

PROJET

Guide pratique

Les conflits d'intérêts dans l'entreprise



**Sous-direction du conseil, de l'analyse stratégique
et des affaires internationales**

Version 1 / 1^{er} Septembre 2021

Table des matières

Introduction.....	3
I. Appréhender les conflits d'intérêts au regard du risque de corruption.....	4
1. Définition des conflits d'intérêts dans l'entreprise.....	4
2. Pourquoi prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans le cadre d'un programme de conformité anticorruption ?.....	5
II. Identifier les situations de conflit d'intérêts.....	9
1. Cartographier les situations à risques.....	9
2. Exemples de situations à risques.....	11
2.1. Exemples de situations à risques impliquant un salarié.....	11
2.2. Exemple de situation à risques impliquant un mandataire social..	12
2.3. Exemple de situation à risques impliquant un tiers à l'entreprise.	13
III. Prévenir et gérer les conflits d'intérêts.....	13
1. Exemples de mesures définies par le législateur.....	14
2. Définir et formaliser une politique intégrée aux processus.....	15
3. Détecter les situations de conflit d'intérêts.....	18
4. Adopter des mesures de remédiation adaptées.....	20
5. Sanctionner les situations de conflit d'intérêts.....	20

Introduction

La convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, dite de « Merida », rappelle l'importance pour chaque Etat partie d'adopter des mesures impliquant le secteur privé afin de prévenir le phénomène corruptif, parmi lesquelles, « *la promotion de l'élaboration de normes et procédures visant à préserver l'intégrité des entités privées concernées, y compris de codes de conduite pour que les entreprises et toutes les professions concernées exercent leurs activités de manière correcte, honorable et adéquate, pour prévenir les conflits d'intérêts [...]* »¹.

A cet égard, les activités d'appui et de contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA) mettent en exergue le besoin de sensibiliser les instances dirigeantes des acteurs économiques², à la nécessité de maîtriser les liens d'intérêts qui, s'ils sont inhérents à la vie des organisations, peuvent entrer en conflit et favoriser la commission d'infractions relevant du champ des manquements à la probité.

La prévention et la gestion des risques de corruption implique pour une entreprise d'identifier les situations susceptibles de l'exposer à des conséquences juridiques, humaines, économiques et financières préjudiciables. Dans ce cadre, l'exercice de la cartographie constitue, comme le soulignent les recommandations de l'AFA, la pierre angulaire de tout dispositif anticorruption et doit, dans ce contexte, porter une attention particulière aux risques résultant des « liens d'intérêts » des dirigeants et salariés de l'entreprise. Cette vigilance doit la conduire, en fonction des risques identifiés, à définir une procédure de gestion des conflits d'intérêts, à laquelle son code de conduite anticorruption peut utilement renvoyer comme préconisé par les recommandations de l'AFA.

Différentes mesures de prévention et de détection des situations à risques peuvent être mises en œuvre afin de se prémunir des conséquences négatives de potentiels conflits d'intérêts. En cas de conflit d'intérêts déclaré, des mesures de remédiation proportionnées à la gravité du risque induit par la situation en cause peuvent être mises en œuvre. Ce guide vise donc à accompagner les entreprises, leurs dirigeants ainsi que les professionnels de la conformité dans l'appréhension de la problématique des conflits d'intérêts au regard du risque de corruption (I), dans l'identification des situations à risque (II) et dans la définition de mesures permettant de les prévenir et de les gérer (III).

¹ Convention des Nations Unies contre la corruption, 31 octobre 2003, UNODC, article 12

² Soit les entreprises et les établissements publics industriels et commerciaux, de toute taille et de tout secteur.

I. Appréhender les conflits d'intérêts au regard du risque de corruption

1. Définition des conflits d'intérêts dans l'entreprise

Ni la loi ni la jurisprudence ne définissent le conflit d'intérêts dans le secteur privé. Les seules définitions juridiques existantes concernent le secteur public.

La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique définit le conflit d'intérêts comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* » (Art. 2, 1°).

A l'identique, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) définit le conflit d'intérêts comme « *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* »³.

Dans le secteur public, d'où procède historiquement la notion, les conflits d'intérêts sont associés au devoir de probité des agents qui doivent faire prévaloir l'intérêt public sur leurs intérêts personnels afin d'exercer leur fonction avec impartialité, objectivité et indépendance.

En revanche, aucun texte juridique ne définit le conflit entre intérêts privés⁴. Or, les conflits d'intérêts entre personnes privées étant tout aussi susceptibles d'exposer à un risque de corruption l'activité d'une organisation, il convient de ne pas restreindre l'approche aux seules relations faisant intervenir des intérêts publics.

Il est dès lors pertinent de considérer que constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre la fonction exercée au sein d'une entreprise et un intérêt personnel, de sorte que cette interférence influe ou paraisse influencer l'exercice loyal de la fonction pour le compte de cette entreprise.

L'existence d'un intérêt personnel ...

Chaque individu est lié par différents intérêts de nature très hétérogène, économiques, politiques, syndicaux, associatifs, familiaux, amicaux, etc. Il importe peu que l'intérêt soit direct ou indirect, qu'il concerne l'individu ou l'un de ses proches qu'il soit présent, passé ou futur.

Exemple de liens passés tiré des articles L. 811-2, al. 3 et L. 822-12, al. 1^{er} du code de commerce : les mandataires judiciaires et les commissaires aux comptes doivent procéder à la déclaration des liens passés, dans la limite de cinq années pour les

³ Recommandations de l'OCDE pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public (juin 2003).

⁴ Des définitions ont toutefois été proposées par différents organismes dans le cadre de leurs productions et travaux respectifs (Rapport 2010 du Service central de prévention de corruption, Guide pratique des conflits d'intérêts en entreprise publié en 2018 par Transparency international, Réponse à la question n° 700 par l'Institut français des administrateurs, Guide « prévenir et gérer les conflits d'intérêts » publié par le MEDEF en 2011...).

premiers et de trois années pour les seconds, qu'ils ont pu avoir avec la société faisant l'objet de leur mission.

... dont l'interférence avec la fonction exercée au sein d'une entreprise...

L'existence d'intérêts personnels n'est pas incompatible, en tant que telle, avec la recherche de l'intérêt de l'organisation. Ce n'est qu'en cas de contradiction, réelle ou supposée, entre ces intérêts que naissent le conflit d'intérêts et le risque pour la personne concernée de faire prévaloir ses intérêts personnels sur celui de l'organisation.

Exemple 1 : constitue un conflit d'intérêts le fait, pour un individu chargé de pourvoir un poste de travail au sein d'une entreprise, d'avoir un lien personnel (de parenté, par exemple, auquel cas on parlera de risque de « népotisme ») avec un candidat à ce poste.

Exemple 2 : constitue un conflit d'intérêts le fait, pour un collaborateur de l'entreprise, d'intervenir ou d'agir pour qu'elle fasse l'acquisition de biens ou services fournis par une entité tierce au sein de laquelle l'un de ses proches exerce des responsabilités susceptibles d'influencer le déroulement du contrat en cause.

... est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice loyal⁵ de la fonction pour le compte de cette entreprise.

L'interférence doit être suffisamment significative pour influencer ou paraître influencer la personne en charge de défendre les intérêts de l'entreprise.

Pour se prémunir efficacement du risque, la prévention des conflits d'intérêts ne doit pas se limiter aux conflits d'intérêts réels mais doit être étendue aux conflits d'intérêts apparents, ces derniers pouvant également nuire à l'image de l'entreprise et à la confiance qu'elle inspire.

2. Pourquoi prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans le cadre d'un programme de conformité anticorruption ?

L'absence de prise en compte de la problématique des conflits d'intérêts dans un programme de conformité anticorruption ne permet pas d'appréhender pleinement les risques de corruption auxquels l'entreprise peut être exposée et leurs conséquences juridiques, économiques, financières et réputationnelles.

Répression pénale de certains conflits d'intérêts dans l'entreprise

Si la situation de conflit d'intérêts dans le secteur privé ne constitue pas en tant que telle une infraction, elle peut dégénérer et caractériser certains des éléments constitutifs d'infractions pénales susceptibles d'être reprochées aux entreprises, à leurs dirigeants ou à leurs salariés.

⁵ L'obligation de loyauté du salarié est fondée sur sur l'[art. 1104](#) du code civil prévoyant que les contrats doivent être exécutés de bonne foi et sur l'[art. L1222-1](#) du code du travail qui précise de même concernant le contrat de travail.

Le juge pénal sanctionne ainsi le **délit de corruption privée** sous sa forme **passive**⁶, qui vise le fait pour une personne chargée de défendre un intérêt privé, de proposer ou d'accepter d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction en échange d'un avantage personnel quelconque. La personne fait ainsi prévaloir son intérêt personnel au détriment de l'intérêt privé qu'elle a la charge de défendre.

Il en va de même pour le délit de **corruption publique** et de **trafic d'influence**, sous sa forme **passive**⁷, lorsque l'auteur « chargé d'une mission de service public » est une entreprise ou l'un de ses salariés. Dans ce cas, la personne fait prévaloir son intérêt personnel au détriment de l'intérêt public qu'elle a la charge de défendre.

Enfin, certaines infractions, pouvant constituer des prémices aux manquements à la probité, comme l'abus de bien social ou l'abus de confiance, résultent de situations de confusion d'intérêts et donc de conflit d'intérêts.

Répression pénale de conflits d'intérêts dans le secteur public en relation avec le secteur privé

Les éléments constitutifs de certains manquements à la probité visant des acteurs publics (ou des personnes privées chargées d'une mission de service public) correspondent à des situations de conflit d'intérêts. Ces infractions ne sont pas sans lien avec le secteur privé.

Ainsi, le délit de **prise illégale d'intérêts**⁸ sanctionne le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

Ce comportement est apprécié de manière extensive par la jurisprudence⁹ afin de sanctionner le plus largement possible l'absence de prise en compte volontaire ou par négligence d'une situation de conflit d'intérêts.

En témoignent :

- l'extension du champ d'application de l'infraction aux personnes du secteur privé qui participent à l'exercice d'une mission de service public ;
- la définition souple de ses éléments constitutifs matériels et intentionnels ;
- la portée donnée à la notion d'intérêt quelconque qui vise tout intérêt matériel ou moral ainsi que tout intérêt direct ou indirect.

⁶ Code pénal, [art. 445-2](#)

⁷ Code pénal, [art. 432-11](#)

⁸ Code pénal, [art. 432-12](#)

⁹ [Cass. crim., 9 mars 2005, n°04-83.615](#), [Cass. crim., 14 décembre 2005, n°05-83-898](#), [Cass. crim., 22 octobre 2008, n°08-82.068](#)

Le délit de **pantouflage**¹⁰ vise également à appréhender les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles peuvent se trouver les fonctionnaires ou les agents contractuels qui quittent la fonction publique pour rejoindre le secteur privé.

Est ainsi sanctionné le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public ou agent ou préposé d'une administration publique, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de cette fonction.

Est également sanctionnée toute participation par travail, conseil ou capitaux, dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées ci-dessus.

Enfin, si le conflit d'intérêts n'est pas un élément constitutif du délit d'**octroi d'avantage injustifié**¹¹ (connu sous le nom de délit de **favoritisme**) il peut en être la cause et expliquer l'intention de l'auteur. En effet, une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif peut chercher pour satisfaire un intérêt quelconque, « à procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

Conséquences pénales pour l'entreprise de la répression de conflits d'intérêts dans le secteur public

Si les délits de prise illégale d'intérêts, de pantouflage et, dans certains cas, de favoritisme décrits précédemment correspondent bien à des situations de conflit d'intérêts, ces derniers ne visent pas *a priori* les entreprises, leurs dirigeants ou leurs salariés. Cependant, il convient de noter que ces personnes peuvent être poursuivies des chefs de **recel**¹² ou de **blanchiment**¹³ de ces délits, qui sont chacun punis de 5 ans d'emprisonnement et 375 000€ d'amende, mais aussi de **complicité**¹⁴ de ces délits. Notons que le complice est susceptible d'être puni des mêmes peines que l'auteur de l'infraction¹⁵.

A ce titre, l'entreprise peut-être intéressée à la prévention des conflits d'intérêts que son action peut faire naître chez les tiers publics avec qui elle entre en relation dans le cadre de ses activités.

¹⁰ Code pénal, [art. 432-13](#)

¹¹ Code pénal, [art. 432-14](#)

¹² Code pénal, [art. 321-1](#)

¹³ Code pénal, [art. 324-1](#)

¹⁴ Code pénal, [art. 121-7](#)

¹⁵ Code pénal, [art. 121-6](#)

Recel de prise illégale d'intérêts

Exemple tiré de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 5 avril 2018, n°17-81912

Il ressort de cet arrêt que Mme B, maire d'une commune, a participé à la cession d'un terrain communal en vue de la construction d'un éco-quartier à une société dont le dirigeant était un ami de longue date et son partenaire de golf.

Mme B a participé à toutes les étapes du processus de décision : elle a présidé le jury formé pour désigner le cessionnaire du terrain, participé à la délibération du conseil municipal désignant le bénéficiaire du contrat de cession, signé personnellement l'acte de vente du terrain, participé à la délibération du conseil municipal engageant la commune à garantir financièrement la société. Elle a également participé à la délibération du conseil municipal autorisant la signature d'un avenant à l'acte de vente du terrain, supprimant la condition résolutoire obligeant la société à verser une caution d'un montant de 500 000 euros visant à garantir l'achèvement des travaux de démolition et de construction.

Les juges du fond ont décidé de poursuivre Mme B du chef de prise illégale d'intérêt et son ami dirigeant de société, du chef de recel de ce délit. La maire a été condamnée aux motifs :

- qu'elle avait pris un intérêt dans l'opération en contractant avec un ami de longue date.

Aux termes de l'article 432-12 du code pénal, cet intérêt peut être de nature matérielle ou morale, direct ou indirect. Il s'agit d'un intérêt « quelconque » qui n'a pas à être d'un « niveau suffisant ». Il ne suppose pas une contrepartie financière et il n'exige pas d'être en contradiction avec l'intérêt du service public en cause. Une simple relation amicale suffit. Ce point de droit a été confirmé en cassation.

- qu'elle avait participé à l'opération de cession du terrain communal en ayant parfaitement conscience de la relation d'amitié qu'elle avait avec le cessionnaire.
- Son ami, dirigeant de la société, bénéficiaire de cette opération a, lui, été condamné du chef de recel de prise illégale d'intérêts.

Complicité de trafic d'influence

Exemple tiré de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 8 janvier 1998, n° 97-80.885¹⁶

La ville de X a engagé une procédure de passation d'un marché public portant sur des travaux d'aménagement de son port. Une filiale du groupe Y se porte candidate à ce marché. Son dirigeant et son responsable commercial versent des sommes à un intermédiaire qui les reverse au premier adjoint au maire afin qu'il use de son influence au sein de la commission des marchés publics pour favoriser la société

¹⁶ [Cour de cass., Crim., 8 janvier 1998, n°97-80.885](#)

candidate. La filiale de Y remporte finalement le marché.

Le dirigeant et le responsable commercial sont condamnés pour complicité de trafic d'influence.

Enfin, le juge pénal sanctionne également des infractions économiques et financières ne relevant pas de la catégorie des manquements à la probité mais qui peuvent en constituer les prémices et dont les éléments constitutifs correspondent à des situations de conflit d'intérêts, comme les délits d'abus de biens sociaux¹⁷ ou d'abus de confiance¹⁸.

II. Identifier les situations de conflit d'intérêts

Les conflits d'intérêts étant susceptibles de conduire à la commission d'infractions pouvant fragiliser l'activité d'une entreprise, il est pertinent de les prendre en compte dans la démarche de mise en œuvre d'un dispositif anticorruption.

1. Cartographier les situations à risques

Il est conseillé d'identifier les situations de conflit d'intérêts pouvant impacter l'activité de l'entreprise, puis d'élaborer une politique de prévention des conflits d'intérêts adaptée aux besoins et spécificités de celle-ci (secteur d'activité, structure, gouvernance, etc.).

Norme ISO 37001 Systèmes de management anticorruption

La norme ISO 37001 recommande d'identifier le « **risque de conflits d'intérêts internes et externes** » afin d'aider l'organisme à « *identifier les situations dans lesquelles le personnel pourrait faciliter ou ne pas parvenir à prévenir ou à rapporter un cas de corruption, par exemple :*

a) si le dirigeant commercial de l'organisme fait partie de la famille du responsable des achats d'un client ; ou

b) si un cadre hiérarchique de l'organisme exerce un intérêt financier personnel dans des activités d'un concurrent. »

L'identification des situations de conflit d'intérêts n'est pas un exercice aisé dans la mesure où tous les collaborateurs ont des liens d'intérêts et qu'il n'est pas possible d'anticiper les cas dans lesquels ces derniers vont entrer en conflit avec ceux de l'entreprise. Il convient dès lors dans une démarche proportionnée, d'identifier les dirigeants et les collaborateurs exposés au risque de conflit d'intérêts. Il s'agit des personnes qui occupent des positions d'autorité ou d'influence notable sur les décisions créant pour l'entreprise des obligations à l'égard de tiers, et dont les

¹⁷ Code de commerce, [art. L241-3, 4° et 5°](#) pour les sociétés à responsabilité limitée et [art. L242-6, 3° et 4°](#) pour les sociétés anonymes

¹⁸ Code pénal, [art. 314-1](#)

conflits d'intérêts éventuels pourraient porter atteinte aux intérêts de l'entreprise en raison de leur nature et de leur importance.

L'identification des situations de conflit d'intérêts nécessite de porter une attention particulière aux :

Processus sensibles Il s'agit d'identifier les processus pour lesquels l'existence d'un conflit d'intérêts porterait atteinte aux intérêts de l'entreprise. Parmi les processus sensibles, figurent notamment les achats, les ventes, les investissements, la production de l'information financière et la gestion des ressources humaines (recrutement, rémunération, etc.).

Fonctions sensibles Il s'agit de déterminer les fonctions sensibles au sein de l'entreprise puis de rechercher comment les personnes en charge de ses fonctions pourraient favoriser leurs intérêts personnels au détriment de l'intérêt de l'entreprise.

Opérations à risques Certaines opérations inhérentes à la vie d'une entreprise (prospection, recherche de nouveaux marchés, opérations avec le secteur public, croissance externe etc.) sont plus exposées au risque de corruption. La prévention des situations de conflit d'intérêts qui peuvent émerger à l'occasion de ces opérations est susceptible de réduire le risque de corruption.

Les conflits d'intérêts dans le contexte d'un développement à l'international

L'accès à de nouveaux marchés, notamment à l'international, peut inciter une organisation à avoir recours aux services d'intermédiaires, souvent implantés localement, susceptibles d'aider à accéder à ces marchés. Dans ce cas, le risque de conflit d'intérêts est le plus souvent constitué par les liens entretenus par l'intermédiaire en cause avec les autorités publiques locales. Un tel risque doit être appréhendé dans le cadre de la cartographie des risques de corruption d'une part, de l'évaluation de l'intégrité des tiers, d'autre part. En droit pénal français, un tel comportement lorsqu'il est volontaire peut d'ailleurs caractériser l'infraction de trafic d'influence.

L'entreprise peut dresser une cartographie spécifique ou identifier les risques liés à l'existence de conflits d'intérêts lors de l'élaboration ou de l'actualisation de sa cartographie des risques de corruption. L'identification des situations à risques permet d'apprécier de manière objective et collégiale les possibles conflits d'intérêts et de les gérer le cas échéant. Au titre des bonnes pratiques, l'entreprise peut tenir un registre des situations de conflit d'intérêts récurrentes, élaboré à partir des déclarations volontaires de conflits d'intérêts ou de liens d'intérêts. Ce registre pourra se révéler utile lors de l'actualisation de la cartographie des risques.

2. Exemples de situations à risques

Les situations de conflit d'intérêts peuvent concerner les salariés mais également les dirigeants et mandataires sociaux ainsi que les tiers (apporteurs d'affaires, commissaires aux comptes, avocats, etc.).

2.1. Exemples de situations à risques impliquant un salarié

Exemple 1

Une situation de conflit d'intérêts...

Acteur	Fonction	Intérêt personnel	Intérêt de l'entreprise A	Intérêt de l'entreprise B
M. X	Acheteur dans l'entreprise A	Envisage de devenir acheteur dans l'entreprise B, fournisseur de A	Obtenir la meilleure prestation de B, au meilleur prix, dans les meilleurs délais	Obtenir le contrat de prestation de l'entreprise A à des conditions favorables

... susceptible de conduire à la commission d'une infraction de corruption

M. X accorde le marché à l'entreprise B alors que cette entreprise ne propose pas la meilleure prestation du point de vue de l'intérêt de l'entreprise A. En contrepartie, l'entreprise B a laissé entendre à M. X qu'elle pourrait l'embaucher à des conditions salariales avantageuses.

M. X a fait primer son intérêt personnel sur celui de son entreprise et au détriment de la mission qu'il doit exécuter dans le cadre de sa fonction actuelle : acheter la meilleure prestation au meilleur prix dans les meilleurs délais pour l'entreprise A.

Cette situation de conflit d'intérêts est susceptible d'être qualifiée par le juge d'infraction de **corruption privée**. En effet, l'article 445-1 du code pénal incrimine la corruption active de personnes n'exerçant pas de fonction publique tandis que l'article 445-2 du code pénal incrimine la corruption passive de personnes n'exerçant pas de fonction publique.

Exemple 2

Une situation de conflit d'intérêts...

Acteur	Fonction	Intérêt personnel	Intérêt de l'Administration C	Intérêt de l'entreprise D
M. Y	Acheteur public dans l'Administration C	Favoriser la carrière de sa fille au sein de l'entreprise D	Attribuer le marché public à l'entreprise la mieux-disante	Obtenir l'attribution du marché public de l'Administration C

... susceptible de conduire à la commission d'une infraction de favoritisme ou de prise illégale d'intérêts

Au cours de ses fonctions d'acheteur public au sein de l'Administration C, M. Y a, délivré à l'entreprise D, qui emploie sa fille, directrice commerciale et titulaire d'une délégation de signature, une information confidentielle sur les conditions d'attribution d'un marché public qui lui a permis de le remporter. Cette situation de conflit d'intérêts est susceptible d'être qualifiée de **favoritisme** et de **prise illégale d'intérêts**, l'entreprise pouvant être poursuivie des chefs de recel et de blanchiment de ces infractions.

2.2. Exemple de situation à risques impliquant un mandataire social

Une situation de conflit d'intérêts...

Acteur	Fonction	Intérêt personnel	Intérêt de la société anonyme E	Intérêt de la société F
M. Z	Président de la société anonyme E	Bénéficiaire effectif ¹⁹ de la société F, détenue par son épouse Mme Z	Recouvrer sa créance sur F	Obtenir un abandon de créance sans clause de retour à meilleure fortune de la part de E

... susceptible de conduire à la commission d'une infraction d'abus de bien social

M. Z est Président du conseil d'administration de la société anonyme E. Il intervient afin que soit accordé un abandon de créances sans contrepartie au bénéfice de la société F, cliente de la société E. Or, M. Z est marié avec Mme Z, actionnaire de la

¹⁹ Au sens du code monétaire et financier ([CMF art. R561-1 à R-561-3-0](#))

société F. Le fait de priver la société E de recouvrer les sommes qui lui sont dues, sans contrepartie, est contraire à l'intérêt social de la société et a conduit M. Z à faire primer ses intérêts personnels au détriment de l'objet de son mandat social. Cette situation de conflit d'intérêts est susceptible d'être qualifiée par le juge d'**abus de bien social**.

2.3. Exemple de situation à risques impliquant un tiers à l'entreprise

Une situation de conflit d'intérêts...

Acteur	Fonction	Intérêt personnel	Intérêt de la société G	Intérêt de la société H
M. α	Directeur général de la société G, apporteuse d'affaires pour le compte de la société H dans le pays P	Bénéficiaire effectif de la Société G et neveu d'un dirigeant public du pays P	Se voir payer par la société H une commission relative à l'obtention d'un marché public dans le pays P	Obtenir l'attribution d'un marché public dans le pays P

... susceptible de conduire à la commission d'une infraction de trafic d'influence

M. α est dirigeant de la société G, apporteuse d'affaires pour le compte de la société H dans le pays P. La société H demande à M. α d'utiliser ses relations avec l'un des dirigeants du pays P afin que la société H remporte un marché public dans le pays P. Cette situation de conflit d'intérêts est susceptible d'être qualifiée par le juge de **trafic d'influence**.

III. Prévenir et gérer les conflits d'intérêts

Si les situations de conflit d'intérêts ne conduisent pas systématiquement à la commission d'infractions pénales ou ne se traduisent pas systématiquement par des comportements non éthiques, la mise en place d'un dispositif de prévention et de gestion des conflits d'intérêts permet d'anticiper et de maîtriser les risques qu'elles peuvent générer.

Les mesures à mettre en place sont déterminées par l'entreprise en considération de ses propres risques et notamment au regard des critères tenant à sa forme sociale, son secteur d'activité ou sa taille (chiffres d'affaires ou effectifs). Ces mesures préventives peuvent être combinées entre elles et modulées selon le niveau de risque et les spécificités de l'entreprise.

Certaines mesures légales et réglementaires peuvent présenter des exemples concrets lors de la mise en œuvre d'un dispositif de prévention et de gestion des conflits d'intérêts.

1. Exemples de mesures définies par le législateur

Il existe plusieurs textes visant à prévenir et à gérer les conflits d'intérêts dans le secteur privé. Ces textes concernent certains secteurs d'activité tels que le secteur bancaire et le secteur de la santé ou l'exercice de certaines professions (exemples : les commissaires aux comptes, les avocats, les notaires, les dirigeants de sociétés, les mandataires, les agents immobiliers etc.).

Les exemples ci-après dressent une liste non-exhaustive de mesures préventives définies par le législateur :

La prévention des conflits d'intérêts dans le **secteur pharmaceutique**

L'article 2 de la loi du 29 décembre 2011 n° 2011-2012 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé impose ainsi aux laboratoires pharmaceutiques de « *rendre publique l'existence des conventions* » passées avec les différents acteurs du système de santé.

Cette loi interdit également aux experts de se trouver en situation de conflit d'intérêts avec des membres de leur famille (art. L. 1452-2 du code de la santé publique).

La prévention des conflits d'intérêts dans certaines **sociétés du Code de commerce**

En cas de conflit d'intérêts dans certaines sociétés du Code de commerce (SA, SARL), la loi prévoit, le cas échéant sous le contrôle du juge, d'organiser les rapports entre la société et ses dirigeants au moyen de conventions interdites et de conventions réglementées afin de prévenir les conflits d'intérêts²⁰.

La prévention des conflits d'intérêts dans **les sociétés de gestion de portefeuille**

L'article 319-3, 4° du règlement de l'autorité des marchés financiers (AMF) prévoit qu'une société de gestion de portefeuille « *prend toute mesure raisonnable destinée à empêcher les conflits d'intérêts et, lorsqu'ils ne peuvent être évités, à identifier, gérer et suivre et, le cas échéant, révéler ces conflits d'intérêts afin d'éviter qu'ils portent atteinte aux intérêts des fonds d'investissement alternatifs (FIA) et de leurs porteurs de parts ou actionnaires et de veiller à ce que les FIA qu'elle gère soient traités équitablement* ».

La prévention des conflits d'intérêts **lors du recrutement d'agents publics dans le secteur privé**

²⁰ Les conflits d'intérêts inhérents aux spécificités des entreprises familiales peuvent comporter parfois le risque de déstabiliser l'entreprise ou de compromettre son fonctionnement lorsque des contingences personnelles et professionnelles se confondent. Dans ce contexte, l'article L225-38 alinéa 2 du code de commerce prévoit la mise en place de conventions réglementées et l'article L225-43 prohibe certaines conventions.

Le départ, temporaire ou définitif, des agents publics relevant du statut général des fonctionnaires vers le secteur privé est encadré par des mécanismes de contrôle, modifiés par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, permettant de vérifier la compatibilité de cette activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé ou de toute activité libérale avec les précédentes fonctions exercées au cours des trois dernières années.

Pour la très grande majorité de ces agents publics, ce contrôle déontologique des mobilités entre les secteurs public et privé relève du supérieur hiérarchique. C'est également lui qui prend la décision quant à la faisabilité du projet de l'agent public (reconversion professionnelle). En cas de doute sur le projet en cause, le supérieur hiérarchique peut saisir le référent déontologue et si le doute persiste la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP).

Pour certains agents des trois fonctions publiques, occupant un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, ce contrôle déontologique est assuré par la HATVP, qu'ils doivent directement saisir.

Lors du contrôle exercé tant par le supérieur hiérarchique que par la HATVP, il est examiné si la reconversion de l'agent dans le secteur privé n'est pas de nature à :

- compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité de son ancienne administration ;
- méconnaître les principes de dignité, impartialité, intégrité et probité de ses précédentes fonctions ;
- placer l'intéressé en situation de commettre l'infraction de prise illégale d'intérêts ou celle de pantouflage (articles 432-12 et 432-13 du code pénal).

2. Définir et formaliser une politique intégrée aux processus

Après l'étape de cartographie décrite dans la partie précédente, la mise en place d'un dispositif de prévention et de gestion des conflits d'intérêts repose sur la définition d'une politique formalisée, articulée avec les autres politiques concourant à la maîtrise de ce risque, comme la politique cadeaux et invitations, et intégrée aux processus de l'entreprise.

Définir et formaliser la politique de prévention et de gestion des conflits d'intérêts

- les grands principes de la politique de prévention et de gestion des conflits d'intérêts peuvent être énoncés dans le code de conduite anticorruption de l'entreprise puis détaillés dans une procédure dédiée ;

- l'instance dirigeante présente, dans le code de conduite anticorruption ou la procédure dédiée, les risques induits par l'existence de conflits d'intérêts et manifeste sa volonté de les prévenir et, s'ils existent, de les maîtriser ;
- l'instance dirigeante veille à ce que les salariés aient connaissance du code de conduite ou de la procédure dédiée en s'assurant de sa diffusion (par exemple, au moment de l'embauche ou lors des actions de sensibilisation et de formation).

Définir et mettre en œuvre une politique relative aux cadeaux et invitations

- l'octroi ou l'acceptation d'un cadeau, d'une invitation ou d'un avantage peut matérialiser et permettre d'identifier un conflit d'intérêts ;
- afin de prévenir le risque de conflit d'intérêts, l'entreprise définit une politique énonçant des règles claires visant à renforcer la transparence et la traçabilité des cadeaux et invitations reçus ou offerts (exemple : mise en place d'un système d'autorisation ou d'un registre dédié).

Prendre en compte le risque de conflit d'intérêts dans les processus de l'entreprise

- des mesures visant à prévenir les conflits d'intérêts peuvent être intégrées aux processus sensibles tels les achats, les ventes, la croissance externe, la production d'information financière, la gestion des ressources humaines (recrutement, rémunération variable, etc.) ;
- à titre d'exemple, l'entreprise peut mettre en place une procédure permettant aux salariés de déclarer, à l'occasion du recrutement, d'une nomination ou d'un changement de poste, les éventuels conflits d'intérêts ;
- l'incompatibilité des conflits d'intérêts avec la fonction exercée peut faire l'objet d'une clause spécifique dans le contrat de travail.

Mesures spécifiques aux administrateurs et dirigeants : les recommandations de l'Institut Français des Administrateurs (IFA)²¹

L'IFA a identifié, dans une note établie par sa commission de déontologie en novembre 2010, neuf mesures visant à prévenir et à gérer les conflits d'intérêts d'une part, et à rendre compte au conseil d'administration en cas de conflit d'intérêts, d'autre part.

L'IFA définit le conflit d'intérêts comme « *toute situation dans laquelle un dirigeant social, exerçant ses droits et pouvoirs, doit choisir entre la satisfaction de l'intérêt de la société et la satisfaction d'un intérêt personnel opposé à l'intérêt social.* »

²¹ Sources :

- Site Internet de l'IFA ;
- Charte de l'administrateur de l'IFA ;
- Comment identifier les conflits d'intérêts entre l'administrateur et sa société ?
- Note de synthèse de la commission de déontologie de l'IFA « Administrateurs et conflits d'intérêts », Novembre 2010 ;
- Site Internet de l'AMF - rapport 2017 sur le gouvernement d'entreprise, la rémunération des dirigeants, le contrôle interne et la gestion des risques.

L'IFA encourage les sociétés à se doter de règles de bonne gouvernance en complément des dispositifs législatifs et réglementaires.

Parmi les bonnes pratiques relevées, figurent :

- l'identification et la déclaration par l'administrateur des situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il pourrait se trouver, pendant toute la durée de son mandat ;
- le devoir de vigilance des administrateurs vis-à-vis des situations de conflit d'intérêts qui ne seraient pas révélées par leurs collègues ;
- l'examen annuel de la situation de chacun des administrateurs.

En cas de conflit d'intérêts avéré, la Charte de l'administrateur de l'IFA préconise d'informer le conseil et de s'abstenir de participer aux débats ainsi qu'à toute décision sur les matières concernées.

Si l'obligation d'information procède du devoir de loyauté, cette obligation doit être décrite dans le règlement intérieur de la société ou dans la charte du conseil d'administration.

L'IFA préconise également d'établir une « *déclaration d'intérêts sur l'honneur* » dès le moment du processus de sélection de l'administrateur ou lors de la prise de fonction, renouvelée chaque année. Elle « *suppose la prise en compte des différentes situations pouvant être sources de conflits d'intérêts et non pas constituer une simple confirmation négative à caractère général* ».

L'IFA recommande également de désigner une personne chargée de recueillir les déclarations et de gérer les situations de conflit d'intérêts, notamment en appréciant si l'acte qui tend à satisfaire des intérêts personnels procure à l'intéressé un avantage et cause un préjudice à la société.

Cette mission peut être confiée à un « **administrateur référent** ». La nomination d'un administrateur référent constitue, selon l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), « *une des modalités intéressantes de prévention d'éventuels conflits d'intérêts et déséquilibres au sein du conseil, tout particulièrement en cas de cumul des fonctions de président du conseil et de directeur général. À cet égard, il est important que les sociétés qui ont décidé de mettre en place un administrateur référent lui reconnaissent des pouvoirs et moyens adaptés à ses missions, notamment celui de convoquer un conseil, et que ceux-ci soient formalisés et transparents.* »

Enfin, l'IFA encourage la transparence en préconisant la consignation dans les procès-verbaux du conseil d'administration de toute décision relative à la gestion des conflits d'intérêts comme l'abstention d'un ou plusieurs administrateurs ou le fait que le conseil se soit prononcé sur l'absence de conflit d'intérêts.

3. Détecter les situations de conflit d'intérêts

Au-delà de la définition d'une politique formalisée de prévention et de gestion des conflits d'intérêts, l'entreprise se donne les moyens de détecter les situations à risque en instaurant un climat favorable à la révélation de ces dernières. Pour ce faire, elle donne les clés aux salariés, au moyen d'actions de sensibilisation et de formation mais aussi de ressources et d'outils, pour réagir face à une situation de conflit d'intérêts.

Instaurer un climat favorable à la révélation des conflits d'intérêts

La prévention des conflits d'intérêts nécessite de mettre en place un dispositif consistant un environnement favorable à leur révélation.

- le rôle de l'instance dirigeante est essentiel pour instaurer un climat de confiance. Elle s'engage à prévenir les conflits d'intérêts et adopte une attitude exemplaire ;
- l'instance dirigeante encourage les salariés à révéler les situations dans lesquelles un conflit d'intérêts apparent ou réel pourrait exister en instaurant un climat de confiance ;
- la prévention des conflits d'intérêts s'inscrit dans une démarche de bonne gouvernance et constitue un axe de la politique RSE de l'entreprise.

Sensibiliser et former l'ensemble des salariés

- la prévention et la gestion des conflits d'intérêts est abordée dans les actions de formation et de sensibilisation de telle sorte que les salariés se sentent à l'aise pour échanger sur ce sujet ;
- l'entreprise développe des actions de sensibilisation sur les risques induits par les situations de conflit d'intérêts non maîtrisées ;
- les actions de sensibilisation visent particulièrement les personnes susceptibles de se trouver dans un cas de conflit d'intérêts ;
- les actions de sensibilisation permettent aux salariés d'être suffisamment informés pour déclarer à leur supérieur hiérarchique ou à tout autre référent désigné les situations de conflit d'intérêts avérés ou potentiels auxquelles ils peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs fonctions ;
- les formations sont illustrées par des cas pratiques et décrivent les mesures prises afin de maîtriser les risques identifiés.

Encourager les salariés à déclarer les situations de conflit d'intérêts en proposant des outils adaptés (désignation d'un référent, mise à disposition d'un formulaire de déclaration spontanée, etc.).

- l'entreprise peut identifier un référent (le responsable conformité ou toute autre personne) qui pourra aider les salariés en cas de doute, dont les missions pourraient s'inspirer de celles du référent déontologue dans le secteur public ;

Le référent déontologue dans le secteur public

Le statut général des fonctionnaires garantit, depuis la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, le droit pour tout agent public de « *consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques* » (Art. 28 bis du titre Ier du statut général des fonctionnaires). Les missions de référent déontologue peuvent être assurées par une ou plusieurs personnes ou par un collègue.

L'article 8 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 précise que « *lorsque des faits susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts lui ont été signalés [...] le référent déontologue apporte, le cas échéant, aux personnes intéressées tout conseil de nature à faire cesser ce conflit* ».

Lorsque le référent déontologue est saisi d'un potentiel conflit d'intérêts, il doit être en mesure :

- d'analyser si la situation qui lui est présentée est réellement constitutive d'un conflit d'intérêts et pourrait déboucher sur la commission de l'infraction de prise illégale d'intérêts;
- si la réponse est positive :
 - d'apporter tout conseil utile aux personnes concernées en vue de faire cesser la situation ;
 - en particulier, de conseiller l'agent public qui le saisit en son nom propre sur l'attitude à adopter pour éviter la commission de l'infraction (déport, renonciation à l'intérêt, etc.).

- la déclaration préalable des liens d'intérêts peut se justifier pour les fonctions les plus sensibles. Elle est néanmoins déconseillée en raison des contraintes opérationnelles (contrôle et gestion des déclarations permettant de garantir leur efficacité) et juridiques (la protection de la vie privée limite la portée de la déclaration préalable tandis que la protection des données personnelles nécessite de s'assurer de la conformité au RGPD²² et à la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite « Informatique et Libertés ») ;
- l'entreprise peut choisir de privilégier une approche au cas par cas en mettant à la disposition des salariés un formulaire de déclaration spontanée ou un outil d'auto-détection des conflits d'intérêts potentiels. Les salariés peuvent déclarer qu'ils sont dans une situation de conflit d'intérêts sans préciser quels sont les intérêts personnels en jeu. Ces possibilités de déclaration peuvent faire l'objet d'une communication annuelle ou s'inscrire dans le cadre d'une campagne annuelle de déclaration volontaire ;

²² Règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

- en l'absence d'outils dédiés, les salariés peuvent également signaler une situation de conflit d'intérêts au moyen du dispositif d'alerte interne qui couvre l'ensemble des conduites contraires au code de conduite de l'entreprise.

4. Adopter des mesures de remédiation adaptées

Afin d'adopter les mesures de remédiation appropriées, il convient dans un premier temps pour l'entreprise d'**analyser les situations de conflits d'intérêts potentielles ou avérées qui sont détectées**. Un conflit d'intérêts est avéré lorsque l'un des préposés de l'entreprise favorise ou paraît favoriser son intérêt personnel au détriment de l'intérêt de l'entreprise.

L'analyse vise à déterminer l'importance du conflit d'intérêts dans le but de définir les mesures de remédiation appropriées. Le référent désigné peut apporter son concours à l'analyse des situations complexes.

Il peut ainsi être décidé :

- de **renforcer les modalités de visa et de contrôle hiérarchique** appliquées à l'activité de l'intéressé, voire de **moduler ses attributions, droits, délégations et autorisations** ;
Exemple : un administrateur devrait s'abstenir de voter ou de participer aux délibérations du conseil d'administration portant sur un sujet sur lequel il est en conflit d'intérêts ;
- dans les cas les plus sensibles, d'exiger de **l'intéressé qu'il mette fin à la situation de conflit d'intérêts** (en application de son obligation de loyauté ou d'une clause explicite de son contrat de travail) afin de ne pas risquer de voir sa responsabilité engagée dans une décision ou une action susceptible d'être considérée comme favorisant ses intérêts ;
Exemples : se déporter d'une procédure, se retirer d'une commission de sélection d'un candidat ou d'un prestataire, vendre ses parts ou actions, ou en confier la gestion à un tiers (« gestion pilotée »), etc. ;
- de **confier le dossier en cause à un autre collaborateur** lorsque l'intéressé ne peut mettre fin ou refuse de mettre fin au conflit d'intérêts. Cela suppose une flexibilité dans l'organisation des équipes et la mise en place de mesures temporaires comme la modification des habilitations pour limiter l'accès à l'information ;
- de **renforcer la collégialité** afin de s'assurer que la prise de décision repose sur des critères objectifs. Il est important de bien documenter la prise de décision.

5. Sanctionner les situations de conflit d'intérêts

A l'exception des cas prévus par la loi présentés dans la partie I de ce document, le profit indument tiré de ces situations de conflit d'intérêts n'est pas, en soi, constitutif dans le secteur privé d'une quelconque infraction, et ne peut par conséquent être pénalement sanctionné. Ceci étant, l'absence de prise en compte et de gestion des

situations de conflit d'intérêts peut conduire à des sanctions disciplinaires en cas de manquement au devoir de loyauté.

A cet égard, l'article L.1222-1 du code du travail prévoit que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». La jurisprudence en déduit un devoir de loyauté dans l'exécution du contrat de travail et impose une obligation de non-concurrence du salarié même en l'absence de stipulation expresse dans le contrat de travail. En cas d'interférence entre leurs intérêts personnels et ceux de l'entreprise, les salariés - ainsi que les dirigeants - sont tenus de privilégier ces derniers²³.

La **sanction disciplinaire** doit être **justifiée par un comportement fautif du salarié**. Le seul constat d'un conflit d'intérêts ne suffit pas à caractériser une faute. La personne en cause devra avoir manqué à son obligation de loyauté, en ayant par exemple dissimulé à son employeur l'existence d'un conflit d'intérêts. L'existence d'une faute sera plus simple à démontrer si l'entreprise a déployé un dispositif de prévention des conflits d'intérêts (code de conduite anticorruption, actions de sensibilisation, clause dans le contrat de travail...).

Enfin, le **juge apprécie la proportionnalité des mesures mises en œuvre** pour prévenir les conflits d'intérêts. Les règles internes ne doivent pas être générales et imprécises.

Licenciement pour faute grave d'un salarié qui manque à son obligation de loyauté en dissimulant l'existence d'un conflit d'intérêt

Exemple tiré de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris,
le 22 mai 2014, n°12/05073

En l'espèce, un salarié licencié pour conflit d'intérêts avait contesté cette mesure en faisant valoir que le seul risque de conflit d'intérêts ne pouvait justifier un licenciement.

L'argument a été rejeté par les juges en ces termes : « *les manquements ainsi prouvés de M. X à ses obligations de loyauté, de ne pas exercer une activité professionnelle susceptible de créer un conflit d'intérêts, prohibé par la charte de déontologie, avec son activité au sein de Y et de tout mettre en œuvre pour éviter de se trouver dans une situation de conflit d'intérêts, manquements facilités par la dissimulation de son activité extérieure qui caractérise la mauvaise foi et qui étaient de nature à porter préjudice à son employeur, rendaient impossible son maintien dans l'entreprise même pendant la durée du préavis.* »

A toutes fins utiles, il est rappelé qu'en application du droit au respect de la vie privée, le fait pour un salarié de refuser de déclarer des intérêts détenus ne peut être sanctionné.

²³ Selon la jurisprudence, un salarié ne peut réaliser des actes dans son intérêt personnel qui seraient contraires à l'intérêt de l'entreprise (Cass. Soc. 12 janvier 2012, n°10-20.600). De même, un dirigeant social ne peut faire prévaloir son intérêt personnel au détriment de l'intérêt de son entreprise (Cass. Com. 15 novembre 2011, n°10-15.049).

Prévention des conflits d'intérêts et respect de la vie privée

Le principe de protection de la vie privée a été posé en 1948 par l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies. En droit français, l'article 9 du code civil dispose que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée* ».

En l'absence de définition légale de la vie privée, sa protection est régulièrement précisée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la liberté personnelle garantie par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Sont ainsi protégés au titre du droit au respect de la vie privée, le domicile, l'image, l'intimité ou le secret professionnel et médical.

Dans ces conditions, un point d'équilibre doit être trouvé entre la transparence et la loyauté attendue de la part d'un individu vis-à-vis de l'organisation qui l'emploie et le respect de sa vie privée.



Agence française anticorruption

23 avenue d'Italie 75013 Paris

afa@afa.gouv.fr

Pour plus d'informations, rendez-vous sur

www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr