

**Association DROIT ET COMMERCE**  
**30<sup>e</sup> Colloque**  
**Deauville 2 avril 2006**

**Colloque organisé par l'association Droit et commerce**  
**Deauville 1<sup>er</sup> et 2 avril 2006**  
**LES CONFLITS D'INTERETS**  
**Une question majeure pour le droit des affaires**  
**du XXI<sup>e</sup> siècle**

**Propos introductifs**

**par Guy Canivet,**  
**premier président de la Cour de cassation<sup>1</sup>**

Les conflits d'intérêts conduisant aux confins du droit et de la morale, fût-ce une « morale des affaires », comment commencer autrement qu'en citant l'une des maximes les plus connues du duc de La Rochefoucauld : « *Les vertus se perdent dans l'intérêt comme les fleuves dans la mer* » ? Car il s'agit bien, au fond, autant de conflits entre devoir et intérêt que de simples oppositions entre intérêt personnel et intérêt d'autrui – nombre d'études le soulignent et à raison, bien sûr. Par là même, chacun mesure combien, avant et afin de pouvoir procéder à l'*identification* des conflits d'intérêts – la tâche ambitieuse assignée à cette première partie du colloque –, il s'avère indispensable de s'arrêter quelques temps sur la définition même de ce qu'il faut entendre par ces termes si féconds mais si ambigus, et de circonscrire ainsi un domaine qui découvre, sous le regard des observateurs avertis, de multiples horizons.

Sans doute est-il aisé ici, loin de toute prétention dogmatique, de s'entendre sur ce qu'est l'« intérêt », l'une des notions les plus protéiformes que compte la science juridique. Sans se perdre dans les débats doctrinaux, il semble en effet possible de s'accorder sur la définition la plus proche du sens commun, qui renvoie à l'utilité matérielle ou morale, actuelle ou future, qu'une personne entend retirer d'une situation. Du moins cette précision permet-elle de rappeler dans un même élan ce dont nul ne doute mais qu'il est toujours bon de garder à

---

<sup>1</sup> Ce discours a été prononcé par Madame Marielle Cohen-Branche, conseiller en service extraordinaire

l'esprit en la matière, peut-être pour tempérer de réalisme la poursuite de l'idéal : dans la sphère économique et financière, autant sinon plus qu'ailleurs, c'est bien évidemment l'intérêt qui gouverne les décisions, les stratégies, la gestion quotidienne. Un intérêt personnel, donc, qu'il ne saurait être question de stigmatiser sans nuances.

Car évidemment, ce sont les conflits d'intérêts que la morale réproouve, que le droit se doit de combattre, et qu'il s'agit donc de cerner avec précision. Aussi importe-t-il de se garder de tout amalgame entre les oppositions « normales » et les conflits d'intérêts au sens où le droit les entend... Il ne saurait s'agir de l'opposition classique et naturelle des intérêts divergents qui apparaissent dans la *formation* d'un contrat, mais seulement de la situation particulière que révèle l'*exécution* d'un contrat aux termes duquel l'une des parties a pris en charge les intérêts de son cocontractant. Par où il convient de revenir au propos d'ouverture : en dépit de l'absence de définition dans la loi, ou même dans les dictionnaires juridiques les plus autorisés, l'on peut rapidement s'accorder à définir le conflit d'intérêt comme une situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs, lesquels tendent justement à la protection des intérêts dont elle a la charge...

Cette définition posée, force est alors d'observer que peu de règles concernent de façon spécifique le problème des conflits d'intérêts, et au demeurant, n'abordent qu'un aspect de la situation, sans s'inscrire dans une démarche systématique. C'est dire combien il s'avère indispensable, avant toute réflexion pertinente relative à la prévention et à la sanction de ces situations « pathologiques », de se livrer à un recensement de ces dernières, ainsi que le propose la première partie du colloque. Sans doute pourra-t-on rapidement observer, toutefois, que le domaine est vaste, et que le dépeindre nécessite une large fresque, offrant aux regards des spectateurs une même réalité sous de multiples points de vue. La matinée verra ainsi se succéder l'étude des conflits d'intérêts dans les rapports du mandant et de son mandataire, dans les sociétés commerciales, dans les réseaux multi-professionnels...

Cela étant, l'étendue du sujet invitant à la modestie du propos, il m'a paru opportun de m'en tenir à quelques observations sur le rôle du juge dans l'identification de ces conflits d'intérêts. En effet, au regard de l'approche du législateur en la matière, du choix de règles particulières, la mission du juge ressort avec éclat : dans l'application de ces règles, le juge dessine l'ébauche d'un traitement contrasté des conflits d'intérêts (I). Il n'est cependant pas certain que la référence aux seuls textes de loi permette de délimiter le vaste domaine des situations potentiellement conflictuelles. C'est ainsi que la création prétorienne joue à n'en pas douter un rôle décisif, qu'il conviendra d'explicitier (II).

## **I. L'application judiciaire des règles légales**

Pour remonter à la source des conflits d'intérêts, les détecter avant de les neutraliser, le juge s'en remet d'abord, naturellement, au guide que constitue la loi. Celle-ci, posant une à une les pierres du barrage qu'il convient de dresser contre les conflits d'intérêts les plus aisément reconnaissables, n'en soulève pas moins, à l'instar de toute règle, des difficultés d'interprétation ou d'application aux cas concrets qu'elle prétend régir. L'une des premières missions du juge, au stade de l'identification des conflits d'intérêts, consiste ainsi à expliciter les termes des textes expressément destinés à les combattre, qu'ils traitent de la vente, de l'activité des sociétés commerciales, des avocats ou des analystes financiers.

A) Le **droit de la vente**, d'abord. Certaines opérations se présentent comme une source privilégiée de conflit d'intérêts, ainsi de la vente de biens appartenant à autrui. L'évidence d'un tel risque explique aisément que la loi ne soit pas tout à fait silencieuse à ce sujet.

La disposition majeure est connue de tous : il s'agit bien évidemment de l'interdiction faite au mandataire de se porter contrepartiste, que fulmine l'article 1596 du code civil. Encore faut-il

observer qu'en visant des qualifications précises, le texte n'épuise pas, loin s'en faut, la liste des personnes qui se voient confier la gestion ou la protection des intérêts d'autrui, et impose au juge de trancher la question de savoir s'il peut s'appliquer en d'autres occurrences. C'est ainsi par œuvre d'interprétation que l'application de la règle a pu être étendue à un agent immobilier par exemple<sup>2</sup>, ou, de façon plus générale, à tout commissionnaire. C'est encore au juge qu'il est revenu de préciser que la disposition s'applique à toutes les ventes, même dans les cas où le bien n'appartient pas au mandant, ou dans l'hypothèse marginale où le prix a été fixé par le mandant lui-même.

La jurisprudence veille enfin à ce que l'interdiction de se porter contrepartiste ne soit pas contournée par interposition de personne, principe qui n'est pas sans évoquer une affaire depuis longtemps placée sous les feux de l'actualité : l'affaire de la vente du groupe Adidas par Bernard Tapie<sup>3</sup>. En effet, la Cour d'appel de Paris a déduit l'existence d'une contrepartie de la cession d'une partie des actions à une filiale de la banque, et surtout de ce que la majorité du capital a été cédée par l'effet d'une opération de portage, de telle sorte que le mandataire aurait été le véritable cessionnaire, en tant que donneur d'ordre. Vous le savez, un pourvoi est pendant devant la Cour de cassation, qui amènera celle-ci à examiner le bien-fondé de cette position. Tout au plus faut-il relever que certaines voix se sont déjà élevées à l'encontre d'une telle solution<sup>4</sup>, en estimant notamment que le vendeur ayant été informé de l'acquisition d'une partie des actions par la filiale de la banque, la contrepartie serait autorisée en l'espèce<sup>5</sup>, et qu'en outre, l'existence d'un portage serait douteuse, la banque s'étant comportée, dans cette opinion, comme un « assureur » des risques financiers de l'opération, non comme un acquéreur déguisé. Quoiqu'il advienne de la décision attaquée, chacun mesurera à tout le moins combien l'application de l'interdiction de se porter contrepartiste peut se révéler délicate...

B) L'activité des **sociétés civiles et commerciales** offre également, à n'en pas douter, un terrain propice à l'éclosion des conflits d'intérêts. Il s'agira du dirigeant tenté de bénéficier directement de sa position pour obtenir un avantage dans son patrimoine personnel, du dirigeant ou de l'associé qui impose une cession d'actifs à prix lésionnaire en faveur d'une autre société qu'il contrôle, etc. Là encore, la loi n'est pas restée muette à ce sujet, et met en place des mécanismes dont il revient au juge d'assurer l'application effective. L'on pensera bien sûr notamment aux conventions réglementées, à la procédure particulière de la vente de biens à la société par un actionnaire, à l'incrimination des abus de bien sociaux, à l'évaluation des apports en nature. Le rôle fondateur de la jurisprudence se révèle également dans la définition de l'abus de majorité ou de l'abus de minorité, propres à appréhender certains conflits avérés.

En premier rang vient cependant le mécanisme des conventions réglementées. Comparé au « lit de Procuste, tantôt trop large, tantôt trop étroit »<sup>6</sup>, c'est d'abord le domaine d'application de la règle qui appelle l'œuvre d'interprétation du juge. Au chapitre de la notion d'« entreprise » dans laquelle le dirigeant, l'administrateur ou l'associé a des intérêts, les juges du fond ont pu préciser que celle-ci visait aussi bien des associations<sup>7</sup>, illustrant la volonté de faire une application rigoureuse de la loi. Sur d'autres points, les termes de la loi sont au contraire extensifs : ainsi par exemple de la référence aux conventions auxquelles l'administrateur est *indirectement* intéressé. Le juge doit plutôt, alors, veiller à une application

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 13 avril 1983 (pourvoi 8116728), Bull. civ. I, n°119.

<sup>3</sup> CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 30 septembre 2005.

<sup>4</sup> V. not. X. Lagarde, « Observations critiques sur une affaire médiatique », D. 2005, p. 2945.

<sup>5</sup> V. p. ex. civ. 1<sup>er</sup>, 12 avril 2005, pourvoi n°02-20.116 (approbation par le mandant de la désignation du mandataire en tant que bénéficiaire du contrat d'assurance-vie conclu par représentation).

<sup>6</sup> B. Raynaud, « La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions », JCP E 2005, I, 354, p. 404.

<sup>7</sup> CA Paris, 26 septembre 1991.

« raisonnable », conduite dans le souci de ne pas étendre démesurément la procédure contraignante des conventions réglementées. La Cour de cassation précisa par exemple que l'intérêt indirect doit être suffisamment important pour infléchir la conduite de la société<sup>8</sup>. Cela étant, l'intérêt personnel, direct ou indirect, peut prendre des formes extrêmement diverses, s'il est entendu de façon sensiblement identique à l'acception forgée par la jurisprudence relative à l'abus de biens sociaux : il peut aussi bien être matériel – attribution de rémunérations excessives, paiement par la société d'amendes personnelles, détournement de véhicules appartenant à l'entreprise – qu'immatériel – souci d'entretenir des bonnes relations avec un tiers, de consolider sa situation au sein du groupe et de donner satisfaction à des personnes influentes, etc.

C) Les **réseaux d'avocats et de professions de conseil ou de contrôle** constituent la dernière occurrence de conflits d'intérêts que cette matinée propose de découvrir. Si l'interdiction du conflit d'intérêts est désormais clairement posée pour la profession d'avocat par un décret du 12 juillet 2005, pour la profession de commissaire aux comptes par un décret du 16 novembre de la même année, par exemple, force est d'observer que la seule prohibition de principe paraît timide, impliquant que la réflexion se poursuive au sujet des moyens concrets de prévention.

La première voie consiste à interdire ou, à tout le moins, à limiter la constitution de réseaux trop vastes. Mais outre la difficulté que suscite la définition même de réseau multidisciplinaire, les armes qu'offre le droit de la concurrence sont d'un maniement délicat. Peut-être faudrait-il plutôt interdire aux membres d'une profession réglementée de participer à un réseau réunissant des activités jugées incompatibles, à l'instar de ce qu'a pu décider le conseil national des barreaux dès 1998. Les rapports de M. Le Portz et de M. Nallet exploraient également d'autres pistes, notamment celle des incompatibilités par nature de missions.

Une voie plus intéressante est cependant tracée par la plupart des grands cabinets concernés, qui ont mis en place des procédures de « prévention » des conflits d'intérêts, dans un esprit proche de la conception de la « Muraille de Chine » par les analystes financiers. Ainsi par exemple ont été érigés des remparts « matériels » (badges d'accès propres à chaque service, standards téléphoniques différents, cloisonnement du système informatique), mises en oeuvre des procédures formalisées d'acceptation d'un nouveau client ou d'une nouvelle mission...

De façon générale, force est de remarquer que ces dispositifs relèvent cependant plus de la bonne volonté des cabinets que de la loi, qui pourrait difficilement prévoir de telles mesures, ou même du juge, qui ne peut s'immiscer dans le fonctionnement de ces réseaux. En réalité, le juge ne peut ici qu'intervenir en aval, retenant la responsabilité en cas de conflit d'intérêts préjudiciable. La détermination des moyens de prévention lui échappe quasi-totalement, ainsi que je l'ai déjà remarqué en ce qui concerne le droit des sociétés.

## II. La création prétorienne de principes généraux

Si le juge participe de la définition des conflits d'intérêts en interprétant les textes imprécis, la faiblesse d'une approche casuistique se décèle cependant sans peine : tous les aspects que la loi laisse dans l'ombre ne pourront donner lieu à un traitement pleinement satisfaisant des conflits qui se font jour... Inéluctablement, le juge, saisi de situations de conflit avérées mais non appréhendées par la loi, a du mettre en oeuvre d'autres moyens d'identification et de sanction des conflits d'intérêts. C'est ainsi que le conflit d'intérêts a pu être appréhendé comme manquement au « devoir de loyauté », et que certains l'invitent à recourir à un principe général de prohibition dont il faut examiner la pertinence.

---

<sup>8</sup> Com., 4 octobre 1988.

## A) Le manquement au devoir de loyauté

De plus en plus relevé par les juges – deux cent décisions recensées sur le site de la Cour de cassation de septembre 2004 à mars 2006, dans de multiples domaines – le manquement au devoir de loyauté tend à devenir le fer de lance de la lutte contre les conflits d'intérêts.

L'une des premières illustrations du rôle de la création prétorienne en matière de conflit d'intérêts tient à la reconnaissance du devoir de loyauté reposant sur tout mandataire. Il est ainsi revenu à la jurisprudence de préciser qu'il était interdit au mandataire d'utiliser à des fins personnelles le montant du prêt qu'il avait pour mission de contracter, ou d'aliéner le bien qu'il était chargé de vendre à un prix dérisoire, tout en recevant un avantage en nature de l'acquéreur, etc. La jurisprudence s'est toutefois gardée de tomber dans l'excès, se refusant par exemple à une prohibition de principe du double mandat.

Il n'en demeure pas moins que le devoir de loyauté a été illustré de façon éclatante à l'occasion d'une opération de reclassement de titre conduite par un dirigeant social, mission qui rejoint celle d'un mandataire, ou à tout le moins le place dans une situation similaire.

La première pierre de l'édifice fut posée, bien entendu, par la célèbre affaire « Vilgrain ». Là encore, les faits de l'espèce sont trop connus pour qu'il soit utile de les rappeler exhaustivement. Comme vous le savez, la décision concerne un dirigeant auquel avait été confié une mission de reclassement de titres, et juge qu'en intervenant dans la cession des actions de l'associée mandante au prix fixé, après révision, et en les acquérant lui-même à ce prix, tout en s'abstenant d'informer le cédant des négociations qu'il avait engagées pour la vente des mêmes actions à un prix minimum sensiblement supérieur, le dirigeant avait **« manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il est intermédiaire pour le reclassement de sa participation »**. En l'espèce, la Cour de cassation estima ainsi que la cour d'appel avait procédé à la recherche prétendument omise, et pu retenir l'existence d'une réticence dolosive à l'encontre du dirigeant.

L'impact de cette décision fut majeur, et celle-ci a depuis été confirmée à plusieurs reprises, notamment dans un arrêt du 12 mai 2004, qui confirme cependant que la déloyauté doit résulter d'une dissimulation caractérisée et trompeuse. Dans un attendu de principe, la Cour précisa en effet que **« le cessionnaire n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession »**. La Cour de cassation ouvrait cependant la porte à une condamnation du dirigeant indélicat, en considérant établi le manquement à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé, s'il était définitivement constaté devant la juridiction de renvoi que le dirigeant avait *« caché l'existence des négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport »* des actions à l'initiative de la cession desquelles il avait été.

Pour terminer sur ce point, il est sans doute intéressant de méditer les enseignements de cette jurisprudence en ce qui concerne l'affaire déjà évoquée de la vente du groupe Adidas par M. Tapie. Si la décision de la cour d'appel s'inscrit en effet dans le droit fil d'une jurisprudence qui paraît désormais bien établie, force est d'observer que justement, la jurisprudence s'est attachée à définir une position souple, équilibrée. Il faut rappeler à cet égard que pour l'heure, les juges se sont toujours attachés à relever l'existence d'une faute, voire d'une faute intentionnelle. Les opinions des commentateurs de la décision frappée de pourvoi sont ainsi partagées. Tandis que certains considèrent que *« le rapprochement avec l'affaire Vilgrain est saisissant »*, d'autres estiment qu'aucune déloyauté ne peut être reprochée au mandataire. Les premiers soulignent que la loyauté aurait ici consisté en ce que le mandataire avertisse son

partenaire qu'il avait trouvé un repreneur potentiel – le silence serait donc fautif, dans la mesure où l'accord prévoyait que si la vente pouvait être conclue pour un prix supérieur à celui fixé dans le mandat, il était prévu que le mandant et le mandataire se partagerait l'excédent : le silence gardé sur l'existence d'un repreneur aurait ainsi privé le mandant de la possibilité de conclure la vente avec ce dernier, et donc d'une chance de gain, de la perte de laquelle la décision attaquée vient justement l'indemniser. Les seconds font valoir que le prétendu repreneur s'était simplement fait consentir, à l'époque des faits, une option d'achat, et que la banque mandataire, qui avait proposé des prêts à ce dernier et aux autres acquéreurs, engagés par la promesse de vente à son égard, pouvait légitimement refuser de continuer à prêter plutôt au mandant (M. Tapie), d'où l'absence de préjudice. On mesure ainsi, à lire ces éminents commentaires, pourtant divergents, combien l'appréciation de la déloyauté est œuvre difficile.

## **B) La reconnaissance d'un principe général de prohibition des conflits d'intérêts**

Si l'effort jurisprudentiel dirigé vers la prévention des conflits d'intérêts est déjà très important, d'aucuns jugent cependant qu'un pas supplémentaire pourrait être franchi. En effet, si la reconnaissance d'un devoir de loyauté à la charge de certains cocontractants ou acteurs de la scène économique a permis de pallier certaines insuffisances de la *ratio scripta*, il n'en demeure pas moins que certains craignent encore que nombre d'hypothèses de conflit restent impunies. Aussi certains proposent-ils d'ériger l'interdiction des conflits d'intérêts en principe général, en se prévalant notamment d'une ancienne maxime, à laquelle serait ainsi offert un regain de vigueur : entendons bien sûr l'adage *nemo in rem suam auctor esse potest*, précepte selon lequel « nul ne peut officier en sa propre cause »<sup>9</sup>.

Il ne faut pas nier que la consécration d'un principe général de prohibition des conflits d'intérêts présenterait des avantages majeurs, en permettant notamment de se détacher de la qualification du contrat, ainsi par exemple s'agissant de l'extension de l'article 1596 du code civil à d'autres contrats que la vente et à d'autres personnes que les mandataires, comme de ne plus abandonner le traitement des conflits d'intérêts à la seule déontologie propre à chaque profession : si certains textes réglementent les situations conflictuelles, d'autres professions ne connaissent pas de tels principes, ainsi par exemple en matière bancaire. Les juges du fond jouent ainsi déjà un rôle dans la généralisation du devoir d'information à toute personne placée dans une situation de conflit d'intérêt : par exemple, une banque a pu être condamnée pour ne pas avoir averti son client qu'elle lui vendait les titres d'une société dont elle était le créancier<sup>10</sup>.

Toutefois, l'adoption d'un principe général de prohibition des conflits d'intérêts n'irait pas sans soulever des difficultés majeures. En premier lieu, il faudrait régler les délicats chevauchements qui ne manqueraient pas d'apparaître entre ce principe d'une part, et d'autre part, des notions aussi diverses que le détournement de pouvoir, l'abus de droit, ou même le devoir de loyauté récemment renforcé. En second lieu, il est permis de s'interroger sur la validité d'une démarche aussi systématique, au regard de l'existence de textes précis dans des domaines très divers. Quelle utilité pourrait-il encore leur être reconnu, si ce principe jurisprudentiel permettait d'appréhender toutes les hypothèses qui ne sont pas expressément visées, de combler la moindre de leur lacune ?

Le juge trouverait-il donc un renfort considérable dans la reconnaissance d'un principe général de prohibition des conflits d'intérêts ? Sans doute faut-il toujours se méfier des

---

<sup>9</sup> P.-F. Cuif, « Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005, p. 7.

<sup>10</sup> CA Paris, 27 septembre 1996, Banque et droit, janv.-févr. 1997, p. 38.

sentences définitives et, à tout le moins, ne pas clore trop hâtivement les débats. Ce qui reste évident à tous égards, c'est néanmoins le défi qu'il appartient au juge de relever, afin de servir l'objectif cardinal que représente l'identification des conflits d'intérêts, préliminaire indispensable à leur prévention et à leur sanction.