

LES ENTREPRISES, LABORATOIRE
DES MODES DE LUTTE CONTRE
LES CONFLITS D'INTÉRÊTS ?

101

Le thème des conflits d'intérêts traverse les âges sans jamais perdre de son actualité. « Dans une communauté d'intérêts, il y a danger dès qu'un membre devient trop puissant », écrivait le cardinal de Mazarin en fin observateur et acteur de la monarchie. Aujourd'hui, cette maxime a une forte résonance dans le monde politique et judiciaire, comme dans celui des affaires. Protéiformes et égoïstes par nature, les intérêts ne représentent cependant pas un danger en soi. Ils sont le moteur d'une société et le ciment d'une communauté. Pour les pères du libéralisme économique, l'intérêt constitue même le terreau d'où germera le progrès pour tous. La « main invisible » chère à Adam Smith crée une sorte d'illusion d'optique : quand bien même ils ne sont que l'instrument d'intérêts personnels et égoïstes, les choix dictés par les intérêts humains servent à l'ensemble de la communauté. Mais cette hypothèse ne se vérifie qu'autant que les choix sont rationnels et la maxime du surintendant du Roi prend aujourd'hui un double relief. D'abord, un trop grand désir de puissance conduit inversement à placer les intérêts des uns en conflit avec ceux des autres. La liberté de chacun se heurte à l'ambition d'un seul. Un danger pointe alors, celui de la tyrannie. Ensuite, le dernier degré du conflit reste à franchir et la maxime nous met une seconde fois en garde : une personne dont la fonction est de protéger l'intérêt commun ne peut satisfaire dans le même temps et par préférence un intérêt qui lui est personnel. Le conflit ainsi « internalisé » constitue ce qu'il est commun de nommer le conflit d'intérêts.

Les définitions du conflit d'intérêts sont multiples, mais l'on doit s'accorder sur une acception précise en droit. L'OCDE le décrit comme « un

conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel il possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et responsabilités¹, définition qui peut être déclinée à l'envi dans tous les domaines où une personne se voit attribuer la mission et la charge de défendre un intérêt autre et plus large que le sien propre : l'intérêt général au premier chef, mais aussi l'intérêt des justiciables, l'intérêt social...

102 L'entreprise offre à cet égard un concentré de situations de conflit, une communauté d'intérêts en miniature au sein de laquelle l'intérêt commun est représenté par l'intérêt social. Face à quels intérêts privés ? Par nature lucratives, les sociétés commerciales et civiles servent en premier lieu l'intérêt financier de leurs associés ou actionnaires. Mais ce n'est pas le seul ni le premier à défendre. D'autres intérêts sont à l'œuvre, tels ceux des salariés, des fournisseurs, des clients. Synthèse de tous ces intérêts sans en être la somme exacte, l'intérêt social prévaut et constitue la « boussole » de toute décision stratégique dans la société. Or il appartient aux dirigeants sociaux, eux-mêmes en proie à des intérêts personnels, d'être les garants de l'intérêt social. Conscient de cette difficulté, le législateur n'a pas attendu les errances financières de l'histoire économique de ces dernières années pour tenter d'éradiquer les situations de conflit d'intérêts ou, à tout le moins, d'en maîtriser leurs effets. Dès le milieu du XIX^e siècle, certaines sociétés avaient mis en place une procédure de maîtrise des conflits d'intérêts, connue aujourd'hui sous l'expression « conventions réglementées », laquelle soumet à double vote (en conseil d'administration puis en assemblée d'actionnaires) toute convention passée entre la société et ses dirigeants ou son actionnaire majoritaire. Cette pratique fut dès 1867 inscrite dans le marbre de la loi puis reprise par la grande loi sur les sociétés commerciales du 24 juin 1966 récemment codifiée dans le code de commerce.

Le conflit d'intérêts ne guette pas seulement le dirigeant de société. Désormais, il s'invite dans tous les débats et réformes, au-delà du droit des sociétés pour atteindre sa périphérie, les relations du travail, les droits bancaire et financier en particulier. Largement galvaudé, le conflit d'intérêts se conjugue à tous les temps et se mêle à toutes les sauces : patrons d'entreprise s'octroyant des rémunérations disproportionnées, actionnaires de référence décidant du versement de dividendes très élevés, banquiers et intermédiaires âpres au gain, analystes financiers, agence de conseil en vote, pour n'évoquer que quelques-unes des figures montantes

1. Lignes directrices OCDE, 2005.

de la nouvelle industrie de la gouvernance... C'est en ce sens qu'il faut saisir le traitement des conflits d'intérêts dans le droit des affaires et tout particulièrement le droit des sociétés, car il constitue depuis longue date un laboratoire d'étude pour les conflits d'intérêts et la texture ouverte de la formule a permis son adaptation au fil du temps.

À force, néanmoins, il se pourrait que le syntagme, effiloché au gré des aspirations et des stratégies, en arrive à perdre en intensité conceptuelle ce qu'il a gagné en notoriété. Le juriste serait bien en peine d'identifier toutes les situations du conflit, au point qu'il est justifié de se demander si ce dernier a une réelle force normative. Emporté par son succès, le concept afficherait toute sa vacuité. Il y a d'ailleurs un paradoxe à dresser le constat que l'onde de choc consécutive à la crise des *subprimes* n'a pas eu pour effet d'alourdir les sanctions à l'encontre des conflits d'intérêts, et ce en dépit d'une antienne proclamée haut et fort de leur faire un sort. Qu'on en juge : en dépit du repérage plus précis de conflits qu'il est permis de faire, ceux-ci restent le plus souvent en marge de la règle de droit et de la sanction qui la caractérise. On a plus volontiers recours à la *soft law*, droit souple à visée préventive appelé à la rescousse de la tiédeur des choix d'un droit dur en perte de vitesse. Aveu d'un législateur impuissant devant la majesté des Grands ou parti pris prudent de confiner les règles éthiques en marge de la norme juridique ? La réponse n'est pas simple. Toujours est-il que, si les hypothèses de conflits ont tendance à se multiplier, leur maîtrise semble cantonnée à en dresser un inventaire à la Prévert, sans qu'il soit apporté de nouvelles réponses aux abus. La prévention serait dans le cas des conflits d'intérêts devenue le meilleur remède face à la sanction. Point de fuite permanent et indéterminé, le conflit d'intérêts serait voué à rester sur les rives du droit... si tant est que ces nouveaux outils de prévention aient une réelle efficacité.

103

La question mérite d'être posée et il faut accepter l'idée qu'il convient d'aller plus loin. L'heure est venue de se demander si les conflits d'intérêts dans l'entreprise – et nous limiterons notre étude au domaine déjà vaste du droit des sociétés – peuvent être maîtrisés, et si oui, grâce à quel(s) outil(s). Nous interrogerons ainsi la notion de conflit d'intérêts en droit des sociétés à travers trois prismes : un diagnostic malaisé, les voies privilégiées de la prévention et des sanctions à l'efficacité limitée.

UN DIAGNOSTIC MALAISÉ

Il est communément admis que les conflits d'intérêts dans le monde des affaires doivent recevoir une acception étroite. Le conflit d'intérêts

prend naissance lorsque l'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt que l'on est en charge de défendre². Au-delà de ce consensus de bon aloi, les facettes de la notion sont multiples. Dans son guide «Prévenir et gérer les conflits d'entreprise dans vos entreprises», publié en février 2011 à l'attention des grands patrons, le Medef pose que le conflit d'intérêts est caractérisé par *le fait qu'une personne risque de perdre son indépendance intellectuelle ou son objectivité et se trouve ainsi fragilisée dans l'exercice de ses responsabilités*. Selon l'Institut français des administrateurs (IFA), il s'agit d'une situation dans laquelle un *administrateur détient ou sert, à titre privé, des intérêts qui pourraient avoir une influence sur son objectivité dans l'exercice de sa fonction*. La poursuite d'un intérêt privé par les dirigeants et des administrateurs de sociétés «peut affecter le discernement» de cette personne censée servir, comme seul maître, l'intérêt social.

Impartialité, indépendance, objectivité, il est aisé de percevoir dans l'utilisation du vocabulaire employé que les conflits atteignent ce qu'il y a de profondément ancré dans la conscience de chacun, les différentes situations les caractérisant pouvant alors se décliner sur plusieurs modes, allant du plus évident au plus intime. Les mandataires sociaux peuvent ainsi se retrouver dans différentes situations de conflit d'intérêts, qu'elles soient avérées, *concrètes ou réelles*, mais également *perçues ou apparentes*, ou encore *potentielles*.

De même qu'il existe différents degrés dans les situations de conflits d'intérêts, les risques de conflit peuvent être plus ou moins importants selon la personne concernée, ce qui incite les professionnels à adopter une approche modulée de leur traitement. Quelle approche le droit a-t-il jusque-là privilégié ? En droit, les sanctions se situent au niveau civil et au niveau pénal (l'incrimination d'abus de biens sociaux est l'archétype de la sanction de conflits d'intérêts). Avec les crises financières récentes, de plus en plus nombreuses ont été les personnes à passer sous les fourches caudines du législateur, au point qu'est considérée comme suspecte toute situation où la poursuite d'un intérêt personnel affecte les droits d'un tiers. Se dessinent des cercles concentriques de personnes en situation de conflit potentiel ou réel d'intérêts : du cercle restreint au périmètre de la société – dirigeants de sociétés, administrateurs, associés –, on passe à un cercle élargi – banquier, fournisseur, agence de notation, agence en

2. Dominique Schmidt, « Les associés et les dirigeants sociaux », in Véronique Magnier (dir.), *Les Conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre*, Paris, PUF, coll. « CEPHIRCA », 2006, p. 11.

conseil de vote... Quant au juge, il a dégagé un devoir de loyauté à la charge du dirigeant social pour lui interdire de privilégier son intérêt personnel dans des transactions qu'il opère tant avec la société qu'avec des actionnaires ou associés.

Sur le plan formel, le thème du conflit d'intérêts s'inscrit dans une réflexion plus générale sur le renouvellement des sources en droit des affaires. Quand on part à la recherche des normes applicables aux conflits d'intérêts encadrant les dirigeants sociaux, on ne peut qu'être frappé par l'abondance des textes de source formelle comme informelle. Depuis 1966, le cadre législatif des conflits d'intérêts a été fortement revisité. Il est cependant difficile de déceler dans ces réformes une ligne claire de politique législative en la matière. Traditionnellement, le droit des sociétés s'inquiète des conventions passées entre le dirigeant et sa société pour le soumettre à la fameuse procédure des conventions dites réglementées. Aujourd'hui, diverses voies nouvelles ou réempruntées sont utilisées qui relèvent du droit mais aussi de l'éthique (il en va ainsi, au sein des banques, des désormais incontournables déontologues ou, dans les sociétés cotées, du comité d'éthique)... et, à l'évidence, seule une combinaison savante de différents éléments de réponse permettra de respecter l'objectif ou d'en favoriser les conditions de réalisation. Des sources, multiples et abondantes, sont ainsi à l'œuvre qui révèlent l'importance accordée aux conflits d'intérêts dans les sociétés. Sont sollicités tant le droit dur que la *soft law*, le droit interne, européen ou international, le droit étatique et le droit produit par les professionnels eux-mêmes.

105

Mais réglementer les conflits d'intérêts présente une difficulté majeure, celle d'encadrer sans prétendre à l'exhaustivité des comportements qui relèvent plutôt de l'éthique des affaires, voire de la conscience des personnes en charge de l'intérêt social. Cette réticence peut expliquer que la loi ne pose pas de principe directeur en la matière, ni même érige le conflit d'intérêts en notion juridique. La loi se contente d'interventions au cas par cas, reléguant au niveau infralégislatif le soin de prévenir les conflits d'intérêts. C'est pourquoi il faut dépasser ce constat et dégager les lignes directrices de cet ensemble de règles qui conduisent à préférer les outils offerts par la prévention aux instruments propres de la sanction.

LES VOIES PRIVILÉGIÉES DE LA PRÉVENTION

Pour aller à l'essentiel, l'encadrement des conflits d'intérêts à titre préventif en droit des affaires repose aujourd'hui sur trois piliers : la

transparence, l'abstention et la vigilance, les deux premiers s'adressant aux professionnels en situation potentielle ou réelle de conflit d'intérêts, tandis que le troisième vise de manière plus originale les personnes ayant pour mission de contrôler ces situations de conflits.

106 *La transparence* est le premier enjeu des conflits d'intérêts. Elle constitue plus généralement un outil privilégié de la gouvernance d'entreprise depuis plusieurs décennies. Cette obligation d'information repose sur un impératif de transparence et permet de porter à la connaissance des organes sociaux l'existence, en la personne d'un associé ou d'un dirigeant, d'un intérêt personnel opposé à l'intérêt social. La révélation obligatoire auprès des actionnaires de sociétés cotées des modes de rémunérations accordés aux dirigeants de manière différée constitue un exemple topique de ce « dévoilement » sur un sujet délicat. Pour les professionnels d'une agence de notation ou d'une agence en conseil de vote qui se voient imposer des obligations de déclaration de leurs intérêts et des situations de conflit d'intérêts qu'ils connaissent avant de pouvoir agir au nom et dans l'intérêt d'une autre personne qu'ils représentent (leurs mandataires), cela permet de déceler les conflits d'intérêts qu'ils ont ou peuvent avoir avec les sociétés émettrices ou leurs dirigeants avant de fournir leurs services aux investisseurs. Prévenir les conflits d'intérêts, c'est donc d'abord les révéler. Libre ensuite aux actionnaires d'allouer d'importantes rémunérations ou de donner mandat à telle ou telle agence pour qu'elle vote à leur place.

L'abstention. En complément de cet impératif de transparence, le devoir de loyauté incombant à tout mandataire social impose en outre qu'il se déporte lorsqu'il se trouve en situation de conflit d'intérêts. L'abstention constitue un deuxième mécanisme de prévention mais aussi de gestion de ces conflits. La procédure des conventions réglementées déjà évoquée répond à un tel impératif de loyauté : elle concerne la plupart des conventions passées avec une société et ses dirigeants sociaux ou ses actionnaires majoritaires. Le mécanisme imaginé par le législateur – car il s'agit d'une règle de droit véritable – repose sur l'exigence d'une autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance pour que soit passée une telle convention, qui doit ensuite recevoir approbation de l'assemblée générale d'actionnaires après rapport spécial du commissaire aux comptes, la règle majeure étant que « l'intéressé ne peut pas prendre part au vote³ ». En complément, dans les sociétés cotées, l'organisation

3. Articles L. 225-40, al. 4, et L. 225-88-1, al. 4, du code de commerce. Ce mécanisme strictement juridique se distingue de la règle dite des « parties liées » qui oblige la société mère d'un

professionnelle Afep préconise que l'administrateur d'une telle société fasse part « au conseil de tout conflit d'intérêts même potentiel » et s'abstienne « de participer au vote de la délibération correspondante ». Le même dispositif se retrouve dans la Charte de l'administrateur rédigée par l'IFA qui suggère en outre que, dans la phase de sélection d'un administrateur, ce dernier « retire sa candidature en cas de conflits d'intérêts fréquents ou substantiels lui imposant de s'abstenir en de trop nombreuses occasions » ; en cas de qualification en tant qu'administrateur indépendant, ce dernier doit s'abstenir « lors de sa nomination ou lors des revues annuellement opérées par le conseil ». De manière pertinente, les situations de conflit d'intérêts sont prises en compte non seulement au moment de la nomination d'un administrateur, mais aussi tout au long de son mandat.

La vigilance d'un tiers. À ces instruments classiques de prévention et de gestion des conflits d'intérêts vient s'ajouter un mécanisme plus original qui en appelle à la vigilance des administrateurs non intéressés. L'apport de l'autorégulation procède de ce contrôle renforcé des administrateurs préconisé tant à l'échelon international que national. Les principes déjà évoqués de l'OCDE suggèrent que le conseil d'administration soit en mesure de porter un jugement objectif et indépendant sur la conduite des affaires sociales. L'organisation précise que la prévention des conflits d'intérêts fait partie des missions du conseil d'administration. Pour l'application de ces principes, il est demandé que le conseil se prononce en toute objectivité et indépendance vis-à-vis de la direction, exigence qui a des répercussions importantes sur sa propre composition et sa structure. Les organisations professionnelles ont pris en compte ces impératifs d'impartialité pour accorder en dehors de toute règle impérative une place centrale à l'administrateur indépendant. Innovation majeure des travaux sur la gouvernance, cette figure répond à l'objectif de limiter le nombre d'administrateurs potentiellement en conflit d'intérêts avec la société⁴. Selon l'IFA, certains administrateurs « apparemment plus exposés », comme les administrateurs salariés ou les représentants permanents d'une personne morale, ne peuvent être qualifiés d'administrateurs indépendants. Plus récemment s'est imposée une nouvelle figure dans les sociétés à conseil d'administration dans lesquelles

107

groupe à révéler les contrats intra-groupes en conformité avec les normes comptables internationales et européennes.

4. Cf. Bernard Bouloc, « La place de l'administrateur indépendant dans une société cotée (un aspect vécu) », in Véronique Magnier (dir.), *La Gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, Paris, LGDJ, 2010, p. 103.

les mandats de président du conseil et de directeur général sont réunis, l'administrateur référent. Il a pour mission de garantir les prérogatives du conseil d'administration et de faire respecter les bonnes pratiques de gouvernance dans le contexte d'une direction exercée par un président-directeur général. Le contrôle des conflits d'intérêts au sein de la direction de la société constitue l'un des rôles principaux assigné à cet administrateur référent. La pratique a reçu l'approbation de l'Autorité des marchés financiers dont elle préconise une évaluation sur le terrain.

108 Nouvelle politique de « poussière sur le tapis », dira-t-on ! Il n'en est pas moins vrai que l'encadrement des conflits d'intérêts à l'aide d'outils de prévention représente un progrès d'autant plus aisé à mettre en œuvre qu'il s'adapte aux exigences de la pratique sans avoir à passer par le processus législatif. Suffit-il pour autant à écarter tout risque de conflit d'intérêts ? Au cas où les conflits persistent, les juges disposent-ils d'instruments normatifs adéquats pour assurer un contrôle efficace des abus en cas de conflits d'intérêts dans le monde de l'entreprise ?

L'EFFICACITÉ DES SANCTIONS ?

Parmi l'arsenal des sanctions dont dispose le juge, lesquelles touchent aux conflits d'intérêts ? Si, en quelques années, pouvoirs publics et professionnels ont beaucoup œuvré pour encadrer l'activité des mandataires sociaux, force est d'admettre que l'analyse du dispositif mis en place révèle rapidement les limites de son effectivité. L'examen de l'impresionnante abondance de normes de toute nature applicables aux situations de conflits d'intérêts suscite en effet trois observations.

Un premier constat déjà ancien touche à l'effectivité de la procédure des conventions réglementées précédemment décrite. Bien que le code de commerce laisse penser que l'autorisation *préalable* du conseil d'administration est une condition de validité d'une telle convention, il n'en est rien. En effet, les conventions non autorisées sont elles-mêmes valables. Pour remédier à une telle incohérence, on aurait pu proposer d'édicter que la convention ne puisse produire aucun effet avant le vote de l'assemblée générale. Cette solution n'est pas retenue par la règle de droit : le défaut d'autorisation permet seulement au juge de retenir la responsabilité de l'intéressé et d'annuler la convention qui aurait des « conséquences dommageables » pour la société. De plus, ce risque d'annulation peut être couvert par l'assemblée générale, le législateur permettant ainsi à une telle assemblée d'entériner un préjudice social ! Enfin, l'assemblée générale statue sur les conventions autorisées, mais celles

qu'elle désapprouve restent néanmoins valables « à l'égard des tiers », ce qui permet, une fois encore, de douter de l'effectivité d'un tel mécanisme de sanction.

Plus récemment, une réserve a été émise sur la transparence des conventions réglementées, réserve qui peut s'appliquer plus largement à tout mécanisme de transparence. La prévention des conflits reposant sur une déclaration spontanée des situations de conflit, l'arbitrage entre les conventions soumises à la procédure et celles qui ne le sont pas incombent à l'intéressé. En 2001, le législateur avait tenté de remédier à cette anomalie en soumettant à un formalisme contraignant les conventions dites libres – celles qui ne font pas l'objet d'un vote – et en imposant que celles-ci soient communiquées par l'intéressé au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Il avait alors ajouté à la complexité du régime des conventions. Ces nouvelles exigences s'étant avérées très lourdes pour les sociétés et de peu d'utilité pratique, le dispositif fut par la suite allégé puis carrément abandonné : en 2011, la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a supprimé l'obligation de communication des conventions libres et effectué ainsi un retour au droit positif antérieur à la loi du 15 mai 2001. Aucun contrôle sur les conventions courantes, ou abusivement qualifiées comme telles, n'est plus possible directement. L'actionnaire doit donc de nouveau recourir à d'autres moyens, comme l'expertise de gestion, pour obtenir l'information sur telle ou telle convention. Plus largement, toutes les obligations de déclarations spontanées de conflit d'intérêts trouvent leur limite dans l'oxymore « obligation volontaire » !

109

La législation sur les rémunérations des dirigeants sociaux constitue un dernier cas pathologique de lutte contre les conflits d'intérêts. En dépit de réformes récentes et répétées, les affaires continuent d'émouvoir les médias et les prétoires, comme en témoigne l'affaire Zacharias à l'occasion de laquelle on a reproché un abus de pouvoir à l'ancien dirigeant de Vinci qui s'était fait attribuer par *son* conseil d'administration une rémunération dé plafonnée et entièrement variable. Le comité de rémunération avait d'abord été remplacé, afin que cette rémunération puisse être préconisée par le nouveau comité en place puis entérinée par le conseil d'administration⁵. L'introduction d'une recommandation *say on pay* dans le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, préconisant de soumettre les rémunérations « dues » aux dirigeants de ces sociétés à un vote des actionnaires, devrait permettre d'éviter les

5. CA Versailles, 9^e ch., 19 mai 2011, n° 10-01523.

abus les plus flagrants, étant précisé que ce vote est uniquement à titre consultatif et que les rémunérations « différées », telles les indemnités de départ – objet précisément de l'affaire Zacharias –, en sont exclues⁶.

*

110 Les conflits d'intérêts sont réfractaires à la sanction. Faut-il le déplorer ? Le droit ne se limite pas à la loi ni à la sanction. Une règle dénuée de *force normative* peut contenir une grande *portée normative* pour peu que ses destinataires aient, en eux, ce sentiment d'*opinio juris* cher à Carbonnier⁷. À force de repousser les limites de l'inacceptable et de vouloir à tout prix chasser les conflits d'intérêts, de nouvelles situations se créent qu'il faut alors combattre. L'activité sociale, on le sait, repose sur un principe fondamental, la liberté d'entreprendre. Ce principe renâcle d'une part à se voir limité dans un cadre réglementaire rigoureux et admet d'autre part les comportements personnels et égoïstes. Convient-il de faire confiance aux règles de l'éthique et prôner la transparence et l'abstention ? Encore faut-il qu'en cas de situations inacceptables de conflit d'intérêts les mécanismes préventifs et la crainte de porter atteinte à la réputation de l'entreprise freinent les appétits. Certes, l'homme est un animal raisonnable. Mais le sont-ils tous ?

6. Véronique Magnier, « Le nouveau code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées est arrivé ! », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, septembre 2013.

7. Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001.

R É S U M É

L'entreprise concentre une communauté d'intérêts divers et, à ce titre, constitue un laboratoire propice à l'étude des conflits d'intérêts. Depuis longtemps, le droit sanctionne un dirigeant social ayant privilégié son intérêt personnel au détriment de l'intérêt social. La multiplication des situations de conflits, difficiles à diagnostiquer, a récemment conduit à compléter utilement le droit positif par des recommandations favorisant la prévention et la transparence, notamment par le biais de déclarations d'intérêts. Se pose toutefois la question de l'efficacité de ces recommandations.