qu'ils sont susceptibles de négocier.

À la différence de la mission du commissaire aux comptes, aucune sanction pénale spécifique ne frappe l'analyste financier ou l'agence de notation qui a permis la propagation d'une fausse information et qui l'a, en quelque sorte, authentifiée.

Il existe bien une directive européenne⁶⁵ relative à la présentation équitable des recommandations d'investissement et la gestion des conflits d'intérêts s'appliquant aux analystes et journalistes financiers. Mais elle ne concerne pas l'activité des agences de notation à qui il est suggéré d'adopter des procédures internes. Le texte a le mérite d'énoncer une série de recommandations, de normes d'autorégulation mais le Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières (CERVM) a remis un rapport en date du 31 mars 2005 recommandant un principe, celui de l'autorégulation.

65. 2003/125/CE du 22 décembre 2003.

2.4. Un mode de rémunération inadapté

La rémunération des analystes ou des notateurs se fait par des commissions globales de courtage (*sell side*) ou par des commissions de gestion (*buy side*) sans identification précise du coût de l'analyse proprement dite. Ce sont les entreprises notées qui rémunèrent leur notateur ou leur analyste.

Il conviendrait de s'orienter vers une participation étatique au financement des analystes indépendants, financement partagé de façon à permettre un choix plus vaste qu'actuellement. Le secteur des agences de notation se partage presque exclusivement entre quatre groupes anglo-saxons bien qu'il existe des équipes de notation financière au sein de chaque banque.

On pourrait également imaginer une base collective de données, base contrôlée périodiquement par un organisme indépendant de façon à garantir l'égalité d'accès à l'information. Ceci aurait pour but de réduire les informations « privilégiées » que l'analyste peut obtenir auprès des responsables de l'entreprise à analyser. La communication éventuelle de ces informations est une source incontestable de corruption.

2.5. La prévention du conflit d'intérêts par les codes de déontologie et la mise en place de standards

Les analystes financiers et les agences de notation ont mis en place des règles déontologiques et des procédures internes pour prévenir les risques de conflits d'intérêts et pour assurer une objectivité maximale de l'appréciation et de la notation.

Ces règles, même dispersées dans plusieurs codes, concernent généralement la déontologie personnelle des analystes, les conflits potentiels vis-à-vis des entreprises étudiées, l'utilisation d'informations confidentielles, la diffusion des analyses et des notations et la possibilité de recourir à un déontologue interne. En France, il s'agit du code de déontologie de la SFAF dont la dernière version est celle de mars 2002 et de la charte CLIFF-SFAF d'avril 2003.

Ces prescriptions ne font pas l'objet de sanctions disciplinaires précises et on peut ainsi douter de leur efficacité. L'analyste ne doit pouvoir émettre, pour son propre compte, aucun ordre sur les instruments financiers de l'émetteur sur lequel porte son analyse. Il doit être écarté lorsqu'il détient à titre personnel des titres sur celui-ci, et ce, quelle que soit l'importance quantitative de ces ordres.

Il conviendrait de rendre homogène et transparent les outils servant à l'analyse des sociétés et à leur notation.

2.6. Sanctions pénales réprimant les manquements au devoir de probité

Comme indiqué précédemment, il n'existe pas de sanctions pénales spécifiques pour réprimer le manquement au devoir de probité des analystes financiers et des agences de notation.

Cependant, des infractions semblent concerner plus particulièrement des malversations liées à l'exercice de ces professions : manipulations de cours, délit d'initié et diffusion d'informations trompeuses.

*La manipulation de cours*⁶⁶ réprime les agissements ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché en induisant autrui en erreur (deux ans d'emprisonnement et amende de 1 500 000 euros pouvant être portée au décuple du profit éventuellement réalisé).

*Le délit d'initié*⁶⁷ réprime l'utilisation d'informations privilégiées pour réaliser directement ou indirectement des opérations avant que le public ait eu connaissance de ces informations (*cf.* fiche pratique dans le présent rapport) et le professionnel qui communique des renseignements privilégiés obtenus de par l'exercice de sa profession⁶⁸.

La loi du 20 juillet 2005 a adopté des directives européennes pour prévenir les « abus de marché » en imposant l'information du public sur les opérations des dirigeants ainsi que l'établissement de listes d'initiés⁶⁹ (*cf. supra*).

Pourtant, il ne se passe pas de semaines sans que l'actualité nationale ou internationale ne fasse état de faillites financières paraissant aussi soudaines qu'impromptues avec les graves conséquences qu'elles entraînent auprès des investisseurs, mais aussi auprès des contribuables : la faillite s'accompagne de milliers d'emplois supprimés et d'allocations chômage à verser. Il devient urgent d'encadrer plus rigoureusement ceux dont la profession est de participer à la chaîne de confiance et de permettre de tirer plus tôt les conséquences de l'activité économique ou des malversations des dirigeants de sociétés.

66. Article L. 465-2 du Code monétaire et financier.

67. Article L. 465-1, alinéa 1 du Code monétaire et financier.

68. Article L. 465-1, alinéas 2 et 3 du Code monétaire et financier.

69. Article L. 621-18-4 du Code monétaire et financier.

CONCLUSION

Les conflits d'intérêts dans le secteur privé sont peut-être les plus fondamentaux. En effet, la vie économique passe par les décisions des chefs d'entreprises et l'action de ceux qui sont chargés de les contrôler ou de les juger. Les répercussions pouvant résulter de conflits auxquels ils sont soumis sont graves. La fin brutale d'une société engendre des pertes d'emplois par milliers et le fait de cautionner des décisions dévoyées provoque une rupture dans la chaîne de confiance.

Il est évident que celui qui fait passer son intérêt personnel avant l'intérêt général se détourne de son devoir, et ce détournement n'a pas que des conséquences morales. Il engendre des dommages pécuniaires pour l'ensemble de la société au bénéfice de celui ou de ceux qui n'ont pas respecté les règles : coûts économiques souvent supportés par le plus grand nombre, perte de confiance des investisseurs, telles sont les conséquences notables de ces manquements.

Le Service central de prévention de la corruption ne se contente pas d'avoir exposé les spécificités des conflits d'intérêts chez le dirigeant ou le professionnel du chiffre et rappelé les sanctions pénales qui frappent certains manquements. Il propose des mesures pour limiter les risques liés à ceux-ci, mesures qui pourraient s'ajouter à celles prises récemment par le législateur.

Ainsi, la prise de conscience de ces manquements s'est internationalisée durant ces dernières années mais il semble que trop souvent les obligations prescrites ne sont pas assorties de sanctions.

L'époque du dirigeant d'entreprise échappant à toute évaluation semble définitivement révolue. À l'heure du gouvernement d'entreprise, celui-ci n'est plus l'élément central d'une société ou d'une association mais il symbolise la courroie de transmission de la volonté des apporteurs de capitaux.

Le dirigeant n'est plus seulement celui vers qui s'est dirigée la confiance et qui n'est jugé qu'à l'issue de son mandat, car il est aussi un être humain avec ses forces et ses faiblesses. C'est pourquoi des mesures législatives, telles qu'énoncées précédemment, ont été prises. Il s'agit notamment du cas des interdictions de cumuls d'activités, de l'interdiction de certaines conventions liant le dirigeant avec la structure qu'il dirige, de l'obligation pour le dirigeant de sociétés faisant appel à l'épargne publique d'établir un rapport spécifique sur les procédures de contrôles mises en œuvre.

Le dirigeant doit accepter les contre-pouvoirs internes du conseil d'administration mais aussi celui de professionnels externes et indépendants.

Le commissaire aux comptes, qui est un maillon essentiel de la chaîne de confiance, doit constituer un garant de l'information sûre, contrôlée et

certifiée. Il est l'œil des investisseurs mais également de l'ensemble des acteurs économiques. Il se doit de donner aux différents partenaires une information sincère, sans laquelle aucune confiance n'est durable.

Quant aux agences d'analyse ou de notation, elles doivent être perçues comme les météorologues de la société, c'est-à-dire ceux qui analysent à partir d'instruments objectifs une situation et prévoient avec le maximum de précisions son évolution au vu d'éléments mis à sa disposition.

Le législateur, conscient de l'importance de ces enjeux, a pris de récentes mesures qui viennent d'être exposées. En effet, les relations entre un commissaire aux comptes et les sociétés contrôlées par lui, sont avant tout des relations commerciales.

La récente création du Haut Conseil du commissariat aux comptes est une volonté de mettre un terme à ce constat : une profession à risque contrôlée par elle-même. Cependant, si les mesures prises, et particulièrement celles concernant la nette séparation des activités de commissaire aux comptes et d'auditeur à travers les réseaux qui suscitent tant d'émois dans la profession, vont dans la bonne direction, elles paraissent insuffisantes.

Il en est de même en ce qui concerne la prévention du conflit d'intérêts chez le dirigeant. On arrive à ce triste constat : en l'absence de sanctions l'observation des règlements et des lois n'est qu'une affaire de conscience. Il faut enfin combattre l'idée que le dirigeant, qu'il soit à la tête d'une société ou d'une association, soit le maître incontesté. Faire que l'intérêt général prenne le pas sur les intérêts particuliers est une nécessité pour assainir la vie économique et sociale. Plus les mesures de contrôle seront efficaces, plus il sera difficile de les contourner. Pour les auteurs de malversations, cela doit devenir moins lucratif car plus complexe et risqué.

Le SCPC a tenu à proposer clairement des mesures pour prévenir et limiter les conflits d'intérêts chez les dirigeants et les professionnels du chiffre. Celles-ci doivent être les radars automatiques sanctionnant le franchissement de l'intérêt général au profit de l'intérêt privé.

Propositions du SCPC pour limiter les conflits d'intérêts dans le secteur privé

PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS CHEZ LES DIRIGEANTS

- **Pour le monde associatif :**
 - mettre en place une comptabilité plus précise et détaillée à l'image de celle des sociétés ;
 - créer une obligation de divulgation des liens existant entre le président de l'association et les différentes entités gravitant autour d'elle ;
 - obliger la mise en place d'un véritable contrôle interne, vérifiant entre autres les avantages accordés au président ou ses collaborateurs ;
 - obliger les associations de désigner un commissaire aux comptes, selon les mêmes critères que les sociétés ;
 - établir une réglementation concernant les cumuls de fonctions pour les dirigeants d'associations.

- **Pour les sociétés en général :** étendre à tous les dirigeants les règles du cumul des mandats et des rémunérations prévues dans les seules sociétés anonymes.

- **Pour les sociétés anonymes :**
 - restaurer la disposition prévoyant l'obligation de transparence issue de la loi LSF en l'appliquant à toutes les sociétés anonymes ;
 - créer une sanction pour la non-communication des informations concernant les opérations effectuées sur les titres des dirigeants (ou de leurs proches) ;
 - mettre en place un système général d'obligation de divulgation des liens existant entre les dirigeants et les différents partenaires avec lesquels ils ont un intérêt ;
 - intégrer la notion de gérant de fait dans l'application des règles des conventions réglementées.

PROPOSITIONS EN CE QUI CONCERNE CERTAINS PROFESSIONNELS DU CHIFFRE

● Pour les commissaires aux comptes :

- établir une grille précise de vérifications *a minima* auxquelles devra se livrer le commissaire aux comptes portant, à titre d'exemple, sur la vérification de la situation des sociétés dans laquelle la société vérifiée a des participations ou sur le loyer perçu par une société liée à l'un des administrateurs ;
- supprimer la possibilité de certifier *sous réserve* : soient les comptes réguliers et sincères, soient ils ne le sont pas ;
- révéler au parquet tout refus de certifier ;
- interdire de désigner un même commissaire aux comptes pour un ensemble de sociétés liées entre elles à raison de plus de 10 % de participation dans le capital social ;
- imposer une part maximale des honoraires perçus par un commissaire aux comptes dans une société ou un groupe de sociétés par rapport au total de ses honoraires ;
- instaurer une réelle communication entre le commissaire aux comptes titulaire et le commissaire aux comptes suppléant.

● Pour les analystes financiers et les agences de notation :

- instaurer la délivrance d'une carte professionnelle par une autorité publique à tout candidat ayant les diplômes requis et ayant effectué un stage d'une durée minimale auprès d'entités agréées ;
- établir une base de données accessible à tous, alimentée par les sociétés analysées afin de réduire l'influence néfaste de certaines informations confidentielles qui se prête particulièrement au risque de corruption ;
- assortir les recommandations de l'AMF et du Code monétaire et financier de sanctions ;
- rétribuer les agences de notation et les analystes financiers par un organisme alimenté par des fonds spécifiques, afin que le *noté* ne soit plus *celui qui paye* ;
- rendre plus efficaces les « murailles de Chine », afin qu'une même entité ne puisse à la fois analyser ou noter une structure et participer ensuite à des actions d'achats ou de ventes d'actions.