

Définir les conflits d'intérêts

Joël Moret-Bailly

Maître de conférences en droit privé*

Université de Lyon

CE.R.CRI.D. – UMR CNRS 5137

Université Jean Monnet de Saint Etienne

1. Contexte - La notion de conflits d'intérêts est actuellement discutée dans différents domaines et branches du droit. Tel est notamment le cas en droit des affaires (droit des sociétés¹ et droit des marchés financiers²), en droit de la fonction publique (largement entendue comme incluant tous ceux qui concourent à l'action publique, y compris les politiques³), en droit de la santé (notamment en ce qui concerne les experts consultés par les administrations⁴), ou encore en ce qui concerne les professions du droit⁵.

* Professeur à compter de septembre 2011.

¹ D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, 2^{ème} éd., 2004, premier ouvrage, à notre connaissance, à utiliser le vocable (première édition 1999) ; P.-Fr. Cuif, *Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, *RTD Com.* 2005, 1 ; V. Magnier (direction), *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, P.U.F., 2006, et notamment, D. Schmidt, *Les associés et les dirigeants sociaux*, 11-15 ; V. Magnier, *Les conflits d'intérêts dans les Principes of corporate governance*, 139-154.

² Le code monétaire et financier contient de nombreuses dispositions relatives aux conflits d'intérêts, qui concernent quasiment tous les acteurs du champ, et sont déclinées dans le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (notamment aux articles 313-18 à 28 à propos des « prestataires de services d'investissement »). Ces règles sont relatives à l'information relative aux conflits d'intérêts, à leur mention, à leur gestion, au fait d'éviter les risques qui leur sont liés mais pas à leur définition. Les références au droit financier seront, de ce fait limitées dans le cadre de cet article. Cf., cependant, Y. Paclot, *Les conflits d'intérêts des analystes financiers*, in, V. Magnier (direction), *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, préc. 31-40.

³ Ch. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, Praxis, 2006, notamment chapitre 11. La question est même d'une particulière actualité avec, d'une part, la publication d'un ouvrage à succès d'un ancien membre du Gouvernement, M. Hirsch, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Stock, 2010, 160 pages, notamment chapitre III : *Au fait, c'est quoi un conflit d'intérêts ?*, 33-50, d'autre part la remise au Président de la République, le 26 janvier 2011, du *Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique : pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, dit rapport Sauvé, du nom du vice-président du Conseil d'État, président la commission.

⁴ D. Tabuteau, *L'expert en santé publique et les conflits d'intérêts*, in, *Essais cliniques, quels risques?*, (direction A. Laude et D. Tabuteau), PUF, 2007, 87-112, ici 91-94. Les débats, déjà anciens, ont notamment été relancés suite à deux affaires récentes, l'affaire de la *grippe H1N1*, notamment à l'Organisation mondiale de la santé (Rapport de la commission des questions sociales, de la santé et de la famille de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *La gestion de la pandémie H1N1 : nécessité de plus de transparence*, 2010), et l'affaire dite du *Médiateur* (Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales, *Enquête sur le MEDIATOR*, janvier 2011, 14). Précédemment, sur cette question, J. Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration dans le domaine sanitaire*, *Rev. dr. sanit. et soc.*, 2004, 855-871 ; Le rôle des experts au sein des agences de sécurité sanitaire, *Annales de la régulation, volume 2*, LGDJ, 2009, 327-343.

⁵ J. Moret-Bailly et D. Truchet, *Déontologie des juristes*, PUF, 2010, 143-153.

L'objectif de cet article est de proposer une définition transversale et opératoire des conflits d'intérêts dans les différentes branches et matières envisagées.

2. Originalité de la notion - Les situations qualifiées de conflits d'intérêts par les textes ou les auteurs présentent une originalité certaine comparées aux questions habituellement traitées par le droit, qui portent essentiellement sur des intérêts différents portés par des acteurs différents : que l'on songe au divorce en ce qui concerne les époux, aux contrats opposant - au moins pour partie - les intérêts des créanciers à ceux des débiteurs, ou au droit des libertés publiques, conciliant les libertés des uns et celles des autres, et les articulant avec d'autres impératifs.

Dans l'hypothèse des conflits d'intérêts *stricto sensu*, en revanche, des intérêts pouvant entrer en conflit sont portés par une même personne, qui pourrait profiter de cette situation pour faire prévaloir son intérêt ou celui d'un tiers sur celui qu'il est chargé de défendre, de représenter ou de protéger. Tel est le cas, par exemple, d'un avocat qui défendrait deux clients aux intérêts opposés ; d'un magistrat intéressé par la décision qu'il serait amenée à rendre ; du médecin qui prescrirait un médicament non en regard de l'intérêt de son patient mais en échange d'un avantage fourni par son fabricant ; du même médecin expert évaluant un produit de santé alors que son laboratoire de recherche serait financé par le fabricant du produit ou par l'un de ses concurrents ; d'un fonctionnaire chargé du contrôle d'une société dans laquelle il serait actionnaire ou d'un élu qui aurait un intérêt privé à la décision publique qu'il contribuerait à prendre ; ou enfin du dirigeant d'une société commerciale qui aurait un intérêt personnel au contrat passé par cette société, par exemple, avec une de ses autres sociétés.

La notion de conflits d'intérêts constitue donc bien une notion autonome.

3. Critère : la charge d'un intérêt tiers – Le critère permettant de discriminer les conflits d'intérêts des oppositions d'intérêts, semble résider dans la *prise en charge*, par un acteur, d'un intérêt tiers⁶. Cette situation peut prendre place dans des figures classiquement et anciennement organisées par le droit, par exemple le contrat de mandat (agent immobilier, mandataire social dans le droit des sociétés, mandataire du client pour l'avocat⁷), ou l'exercice d'une profession libérale⁸.

Mais ce critère s'applique également à l'ensemble des fonctionnaires qui ne doivent pas placer leur intérêt ou celui des administrés au-dessus de l'intérêt général⁹, et par extension, à un expert à qui l'administration demande un avis pour évaluer une situation à propos de laquelle elle doit prendre une décision. Il en est de même du dirigeant d'entreprise, en charge des intérêts de l'entreprise qu'il dirige.

⁶ Le même critère est utilisé par J.-Fr. Cuif, à propos de l'ensemble droit privé qui définit le conflit d'intérêts comme « la situation dans laquelle une personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont elle a la charge », J.-Fr. Cuif, *Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, préc. n°1.

⁷ P.-Fr. Cuif, *Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, préc., notamment n°14-15.

⁸ Cf. *infra*, I. A.

⁹ Ch. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, préc., chapitre 11 ; Rapport Sauvé, préc. 11

4. Définitions existantes - On peut, à partir de ces éléments, construire plusieurs types de définitions, soit générales, soit relatives à des branches ou matières particulières.

Appartient au premier type, la définition (sans doute la plus ancienne) de D. Schmidt selon laquelle « le conflit d'intérêts prend naissance lorsque l'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt que l'on est en charge de défendre »¹⁰, ou de J.-Fr. Cuif, qui définit le conflit d'intérêts comme « la situation dans laquelle une personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont elle a la charge »¹¹. Il en est de même de la définition proposée par un auteur cherchant à caractériser le conflit d'intérêts quel que soit son domaine, visant « la situation dans laquelle un intérêt à protéger en vertu d'une mission issue d'une compétence et d'un pouvoir, intérêt objectivement apprécié, est sacrifié au profit d'un intérêt opposé »¹².

D'autres définitions - américaines et relatives au domaine de la santé -, visent, d'une part les conséquences des conflits ainsi que, implicitement ou explicitement, les valeurs auxquelles ceux-ci peuvent porter atteinte, notamment la définition célèbre de D. Thompson selon laquelle le conflit d'intérêt réside de la situation dans laquelle « le jugement professionnel concernant un intérêt primaire (tel que le bien être du patient ou la pertinence de la recherche) peut être indûment influencé par un intérêt secondaire (tel que le gain pécuniaire) »¹³, ou celle de M. Rodwin selon lequel les professionnels sont « en situation de conflit d'intérêt lorsque leurs intérêts ou engagements compromettent l'indépendance de leur jugement ou leur loyauté »¹⁴.

Plus spécifiquement, le rapport Sauvé définit les conflits d'intérêts dans la vie publique comme « une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions »¹⁵.

5. Problématique et plan - L'objectif de cet article résidant dans la définition des conflits d'intérêts, on pourrait imaginer, pour tenter de les circonscrire en partant des définitions existantes, de définir, tout d'abord les intérêts en cause, et ensuite le sens du terme conflit. Une telle démarche n'est cependant pas pertinente. En effet, l'ensemble des définitions des intérêts existant d'ores et déjà renvoie, suite à énumération plus ou moins précise des intérêts, systématiquement à « tous les autres intérêts de nature à porter atteinte » à la ou aux valeurs que la régulation des conflits cherche à protéger. Par exemple, l'article L. 5323-4 du code de la santé publique, relatif aux conflits d'intérêt des experts de

¹⁰ D. Schmidt, *Les associés et les dirigeants sociaux*, préc., 11-15

¹¹ J.-Fr. Cuif, *Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, préc. n°1.

¹² C. Ogier, *Le conflit d'intérêts*, thèse, Saint-Étienne, 2008, 278, qui consacre l'ensemble de la partie de l'ouvrage à la définition de la notion.

¹³ D. Thompson, *Understanding financial conflicts of interest*, *New England journal of medicine*, 19 août 1993, volume 329, 573-576 (notre traduction).

¹⁴ M. Rodwin, *Medicine, money and morals. Physicians conflicts of interest*, Oxford University Press, 1993, 9 (notre traduction).

¹⁵ Rapport préc. 19-20 et 112.

l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (et également applicable aux experts de la Haute Autorité de santé¹⁶), décide que « les agents contractuels (...) Ne peuvent, par eux-mêmes ou par personne interposée, avoir, dans les établissements ou entreprises contrôlés par l'agence ou en relation avec elle, aucun intérêt de nature à compromettre leur indépendance ».

Ne reste alors, comme élément pertinent d'exploration de la notion, que la question du conflit¹⁷. Dans ce contexte, deux questions se posent de manière récurrente, quels que soient les champs du droit envisagés : celle du ou des fondement(s) de la régulation des conflits d'intérêts, ceux-ci pouvant varier selon les définitions, atteinte à l'indépendance des personnes concernées, à leur loyauté, ou à leur impartialité, cette question se révélant déterminante quant aux situations factuelles pouvant être qualifiées de conflits d'intérêts (I) ; celle de l'intégration, dans la définition des conflits, de la réalité de l'atteinte à l'intérêt protégé : faut-il que l'intérêt protégé soit lésé pour que le conflit existe, ou suffit-il que cette atteinte soit éventuelle ? (II).

I. Le fondement des conflits d'intérêts : atteinte à l'indépendance, à la loyauté ou à l'impartialité ?

6. Enjeu - La question est difficile, notamment du fait de la diversité des activités concernées. Elle est cependant fondamentale en ce qu'elle a des conséquences directes sur les situations pouvant être qualifiées de conflits d'intérêts et auxquelles seront appliquées les règles relatives à la régulation et aux sanctions de ces derniers. Il n'est, par exemple, pas neutre de prendre position sur le fait de savoir si le conflit d'intérêts d'un magistrat réside dans l'atteinte à son indépendance ou à son impartialité. Un magistrat peut, en effet, être parfaitement indépendant, mais être partial. Considérer qu'un avocat est en situation de conflit d'intérêts si son indépendance vis-à-vis du client est atteinte, ou si sa loyauté vis-à-vis de ce dernier est compromise ne permet pas de qualifier exactement les mêmes situations, la seconde notion étant plus large de la première.

C'est ainsi que nous aborderons successivement le fondement traditionnel des conflits d'intérêts en droit des professions, atteinte à l'indépendance ou à la loyauté ? (A), puis le fondement des conflits d'intérêts dans le cadre des relations de droit privé (mandat et droit des sociétés notamment), l'atteinte à la loyauté (B), et enfin, leur fondement dans un cadre public, l'atteinte à l'impartialité (C). Nous pourrions alors prendre position sur le(s) critère(s) qui nous semble(nt) le(s) plus adéquat(s) pour définir les conflits d'intérêts (D).

¹⁶ Art. L. 1414-4 du c. san. pub. et L. 161-44 c. sécur. soc..

¹⁷ Pour une telle démonstration dans le domaine de la santé, J. Moret-Bailly, Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration dans le domaine sanitaire, *Rev. dr. sanit. et soc.*, 2004-4, 855-871.

A. Le fondement en droit des professions : atteinte à l'indépendance ou à la loyauté ?

7. Le fondement traditionnel en France : l'indépendance - En France, la vertu cardinale des professions libérales, tant de la justice que de la santé réside dans leur indépendance¹⁸. C'est ainsi que la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose, dans son article 3 que « la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante ». Dans le même registre, le principe d'indépendance des médecins se trouve énoncé dès l'article 5 du code de déontologie médicale (article R. 4127-5 c. san. pub.) selon lequel « le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit »¹⁹. Plus largement, les ordres professionnels sont généralement chargés par la loi de défendre « l'indépendance et l'honneur » des professions qu'ils encadrent²⁰, notamment par la préparation des codes de déontologie, dont la défense de l'indépendance constitue, l'un des principaux enjeux²¹.

Ce fondement de l'indépendance a été repris, dans le monde de la santé, à propos des conflits d'intérêts des experts (essentiellement médecins et pharmaciens) consultés par l'administration, notamment dans le cadre de l'évaluation des médicaments et des produits de santé. Il s'agissait ici, ni plus ni moins, dans un premier temps, que de reprendre dans la loi les règles relatives à l'expertise pensées dans un cadre déontologiques²². C'est ainsi que l'article L. 5323-4 du code de la santé publique, relatif aux conflits d'intérêt des experts de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (et également applicable aux experts de la Haute Autorité de santé²³), décide que « les agents contractuels (...) Ne peuvent, par eux-mêmes ou par personne interposée, avoir, dans les établissements ou entreprises contrôlés par l'agence ou en relation avec elle, aucun intérêt de nature à compromettre leur indépendance ».

Les mêmes situations peuvent cependant être analysées selon une autre perspective : l'atteinte à la loyauté.

8. Le contre-exemple américain : la loyauté – Jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, les droits français et britannique connaissaient l'institution de la fiducie (*fiducia*), héritée du droit romain. Celle-ci était destinée à encadrer la situation dans laquelle une personne confie à une autre la gestion d'une partie de son patrimoine, le *fideicommiss* ou fiduciaire étant, du fait de sa mission, tenu à un certain nombre

¹⁸ Selon J. Savatier, *La profession libérale, étude juridique et pratique*, LGDJ, 1947, 63, défendant cette conception, « cette indépendance répond à la nature de ces professions : comment le client pourrait-il se confier au professionnel aussi complètement que c'est nécessaire s'il le savait subordonné à un tiers dont les intérêts viendraient contrecarrer les siens ? » ; pour les avocats, A. Damien et H. Ader, *Règles de la profession d'avocat*, 12^{ème} éd., Dalloz coll. Dalloz Action, 2008, Chapitre 37 ; R. Martin, *Déontologie de l'avocat*, Litec, 2008. n°52-53.

¹⁹ D'autres articles, et notamment l'article 95 du même code déclinent le principe.

²⁰ Par exemple, à propos des professions médicales, l'art. L. 4121-2 c. san. pub..

²¹ J.-P. Alméras et H. Péquignot, *La déontologie médicale*, Litec, 1996.

²² Actuellement, en ce qui concerne les médecins, article 105 du code de déontologie (R. 4127-10 c. san. pub.) : « Un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services ».

²³ Cf. *supra*, note n°16.

de devoirs, dont celui de loyauté. À partir de la fiducie, d'autres mécanismes ont été développés au sein du système anglais, puis américain : le *trust* et l'agence, qui impliquent également des devoirs pesant sur celui à qui des intérêts sont confiés. Notamment, les agents de l'État (*public servants*) sont tenus à des devoirs du fait de la théorie de l'agence²⁴. En France, le modèle de la fiducie est abandonné lors de la Révolution (contrairement à d'autres États européens), la gestion des conflits d'intérêts ne pouvant donc se développer à partir de cette institution. Dans ce contexte, les conflits d'intérêts se sont, aux États-Unis, développés dans un premier temps à propos des professionnels du droit, les activités de santé échappant aux différents *dutys*, dans la mesure où elles ne sont pas destinées à prendre en charge des questions patrimoniales, auxquelles est attachée la fiducie. Cependant, lorsque la question des conflits d'intérêts est apparue, dans les années 1980, aux États-Unis, dans le monde de la santé, ceux-ci ont été abordés à partir de la notion de loyauté, les différentes règles en la matière visant à imposer aux professionnels un tel devoir, dans le cadre de mécanismes s'inspirant de la fiducie²⁵.

B. Le fondement en droit privé : l'atteinte à la loyauté

9. Approche transversale - Il est possible, selon un auteur, envisageant, au sein du droit privé, les situations du mandant, du bénéficiaire d'un service, de l'entreprise et du salarié, de la société commerciale, ou encore l'intérêt général à travers les situations de l'expert, du commissaire aux comptes et de l'analyste financier²⁶, de considérer que « le manquement à une exigence de loyauté » constitue le fondement de la prohibition des conflits d'intérêts dans l'ensemble du droit privé, puisque « la loyauté implique une unité de comportement que le conflit d'intérêts remet en cause. Peu importe que soient visées la bonne foi, la neutralité, l'impartialité ou l'objectivité du professionnel, c'est toujours la même exigence de loyauté qui est requise et le même comportement qui est stigmatisé : l'attitude qui consiste pour une personne à privilégier ses intérêts propres au détriment d'intérêts supérieurs »²⁷. Nous faisons ces conclusions nôtres.

10. Droit des sociétés - Il en est notamment ainsi, en droit des sociétés, dans les rapports entre le dirigeant d'une société et la société qu'il dirige, particulièrement en ce qui concerne les conventions passées entre le premier et la seconde, dites « conventions réglementées », qui obéissent à un régime particulier : le dirigeant intéressé doit informer le conseil d'administration de la convention projetée, celui-ci donnant son autorisation préalable à la conclusion de chaque convention²⁸. Au-delà des

²⁴ V. Magnier, Les conflits d'intérêts dans les Principles of corporate governance, préc., 139. Le droit anglo-américain applique les règles dérivées de la fiducie aux banquiers, dirigeants d'entreprise, gestionnaires de patrimoine, de fonds de pension, juristes, parents agissant pour le compte de leurs enfants etc., M. Rodwin, *Medicine, money and morals. Physicians conflicts of interest*, préc. 179-211.

²⁵ M. Rodwin, *idem*.

²⁶ J.-Fr. Cuif, Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, préc, n°14 à 28.

²⁷ *Idem*, n°42. L'analyse est développée au deux points suivants, n° 43 et 44.

²⁸ L'art. L. 225-38 c. com. énumère les dirigeants concernés. Sur la procédure, cf. *infra*, n°17. Le système est complété par d'autres types de convention, les conventions libres et les conventions interdites, art. L. 225-39 et L. 225-43 c. com. M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit commercial, Tome 1 - Volume n° 2 - Les sociétés*

conditions, tant de fond que procédurales entourant ces conventions, il est clair que l'on n'attend pas du dirigeant de la société commerciale qu'il soit indépendant vis-à-vis d'autres intérêts ; on attend de lui, plus positivement, qu'il soit loyal à la société qu'il dirige.

La situation est encore plus claire aux États-Unis. On peut ainsi écrire qu' « aujourd'hui, la situation de conflit est examinée à l'aune du devoir de loyauté. (...) Le devoir de loyauté ou de *fair dealing*, conduit à poser un certain nombre de règles dans les hypothèses où un administrateur, un dirigeant ou un actionnaire dominant vient à agir en ayant un intérêt personnel à l'affaire. Ces règles reflètent l'obligation implicite qui pèse sur cette personne, celle d'agir « loyalement » à l'égard de sa société dans ce que précisément l'opération peut porter atteinte aux intérêts de la sociétés »²⁹.

C. Le fondement dans un cadre public : l'atteinte à l'impartialité

11. Les activités publiques en général : de l'indépendance à impartialité - Depuis 1983, l'article 25 alinéa 2 du statut général des fonctionnaires dispose que « les fonctionnaires ne peuvent prendre par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprises soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance »³⁰. On pourrait donc considérer que la préservation de l'indépendance de l'agent public constitue le fondement relatif aux conflits d'intérêts de ces derniers. Une telle affirmation semble cependant devoir être très largement nuancée, notamment à la lecture du récent Rapport Sauvé. En effet, d'une part, dans sa proposition de définition des conflits d'intérêts, le rapport fait référence à l'intérêt « étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif [des] fonctions » considérées, mettant sur un même plan l'exercice indépendant et impartial. Mais d'autre part, lorsque le rapport fait référence à l'inscription dans la loi, pour prévenir les conflits d'intérêts, des « grands principes déontologiques et valeurs qui doivent guider l'action des personnes concourant à l'exercice d'une mission de service public », il fait référence à « la probité, l'intégrité, l'impartialité et l'objectivité », et non à l'indépendance. La même logique s'évince du corps même du rapport, par exemple à propos des enjeux de la prévention des conflits d'intérêts, lorsque celui-ci estime que les « intérêts en question [sont] susceptible de faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de l'agent »³¹ sans référence, encore une fois, à l'indépendance de ce dernier. Il semble en être de même au-delà du territoire national, le Conseil de l'Europe, visant, par exemple, pour définir les conflits d'intérêts, la « situation dans laquelle un agent public à un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles », sans référence à l'indépendance³².

commerciales, 19e édition, L.G.D.J., 2009, n°1646-1651-1 ; M. Cozian, Fl. Deboissy et A. Viandier, *Droit des sociétés*, 23e édition, Litec, 2010, n°598-611 et 1078-1080.

²⁹ V. Magnier, Les conflits d'intérêts dans les Principes of corporate governance, préc., 140 et 144.

³⁰ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (dite loi Le Pors), cette disposition s'appliquant également à toute personne qui prête son concours à l'administration (art. 2).

³¹ Rapport préc., 11.

³² Recommandation du Comité des ministres, sur les codes de conduite pour les agents publics du 11 mai 2000, n°R(2000)10 ; Rapport Sauvé, préc., 14.

On peut sans doute comprendre ces variations lexicales si l'on considère que l'indépendance de l'agent est, en fait, au service de l'impartialité de ce dernier, (l'agent ne pouvant être impartial sans être indépendant), cette dernière constituant donc le fondement réel de la régulation des conflits d'intérêts dans la sphère publique.

12. Une activité publique particulière : la fonction de jugement - On peut sans doute raisonner de manière comparable en ce qui concerne les juges (et les arbitres)³³. En effet, si l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales vise bien le « tribunal indépendant et impartial », les situations pouvant être qualifiées de conflits d'intérêts, c'est-à-dire dans lesquelles le juge trahirait sa mission au profit d'intérêts autres, renvoient bien à la question, non de son indépendance, mais de son impartialité. On admet, en effet, habituellement que « la question de l'indépendance du juge (...) relève de la séparation des pouvoirs : en tant qu'il exerce une fonction spécifique, distincte de la fonction législative de la fonction exécutive, le juge doit être protégé, dans l'exercice de sa mission, de toute immixtion des autres pouvoirs constitués au sein de l'État »³⁴. On considère, en revanche, que « traditionnellement, la partialité, c'est le parti pris et, par extension, le préjugé. D'où, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, le développement d'une conception extensive de l'impartialité, dans deux directions, celle de l'impartialité subjective et celle de l'impartialité objective tenant, la première à la personne même du juge (d'où la référence, parfois, à l'impartialité personnelle) et, la seconde, aux fonctions qu'il exerce ou a exercé dans une même affaire (d'où l'on parle aussi d'impartialité fonctionnelle) »³⁵. On comprend que la problématique des conflits d'intérêts renvoie ici essentiellement à la question de l'impartialité subjective³⁶ dont le pendant réside notamment, en termes de régulation, dans la récusation du juge.

D. Choix des fondements : l'atteinte à la loyauté et à l'impartialité

13. Ecarter l'indépendance - On peut, à l'issue de ces développements, se poser la question du meilleur fondement pour analyser les conflits d'intérêts. Un premier élément s'évince à l'évidence des développements précédents : l'indépendance ne constitue pas le fondement permettant de découvrir la logique sous-jacente aux conflits d'intérêts ; nous l'avons montré en ce qui concerne les activités publiques dans lesquelles, si le vocable d'indépendance peut être employé tant dans les textes qu'en doctrine, c'est dans la mesure où il permet *in fine* d'atteindre l'objectif d'impartialité tant du fonctionnaire que de l'action publique ; il en est du même en ce qui concerne la fonction de jugement. Nous avons également montré le caractère inapproprié de l'utilisation de l'indépendance pour fonder la régulation des conflits d'intérêts en droit privé en général et donc en droit des sociétés en particulier.

³³ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie du magistrat*, 2^{ème} édition, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 100-104. En ce qui concerne les arbitres, deux arrêts du 20 octobre 2010 (pouvoirs n°09-68.997 et 09-68.131, publiés au bulletin) décident, dans cette logique, que : « l'arbitre est tenu de révéler à l'une des parties à la convention d'arbitrage l'existence d'un courant d'affaires entre lui et l'autre partie à cette convention, afin de mettre en mesure la première d'exercer son droit de récusation ».

³⁴ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010 n°161.

³⁵ *Idem*.

³⁶ J. Moret-Bailly et D. Truchet, *Déontologie des juristes*, préc., 147-148. Pour une conclusion similaire, J.-Fr. Cuif, *Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, préc., n°9.

14. Retenir la loyauté et l'impartialité - L'utilisation de ce vocable ne semble, en définitive, fondée qu'en ce qui concerne les conflits d'intérêts des professions, sans doute pour des raisons historiques, l'indépendance ayant constitué un enjeu de l'organisation statutaire et dans l'élaboration des règles déontologiques des professions libérales. Encore est-il possible d'aborder les conflits d'intérêts de ces dernières sous un autre angle : celui de la loyauté des professionnels. Et notre préférence va à ce dernier fondement. L'exigence de loyauté est en effet plus forte que celle d'indépendance : une personne indépendante ne doit pas être soumise à un intérêt tiers ; une personne loyale doit, plus positivement, s'efforcer d'adopter un comportement pertinent eu égard à l'intérêt qu'elle prend en charge. En outre, et du point de vue de ceux donc l'intérêt est en cause, ce qui importe n'est pas tant que le porteur de leur intérêt soit indépendant de tout et de tous, mais qu'il fasse preuve de loyauté à leur égard. On pourrait dire que l'indépendance constitue essentiellement un enjeu pour les professionnels, la loyauté pour ceux dont les intérêts sont pris en charge. La référence à la loyauté permet, en outre, et d'un point de vue théorique, l'unification du fondement de la régulation des conflits d'intérêts en droit des professions et en droit des affaires.

On peut, *in fine*, affirmer que la régulation des conflits d'intérêts est en réalité destinée à défendre deux valeurs : la loyauté ou l'impartialité, la loyauté dans le cas de ceux qui prennent en charge les intérêts d'autrui ; l'impartialité dans le cas de ceux qui doivent, du fait de leurs fonctions, être au dessus ou manifester une neutralité vis-à-vis des intérêts entre lesquels ils arbitrent.

II. Les conflits d'intérêts, atteinte ou potentialité d'atteinte à l'intérêt protégé ?

15. Problématique - La réponse du droit positif à cette question va systématiquement dans le second sens, quels que soient les fondements et les intérêts en jeu. Nous allons le montrer, tant dans un cadre privé – grâce à deux exemples : la profession d'avocat et le droit des sociétés - (A) et dans un cadre public (B).

A. La solution dans un cadre privé

16. La profession d'avocat³⁷ – L'article 7 du décret de 2005 relatif à la déontologie de la profession dispose : « l'avocat ne peut être ni le conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire s'il y a conflit entre les intérêts de ses clients ou, sauf accord des parties, s'il existe un risque sérieux d'un tel conflit ». Le règlement intérieur national du conseil national des barreaux précise les critères qui permettent de détecter le conflit : « 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

³⁷ A. Damien et H. Ader, *Règles de la profession d'avocat, préc.*, Chapitre 37 ; R. Martin, *Déontologie de l'avocat, préc.* n°52-53.

concrétisation du résultat recherché, les intérêts d'une ou plusieurs parties ; • 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 ». On constate alors que tant l'art. 7 du décret de 2005 que l'art. 4.2 du RIN assimilent le « risque sérieux » de conflit au conflit lui-même. Cette exigence peut paraître sévère, mais tel est sans doute le prix de la défense de l'intérêt du client et de la lutte contre le « risque sérieux » de conflit³⁸.

Ajoutons que les clients de l'avocat peuvent décider de passer outre cette situation de « risque de conflit » (mais non de la situation de conflit elle-même), et, malgré celle-ci, garder leur confiance dans le professionnel. Soulignons alors qu'un tel choix postule l'information préalable des intéressés, par le professionnel, quant à la situation de conflit.

17. Le droit des sociétés – En ce qui concerne les « conventions réglementées », le dirigeant intéressé doit informer le conseil d'administration de la convention projetée, celui-ci donnant son autorisation préalable à la conclusion de chaque convention lors d'un vote auquel l'intéressé ne participe pas, le président du conseil devant ensuite donner avis au commissaire aux comptes des conventions autorisées, ce dernier établissant un rapport spécial à ce propos à destination de l'assemblée générale qui statue sur les conventions³⁹. L'assemblée générale peut valider ou non la convention conclue entre le dirigeant et la société.

On comprend ici que la situation de conflit d'intérêts peut être sans incidence sur la convention à la condition que l'intérêt de la société ne soit pas compromis par celle-ci. Mais on comprend également que l'absence de résultat négatif ne gomme pas le conflit, qu'il ne le fait pas disparaître : le conflit d'intérêts existe donc bien, quelles que soient ses conséquences - et nécessite donc d'être systématiquement déclaré.

Cette logique dépasse même le cadre national. La situation est, en effet, comparable aux Etats-Unis du fait des « principes of corporate governance », dans lesquels « l'important est de pouvoir identifier chaque situation où deux intérêts sont en conflit, en particulier celui des dirigeants sociaux et celui de la société, pour pouvoir, dans un second temps, mieux contrôler cette situation de conflit. Et de deux choses l'une : soit la situation de conflit révèle un manque de loyauté du dirigeant vis-à-vis de sa société, et elle doit donc être annulée ; soit elle n'en révèle pas, et l'on peut alors considérer que la société retire profit de cette situation, dans les mêmes conditions que si elle avait contracté avec un tiers »⁴⁰.

18. Conclusion - Ces deux exemples permettent donc bien d'affirmer que les conflits d'intérêts existent indépendamment de l'atteinte réelle, ou effective qu'ils pourraient porter à l'intérêt protégé.

³⁸ J. Moret-Bailly et D. Truchet, *Déontologie des juristes*, préc. 146-147.

³⁹ M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit commercial, Tome 1 - Volume n° 2 - Les sociétés commerciales*, préc., n°1646-1651-1 ; M. Cozian, Fl. Deboissy et A. Viandier, *Droit des sociétés*, préc., n°598-611.

⁴⁰ V. Magnier, préc. 141, à propos des principes américains de *corporate governance*.

B. La solution dans un cadre public

19. Le principe : l'administration doit être « au-dessus de tout soupçon » - La problématique des conflits d'intérêts dans la sphère publique, si elle est largement comparable à celle qui se déploie dans un cadre privé, s'en différencie en ce qui concerne sa tolérance aux situations de conflits d'intérêts : dans un contexte public, en effet, il s'agit, non seulement de connaître les situations de conflits d'intérêts dans le but de les réguler, mais il s'agit également, de protéger l'administration du soupçon de partialité qui pourrait l'atteindre, objectif que l'on peut résumer de la manière suivante : « l'administration doit être au-dessus de tout soupçon »⁴¹. Et c'est bien cette logique que reprend le rapport Sauvé, à propos des « caractéristiques communes » de différentes définitions relatives aux conflits d'intérêts (notamment celle du Service central de prévention de la corruption et celle du Conseil de l'Europe qui visent bien l'« intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer » sur la décision). Ce dernier affirme en effet, sous le titre « l'importance des apparences » : « le conflit d'intérêts est conçu comme une situation dans laquelle une personne (...) possède des intérêts (...) susceptible d'*influer ou de paraître influer* sur l'exercice de ses fonctions. Il s'agit donc tout autant de s'assurer de la régularité et de l'impartialité subjective du processus de décision, que de son impartialité objective »⁴².

C'est sans doute la même logique qui permet de comprendre que le code pénal contienne, depuis 1810, une infraction relative au « délit d'ingérence » rebaptisée, en 1994, « prise illégale d'intérêts », définie par l'article 432-12 et visant à sanctionner la personne qui, chargée d'une mission de service public, favorise un intérêt autre que celui qu'elle est censée défendre en vertu de sa mission. Cette règle pénale est en outre relayée, du point de vue de la fonction publique, par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, selon lequel « les fonctionnaires ne peuvent prendre, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance ». Et cet objectif emporte des conséquences importantes, notamment la possibilité d'annuler les décisions administratives prises en violation des règles relatives aux conflits⁴³. Cette intransigeance de principe doit cependant s'accommoder, depuis quelques années, d'un certain nombre d'aménagements destinés à ce que tous les conflits d'intérêts n'entraînent pas *ipso facto* l'annulation des décisions auxquelles participent ceux qui se trouvent dans cette situation.

20. Les « accommodements raisonnables » - La pratique administrative tend à distinguer, ces dernières années, entre les conflits d'intérêts qui portent « réellement » atteinte à l'impartialité de

⁴¹ Selon Ch. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, préc., n°11.10.

⁴² Rapport, préc., 14-16.

⁴³ Article 13 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006, relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif, reprenant sur ce point les dispositions de l'article 13 du décret du 28 novembre 1983, régissant les relations entre l'administration et les usagers, selon lequel les membres d'un organisme consultatif « ne peuvent, sous peine de nullité de la décision concernée, prendre part aux délibérations concernant une affaire dans laquelle ils auraient un intérêt personnel », Rapport préc., 47.

l'agent public, et ceux qui ne revêtent pas une telle importance⁴⁴. Le rapport Sauvé « entérine » cette conception⁴⁵, défendant l'idée selon laquelle l'existence d'un conflit nécessite « un certain degré d'intensité des intérêts en cause (...) pour pouvoir être regardé comme de nature à susciter un doute raisonnable sur l'impartialité de la personne concernée »⁴⁶, conception reprise dans la définition adoptée par le rapport qui fait référence à l'intérêt qui « par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif [des] fonctions »⁴⁷.

21. Conclusion - Cette seconde partie a ainsi permis de clarifier un autre élément de définition des conflits d'intérêts, quel que soit le secteur envisagé : ceux-ci existent indépendamment de leur incidence réelle sur les intérêts protégés, le seul risque ou soupçon d'atteinte suffisant à les constituer.

Conclusion : proposition de définition

22. Éléments-clefs - Les développements précédents ont permis de mettre en lumière les éléments-clefs d'une définition des conflits d'intérêts : prise en charge d'un intérêt tiers ; protection des valeurs d'impartialité ou de loyauté ; absence de nécessité d'une atteinte effective à l'intérêt protégé pour caractériser le conflit.

23. Définition - *In fine*, les conflits d'intérêts peuvent donc être définis comme les situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas, ou peut être soupçonnée de ne pas agir, avec loyauté ou impartialité vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers.

⁴⁴ Par exemple, la Haute autorité de santé qui oppose les « intérêts mineurs » et les « intérêts majeurs », HAS, *Guide des déclarations d'intérêts*, quatrième partie « classification et analyse des intérêts déclarés », 10.

⁴⁵ En s'appuyant également sur la définition de l'OCDE qui fait référence à la situation pouvant « raisonnablement » faire naître un doute quant à l'intégrité de la décision ainsi que, dans une interprétation *a contrario*, sur les termes de l'article 13 du décret de 1983, préc, qui vise l'intérêt « de nature à porter atteinte » à l'indépendance de l'agent.

⁴⁶ Rapport préc., 15-16.

⁴⁷ Rapport préc. 19-20 et 112.