



RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE

*Liberté
Égalité
Fraternité*

AFA
Agence Française Anticorruption

LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS L'ENTREPRISE



Guide pratique
- novembre 2021 -

AVANT-PROPOS



La convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, dite de « Merida », rappelle l'importance pour chaque État 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.

À cet égard, les activités d'appui et de contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA) mettent en exergue le besoin de sensibiliser les instances dirigeantes² des entreprises (entreprises publiques et privées, établissements publics industriels et commerciaux, ci-après dans le Guide « les organisations »), qu'elles soient assujetties ou non aux obligations prévues au II de l'article 17 de la loi Sapin 2³, à la nécessité de maîtriser les liens d'intérêts qui, s'ils sont inhérents à la vie de toute organisation, peuvent entrer en conflit et favoriser la commission d'infractions relevant du champ de compétence de l'Agence⁴.

À ce titre, le guide traite des conflits d'intérêts sous l'angle du risque de corruption⁵. Aussi n'y sont, par exemple, pas abordés les conflits d'intérêts relatifs à la protection de la clientèle et des investisseurs dont la prévention et la gestion sont déjà prévues par des dispositions législatives et réglementaires spécifiques tant à l'échelon européen qu'à l'échelon national.

La prévention et la gestion des risques de corruption impliquent pour une organisation d'identifier les situations susceptibles de l'exposer à des conséquences juridiques, humaines, économiques et financières préjudiciables. Dans ce contexte, l'exercice de la cartographie constitue, comme le soulignent les recommandations de l'AFA, la pierre angulaire de tout dispositif anticorruption et doit porter une attention particulière aux risques résultant des « liens d'intérêts » des dirigeants et collaborateurs⁶ de l'organisation. 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 renvoyer⁷.

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, dont les premières victimes sont

les organisations. En cas de conflit d'intérêts avéré, il est recommandé de mettre en œuvre des mesures de remédiation proportionnées à la gravité du risque induit par la situation en cause. Ces mesures doivent tenir compte du respect des droits fondamentaux des personnes visées, notamment du droit au respect de la vie privée. Pragmatique, ce guide vise à accompagner les organisations, leurs administrateurs, leurs dirigeants et collaborateurs, 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 risques (II) et dans la définition de mesures permettant de les prévenir et de les gérer (III).

À l'instar des recommandations de l'AFA sur lesquelles il s'appuie, le présent guide ne revêt aucun caractère contraignant et ne crée pas d'obligation juridique.

Charles DUCHAINE
Directeur de l'Agence Française Anticorruption

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

² AFA, Recommandations du 12 janvier 2021, JORF, §93 à §95, p. 13 et 14

³ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin 2 »

⁴ Tel qu'il est défini dans les Recommandations de l'AFA du 12 janvier 2021, JORF, §2, p. 3.

⁵ Dans la suite de ce guide, le terme général de « corruption », couvre l'ensemble des atteintes à la probité telles qu'elles sont définies dans les Recommandations de l'Agence du 12 janvier 2021 (§2 et §3). Le guide traite également de certaines infractions qui en constituent souvent les prémices (abus de bien social, abus de confiance, etc.) ou les conséquences (recel, blanchiment) conformément au §88 des mêmes recommandations.

⁶ Dans le cadre de ce guide, le terme de « collaborateur » recouvre les catégories suivantes: les salariés, agents publics employés dans des services publics industriels et commerciaux, apprentis, stagiaires, et collaborateurs occasionnels.

⁷ AFA, Recommandations du 12 janvier 2021, JORF, §173, p. 25

SOMMAIRE

I. Appréhender les conflits d'intérêts.....	6
1. Définition du conflit d'intérêts au regard du risque de corruption.....	7
2. Pourquoi prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans le cadre d'un programme de conformité anticorruption ?	10
II. Identifier les situations de conflit d'intérêts	16
1. Cartographier les situations à risques	17
2. Exemples de situations à risques	19
III. Prévenir et gérer les conflits d'intérêts.....	23
1. Exemples de mesures définies par le législateur	24
2. Définir et formaliser une politique intégrée aux processus	26
3. Détecter les situations de conflits d'intérêts	29
4. Adopter des mesures de remédiation adaptées.....	32
5. Sanctionner les manquements résultant de situations de conflit d'intérêts	33



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* » (article 2, 1°).

À l'identique, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) précise qu'un conflit d'intérêts « *implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités* »⁸.

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 indépendance, impartialité, objectivité⁹.

En revanche, aucun texte juridique ne définit le conflit entre intérêts privés¹⁰. 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.

L'existence d'un intérêt personnel...

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 organisation et un intérêt personnel, de sorte que cette interférence influe ou paraisse influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de la fonction pour le compte de cette organisation.

ENCADRÉ N° 1 - EXEMPLES DE CONFLITS D'INTÉRÊTS

- Constitue un conflit d'intérêts le fait, pour un individu chargé de pourvoir un poste de travail au sein d'une organisation, d'avoir un lien personnel (de parenté, par exemple, auquel cas on parlera de risque de « népotisme ») avec un candidat à ce poste.
- Constitue un conflit d'intérêts le fait, pour un administrateur, un dirigeant ou un collaborateur de l'organisation, 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.

⁸ OCDE, Recommandations du Conseil sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public du 28 mai 2003, p. 4

⁹ HATVP, Guide déontologique II du 1^{er} février 2021, p. 17

¹⁰ Des définitions ont toutefois été proposées par différents organismes dans le cadre de leurs productions et travaux respectifs (Service central de prévention de la corruption, Rapport 2010, p. 203, Transparency international, Guide pratique des conflits d'intérêts en entreprise du 5 mai 2018, p. 6, réponse à la question n° 700 par l'Institut français des administrateurs.)

Chaque individu est lié par différents intérêts de nature très hétérogène, économiques, politiques, syndicaux, associatifs, familiaux, amicaux, etc. L'intérêt peut être direct ou indirect, c'est-à-dire concerner l'individu ou l'un de ses proches¹¹. Ainsi, la temporalité constitue également un critère d'appréciation du conflit d'intérêts, l'intérêt pouvant être présent, passé ou futur.

ENCADRÉ N° 2 - EXEMPLES DE LIENS PASSÉS

- Les mandataires judiciaires ne peuvent exercer leurs fonctions auprès d'une personne physique ou morale dont ils ont perçu, directement ou indirectement, au cours des cinq dernières années une rétribution ou un paiement (article L. 812-2 du Code de commerce).
- Les commissaires aux comptes ne peuvent exercer de fonctions de direction ou d'administration des personnes ou entités qu'ils ont contrôlées moins de trois ans avant la cessation de leurs fonctions (article L.822-12 du Code de commerce).

...dont l'interférence avec la fonction exercée au sein de l'organisation...

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 d'interférence, avérée ou apparente, 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.

ENCADRÉ N° 3 - DÉFINITIONS

- Un conflit d'intérêts est avéré lorsqu'un collaborateur, un dirigeant ou un administrateur, se trouve dans une situation dans laquelle son intérêt personnel interfère avec celui de l'organisation qui l'emploie ou pour laquelle il exerce un mandat. À noter que l'apparence de conflit d'intérêts est suffisante pour en caractériser l'existence dans la mesure où il n'appartient pas à la personne concernée d'apprécier sa capacité à juger de façon impartiale, objective et indépendante une situation la concernant¹².
- Le conflit d'intérêts est potentiel si le collaborateur, le dirigeant ou l'administrateur est susceptible de se retrouver, par son action ou celle d'un tiers, dans la situation décrite précédemment en raison de ses liens d'intérêts.

Exemple : constitue un conflit d'intérêts potentiel, le fait pour un dirigeant ou un collaborateur de la fonction achat d'une organisation, d'avoir un lien d'intérêts personnel avec le responsable commercial d'une entreprise susceptible de répondre à un appel d'offres lancé par l'organisation. Ce conflit d'intérêts devient avéré lorsque l'entreprise décide de répondre à l'appel d'offres.

¹¹ La notion de « proches » peut faire l'objet d'acceptions variables, selon la législation applicable et le contexte culturel et doit donc être interprétée de manière circonstanciée et proportionnée.

¹² Selon la HATVP (*Guide déontologique II*), « il suffit que l'interférence puisse faire naître un doute raisonnable sur l'exercice indépendant, impartial et objectif de la fonction pour qu'un risque de conflit d'intérêts soit identifié [...] l'appréciation subjective que porte [la personne concernée] sur ses intérêts et sur ses capacités à exercer sa fonction de manière adéquate ne rentre pas en ligne de compte pour écarter une situation de conflit d'intérêts ».

... est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice impartial, objectif et indépendant de la fonction pour le compte de cette organisation.

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

Pour se prémunir efficacement du risque, la prévention des conflits d'intérêts ne doit pas se limiter aux conflits d'intérêts avérés mais doit être étendue aux conflits d'intérêts apparents, ces derniers pouvant également nuire à l'image de l'organisation 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 ?

La gestion des conflits d'intérêts ne constitue pas l'une des mesures définies au II de l'article 17 de la loi Sapin 2. Pour autant, il est recommandé de prévenir ce risque dès lors que le conflit d'intérêts peut constituer les prémices d'une infraction de corruption.

La prise en compte de la problématique des conflits d'intérêts dans un programme de conformité anticorruption permet de mieux appréhender les risques de corruption auxquels l'organisation peut être exposée et leurs conséquences juridiques, économiques, financières et réputationnelles. L'absence de gestion du risque de conflit d'intérêts peut en effet déboucher sur des poursuites judiciaires en cas d'infraction pénale constituée, ou sur la perte de confiance des partenaires, des investisseurs et des collaborateurs de l'organisation.

Répression pénale d'atteintes à la probité nées de conflits d'intérêts des dirigeants et collaborateurs

Si l'existence d'une situation de conflit d'intérêts dans le secteur privé ne constitue pas en tant que telle une infraction, elle peut éventuellement y conduire et caractériser certains des éléments constitutifs d'infractions pénales susceptibles d'être reprochées aux organisations, à leurs dirigeants ou à leurs collaborateurs.

Le juge pénal sanctionne ainsi, de cinq ans d'emprisonnement et 500 000 € d'amende pouvant être portés au double du produit tiré de l'infraction, le **délict de corruption privée** sous sa forme **passive**¹³, 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.

ENCADRÉ N° 4 - CORRUPTION PRIVÉE PASSIVE

Exemple tiré de l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 28 février 2019, n° 17/00649

M. X, dirigeant salarié d'un groupe de courtage en assurances A, est notamment chargé de mettre en relation assurés et experts lors d'un sinistre.

Il exerce par ailleurs une activité similaire de mise en relation pour son propre compte, par l'intermédiaire d'une holding H, en agissant comme apporteur d'affaires de la société d'expertise B, dirigée par M. Y.

¹³ Code pénal, article 445-2

82% du CA de la société d'expertise B est réalisé grâce à des affaires apportées par M. X. De son côté, la holding H n'a pour seul client que la société d'expertise B.

M. Y procède à des remises en espèces à M. X en règlement des commissions d'apporteur d'affaires facturées à la société B par la holding H, afin de s'assurer de la désignation de la société B en qualité d'expert par la société A pour les sinistres déclarés par les assurés.

M. Y soustrait de la société B les espèces destinées au règlement des commissions de M. X par l'établissement de fausses factures relatives à des prestations fictives.

M. X est en situation de conflit d'intérêts entre ses obligations de dirigeant salarié de la société de courtage A et son intérêt en tant que dirigeant et bénéficiaire effectif de la holding H.

En raison de ce système de corruption caractérisé par le paiement de commissions « occultes », M. X a été déclaré coupable de corruption privée passive et M. Y de corruption privée active et abus de biens sociaux.

Il en va de même pour les délits de **corruption publique** et de **trafic d'influence**, sous leur forme **passive**¹⁴, lorsque l'auteur, « chargé d'une mission de service public », est une entreprise ou l'un de ses dirigeants ou de ses collaborateurs. Dans ce cas, la personne fait prévaloir son intérêt personnel au détriment de l'intérêt public qu'elle a la charge de défendre. Ces délits sont punis de dix ans d'emprisonnement et un million d'euros d'amende.

ENCADRÉ N° 5 - CORRUPTION PUBLIQUE PASSIVE

Exemple tiré de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 29 juin 2011, n° 10-86.771¹⁵

Un contremaître au sein d'une agence EDF fait bénéficier plusieurs personnes de la réalisation de branchements clandestins au réseau de distribution électrique à l'aide de matériel appartenant à EDF et sollicite en échange une somme d'argent allant de 500 € à 1000 € par branchement. En agissant ainsi, l'agent EDF fait prévaloir son intérêt personnel sur l'intérêt public qu'il est chargé de défendre.

Il est déclaré coupable de corruption passive publique, la Cour estimant que devait être considérée comme étant investie d'une mission de service public la personne chargée « d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire l'intérêt général, peu important qu'[elle] ne disposât d'aucun pouvoir de décision ».

¹⁴ Code pénal, article 432-11

¹⁵ Cass. crim., 29 juin 2011, n° 10-86.771

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**¹⁶ sanctionne le fait, pour 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 de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité 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 délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 € dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Ce comportement est apprécié de manière extensive par la jurisprudence¹⁷ 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 loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a récemment modifié l'un des éléments matériels du délit de prise illégale d'intérêt. Le texte ne vise désormais plus un « intérêt quelconque », mais un « intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité » de l'auteur, alignant ainsi la notion d'intérêt sur celle retenue à l'art. 2, 1° de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 qui définit le conflit d'intérêts dans le secteur public. Pour autant, l'absence de jurisprudence ne permet pas de cerner pour le moment l'impact de cette modification.

ENCADRÉ N° 6 - PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

*Exemple tiré de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 21 novembre 2001, n° 00-87.532*¹⁸

Un membre du conseil d'administration d'un port autonome, établissement public à caractère industriel et commercial auquel a été confiée une mission d'intérêt général, est également actionnaire et gérant de fait d'une société de transport maritime, le plaçant dans une situation de conflit d'intérêts potentiel.

Ce conflit est avéré lorsqu'il participe à un vote du conseil d'administration visant à la remise gracieuse des redevances impayées par cette société.

À ce titre, il est condamné pour prise illégale d'intérêts, la Cour estimant l'intention coupable caractérisée par la participation au vote.

¹⁶ Code pénal, article 432-12

¹⁷ 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

¹⁸ Cass. crim., 21 novembre 2001, n° 00-87.532

Le délit de **pantouflage**¹⁹ 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. Ce délit est sanctionné de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 € dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Est ainsi sanctionné le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public, agent ou préposé d'une administration publique, à raison 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.

ENCADRÉ N° 7 - PANTOUFLAGE

Exemple tiré de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 22 octobre 2014, n° 13-86.783²⁰

Se rend coupable du délit de pantouflage l'ancien fonctionnaire d'une préfecture qui, moins de trois ans après avoir quitté cette fonction, rejoint une société mandataire et interlocutrice habituelle d'une collectivité dont il était en charge de contrôler la légalité des projets et actes d'urbanisme se plaçant ainsi dans une situation de conflit d'intérêts avéré. La cour précise à cette occasion que le délit de pantouflage peut être caractérisé lorsqu'un ancien fonctionnaire rejoint une société d'économie mixte moins de trois ans après avoir quitté ses fonctions dans le secteur public.

Enfin, si le conflit d'intérêts n'est pas un élément constitutif du délit d'**octroi d'avantage injustifié**²¹ (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 contrats de concession ». Ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 € pour les personnes physiques.

¹⁹ Code pénal, article 432-13

²⁰ Cass. crim., 22 octobre 2014, n° 13-86.783

²¹ Code pénal, article 432-14

ENCADRÉ N° 8 - FAVORITISME

Exemple tiré de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 4 mars 2020, n° 19-83.446²²

Durant plusieurs années, la société Bygmalion, dont le fondateur est un ancien membre de la direction de la société France Télévision, a bénéficié de contrats de prestations de services (veille internet, accompagnement stratégique du groupe France Télévision, etc.) accordés par la société France Télévision sans que n'ait lieu de procédure préalable de mise en concurrence, pourtant obligatoire, pour un total de 1 486 760 €.

Le dirigeant de la société France Télévision, société privée chargée d'une mission de service public, a été déclaré coupable de favoritisme en première instance. Le fondateur de la société Bygmalion a lui été reconnu coupable de recel de favoritisme et prise illégale d'intérêts.

Les deux dirigeants se trouvaient en situation de conflit d'intérêts, les premières commandes entre les deux sociétés ayant été passées peu de temps après que le fondateur de Bygmalion ait quitté France Télévision.

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 pantoufflage et, dans certains cas, de favoritisme décrits précédemment correspondent bien à des situations de conflit d'intérêts dans le secteur public (ou dans une entreprise chargée d'une mission de service public), ces derniers ne visent pas *a priori* les entreprises, leurs dirigeants ou leurs collaborateurs. Cependant, il convient de noter que ces personnes peuvent être poursuivies des chefs de **recel**²³ ou de **blanchiment**²⁴ de ces délits, qui sont chacun punis de 5 ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende, mais aussi de **complicité**²⁵ de ces délits. Notons que le complice est susceptible d'être puni des mêmes peines que l'auteur de l'infraction²⁶.

ENCADRÉ N° 9 - RECEL DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

Exemple tiré de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 5 avril 2018, n° 17-81.912²⁷

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

²² Cass. crim., 4 mars 2020, n° 19-83.446

²³ Code pénal, article 321-1

²⁴ Code pénal, article 324-1

²⁵ Code pénal, article 121-7

²⁶ Code pénal, article 121-6

²⁷ Cass. crim., 5 avril 2018, n° 17-81.912

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 500000 € 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'intérêts et son ami dirigeant de société, du chef de recel de ce délit. La maire a été déclarée coupable de ce délit 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 »²⁸ 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.

ENCADRÉ N° 10 - 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° 97-80.885²⁹

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 candidate. La filiale de Y remporte finalement le marché.

Le dirigeant et le responsable commercial ont été déclarés coupables de 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 sociaux³⁰ ou d'abus de confiance³¹.

²⁸ L'article 432-12 du code pénal a été modifié par la loi du 22 décembre 2021 en remplaçant « l'existence d'un intérêt quelconque » par « l'existence d'un intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité ».

²⁹ Cass. crim., 8 janvier 1998, n° 97-90.885

³⁰ Code de commerce, article L241-3, 4° et 5° pour les sociétés à responsabilité limitée et article L242-6, 3° et 4° pour les sociétés anonymes

³¹ Code pénal, article 314-1

II

IDENTIFIER LES SITUATIONS DE CONFLIT D'INTÉRÊTS



1. CARTOGRAPHIER LES SITUATIONS À RISQUES

Il est conseillé d'identifier les situations de conflit d'intérêts pouvant avoir des répercussions sur l'activité de l'organisation, 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.).

ENCADRÉ N° 11 - NORME ISO 37001

La norme ISO 37001 - Systèmes de management anticorruption 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. »

À noter que la certification ISO 37001 n'entraîne pas de présomption de conformité du dispositif de prévention et de détection de la corruption lors d'un contrôle de l'AFA. Elle témoigne néanmoins d'un engagement clair de l'instance dirigeante en matière de conformité anticorruption. La norme insiste sur la nécessité d'identifier les risques de conflits d'intérêts dans le cadre de la mise en place d'un « système de management anticorruption ».

L'identification des situations de conflit d'intérêts n'est pas un exercice aisé dans la mesure où tous les dirigeants et collaborateurs ont des liens d'intérêts et qu'il n'est pas possible d'anticiper, de manière systématique, les cas dans lesquels ces derniers vont entrer en conflit avec ceux de l'organisation. Par conséquent, le recensement des risques de conflit d'intérêts ne saurait prétendre à l'exhaustivité.

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, dans le cadre de leurs fonctions, ont la capacité de prendre des décisions créant pour l'organisation des obligations à l'égard de tiers, ou des personnes susceptibles d'avoir une influence notable sur ces décisions, et dont les conflits d'intérêts potentiels pourraient porter atteinte aux intérêts de l'organisation 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'organisation. Parmi les processus sensibles, figurent notamment les achats, les ventes, les affaires publiques, les financements (apports, emprunts, subventions, etc.), les investissements, l'établissement des états financiers et la gestion des ressources humaines (recrutement, rémunération, etc.).

● **Fonctions sensibles**

Il s'agit de déterminer les fonctions sensibles au sein de l'organisation puis de rechercher comment les personnes en charge de ces fonctions pourraient favoriser leurs intérêts personnels au détriment de l'intérêt de l'organisation³².

● **Opérations sensibles**

Certaines opérations inhérentes à la vie d'une organisation (prospection, recherche de nouveaux marchés, opérations avec le secteur public, croissance externe etc.) augmentent la probabilité d'exposition 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.

ENCADRÉ N° 12 - 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. Il est recommandé qu'un tel risque soit 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. À ce titre, l'organisation doit être attentive aux conflits d'intérêts que peut faire naître l'intermédiaire chez un tiers, *a fortiori* lorsque ce tiers est un agent public.

Afin de formaliser cette phase d'identification, l'organisation peut dresser une cartographie spécifique, ou si elle est assujettie au II de l'article 17 de la loi Sapin 2, 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. Cet exercice peut également s'intégrer dans une cartographie plus large comme une cartographie des risques opérationnels. 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'organisation 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 de corruption.

³² Étant précisé que depuis la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 l'intérêt de l'entreprise doit prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux ([Code civil, article 1833](#)) et qu'une attention particulière doit être portée à définir l'intérêt de l'entreprise au sein des groupes de sociétés où l'intérêt des filiales ne coïncide pas toujours avec celui de la société mère.

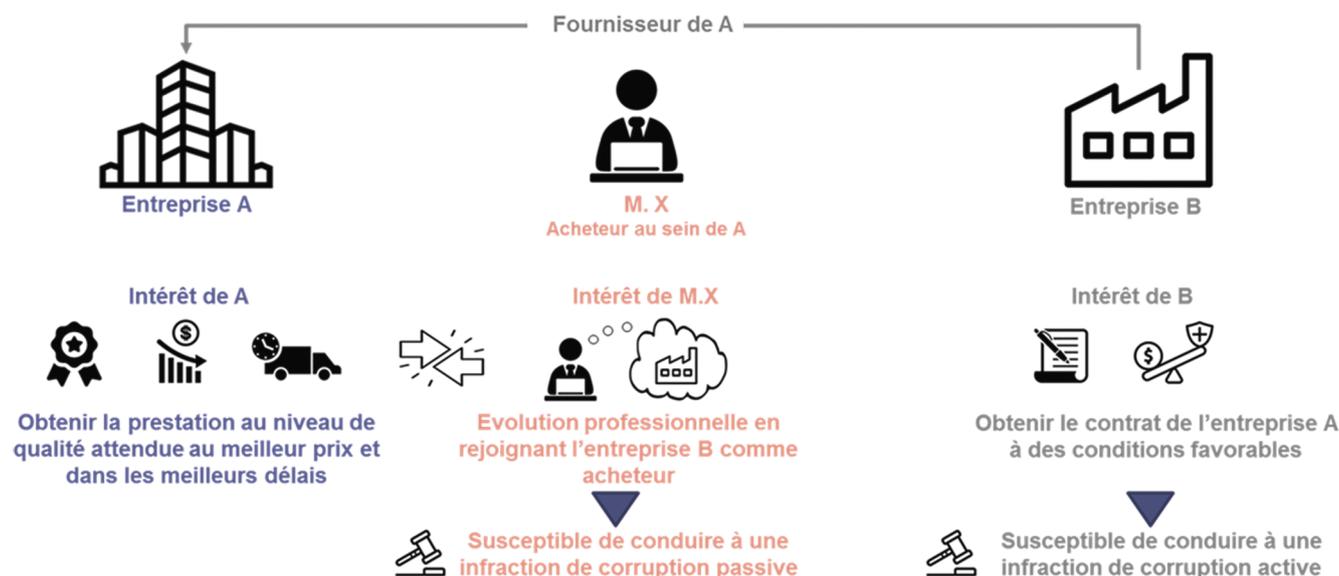
2. EXEMPLES DE SITUATIONS À RISQUES

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

Exemples de situation à risques impliquant un collaborateur

→ Exemple 1

Une situation de conflits d'intérêts...



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

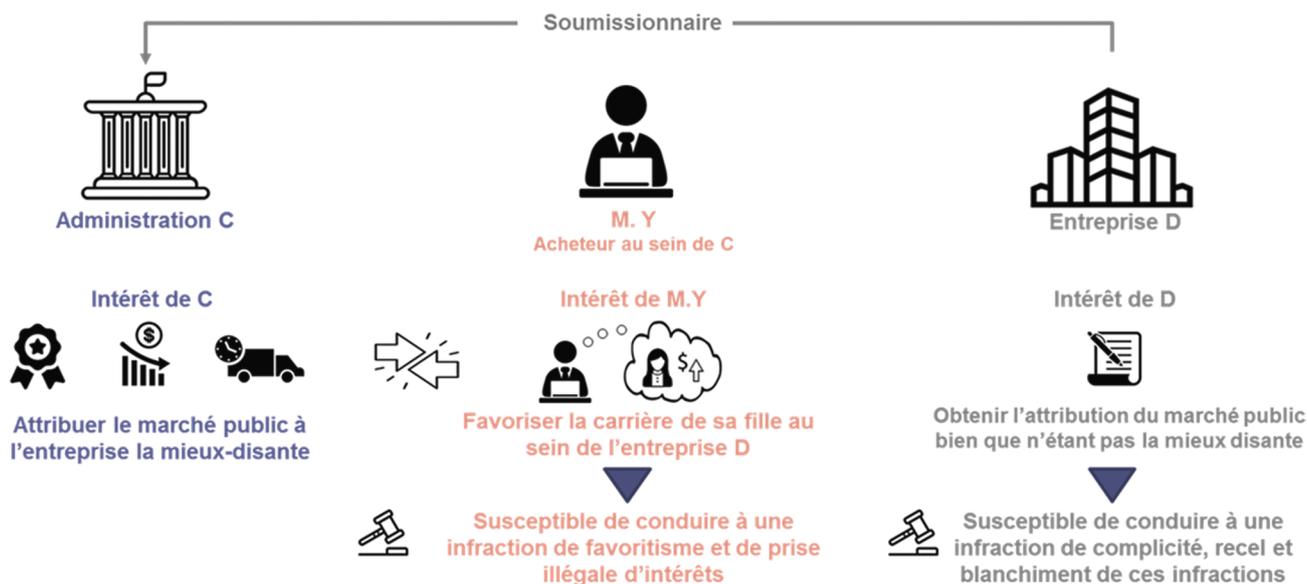
M. X accorde le marché à l'entreprise B alors que cette entreprise ne propose pas la meilleure prestation du point de vue de l'intérêt de l'entreprise A. En contrepartie, l'entreprise B a laissé entendre à M. X qu'elle pourrait l'embaucher à des conditions salariales avantageuses.

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...

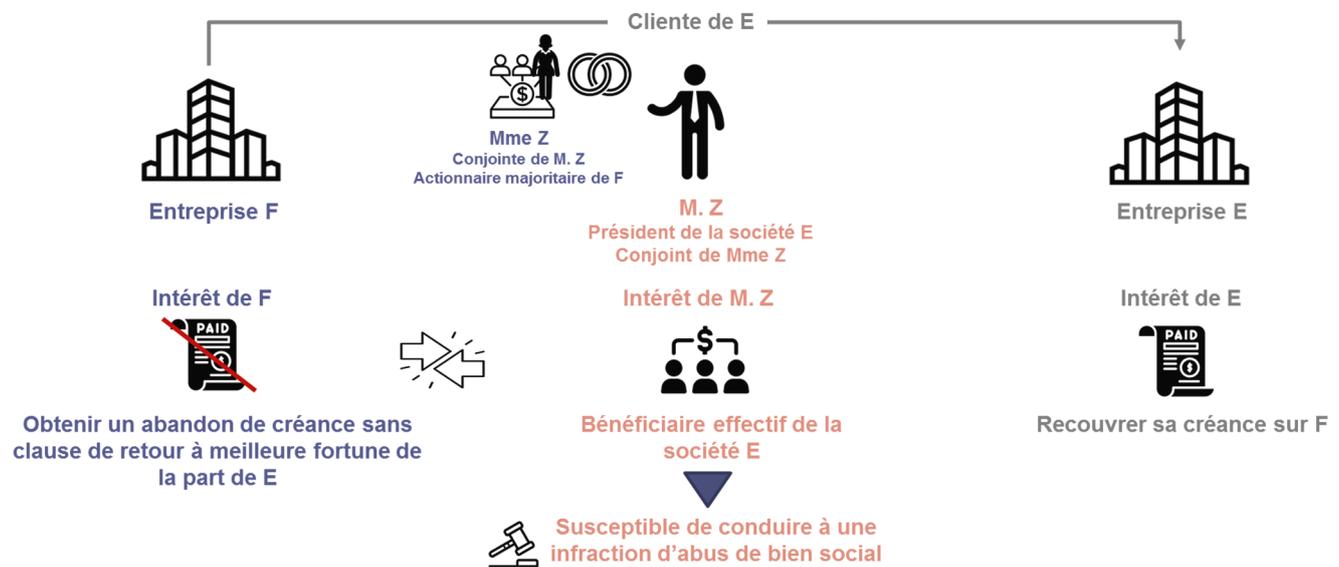


... susceptible de conduire à la commission d'une infraction de favoritisme ou de prise illégale d'intérêts

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. Même en l'absence d'échange à ce sujet entre M. Y et sa fille, la seule existence de ce lien de parenté constitue un conflit d'intérêts apparent de nature à nuire à la réputation de l'entreprise.

Exemple de situation à risques impliquant un mandataire social

Une situation de conflits d'intérêts...

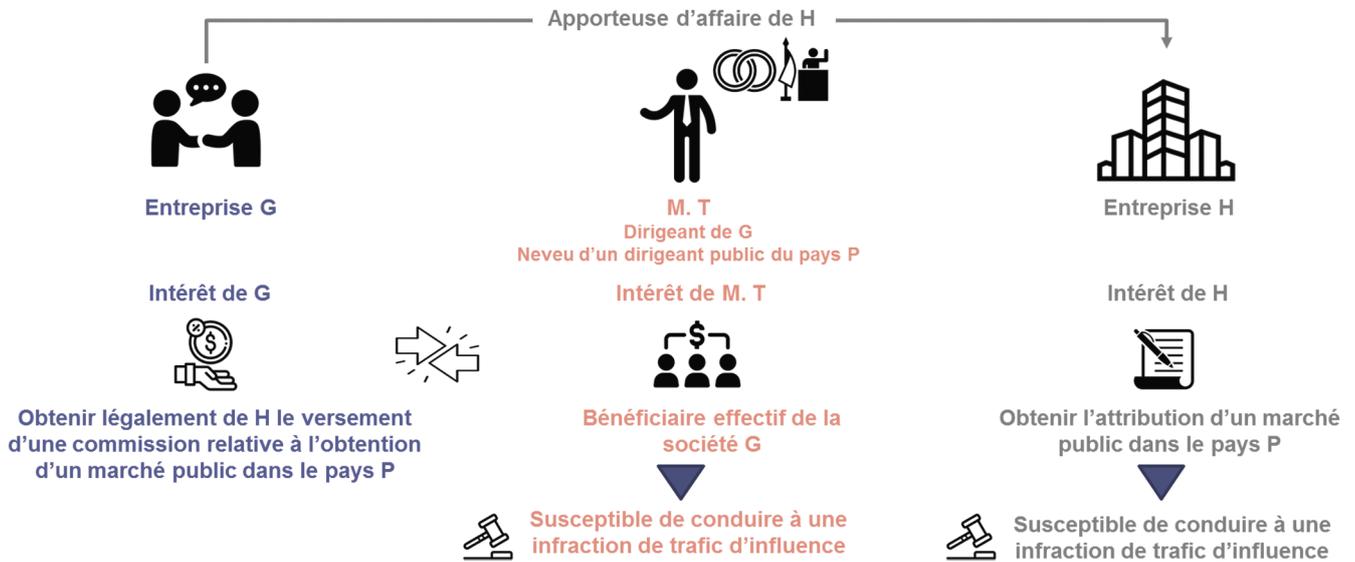


... susceptible de conduire à la commission d'une infraction d'abus de bien social

M. Z est Président du conseil d'administration de la société anonyme E. La société F, cliente de la société E, souhaite obtenir un abandon de créance sans contrepartie. Or M. Z est marié à Madame Z, actionnaire majoritaire de la société F. Dans l'hypothèse d'une intervention de M. Z, 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 E et conduirait M. Z à faire primer ses intérêts personnels au détriment de l'objet de son mandat social. Cette situation de conflit d'intérêts pourrait alors conduire à un **abus de bien social**.

Exemple de situation à risques impliquant un tiers à l'organisation

Une situation de conflits d'intérêts...



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

M. T 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. T, neveu d'un dirigeant public du pays P, d'utiliser ses relations personnelles afin que la société H remporte un marché public dans le pays P. Cette situation de conflit d'intérêts, que la démarche de la société H a fait naître pour le dirigeant public du pays P en faisant appel à la société G comme apporteuse d'affaires, est susceptible d'être qualifiée par le juge de **trafic d'influence**.

III

PRÉVENIR ET GÉRER LES CONFLITS D'INTÉRÊTS



Les mesures visant à prévenir et gérer les conflits d'intérêts sont déterminées par l'organisation en considération de son profil de risque, au regard des critères tenant à son secteur d'activité, son implantation géographique, sa forme sociale, sa taille et la typologie de tiers avec laquelle elle interagit. Ces mesures préventives peuvent être combinées entre elles et modulées selon le niveau de risque et les spécificités de l'organisation.

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. Si ces dispositifs ne visent pas nécessairement la prévention du risque d'atteintes à la probité, ils donnent des exemples de modalités de gestion des conflits d'intérêts. Ces textes concernent certains secteurs d'activité tel que 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 :

ENCADRÉ N° 13 - 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 conflit avec des membres de leur famille³³.

ENCADRÉ N° 14 - LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS CERTAINES SOCIÉTÉS DU CODE DE COMMERCE

Afin de prévenir les conflits d'intérêts, le Code de commerce prévoit, pour les SA et les SARL, une procédure spécifique de contrôle des conventions intervenant entre la société et un dirigeant ou un actionnaire ainsi que celles conclues par la société avec une entreprise ayant des dirigeants communs (dite « conventions réglementées »). À ce titre, certaines conventions sont strictement interdites. Le non-respect de cette procédure de prévention des conflits d'intérêts peut se traduire par la nullité de l'opération ou l'engagement de la responsabilité de la personne intéressée³⁴.

³³ Code de la santé publique, article L.1452-2

³⁴ 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.

ENCADRÉ N° 15 - LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS LORS DU RECRUTEMENT D'AGENTS PUBLICS DANS LE SECTEUR PRIVÉ

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 (État, territoriale et hospitalière), 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 HATVP³⁵, 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.

³⁵ Pour plus de précisions sur les contrôles réalisés, cf. [HATVP, Guide déontologique II du 1^{er} février 2021](#).

2. DÉFINIR ET FORMALISER UNE POLITIQUE INTÉGRÉE AU 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'organisation.

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

L'instance dirigeante manifeste sa volonté de prévenir et, s'ils existent, de maîtriser les conflits d'intérêts et s'assure de l'élaboration d'une politique de prévention et de gestion des conflits efficace.

Les grands principes de cette politique peuvent être énoncés dans le code de conduite anticorruption de l'organisation puis détaillés dans une procédure dédiée (ou tout autre document pertinent pour les organisations qui ne sont pas soumises aux obligations prévues au II de l'article 17 de la loi Sapin 2).

L'opposabilité aux collaborateurs des règles relatives à la gestion des conflits d'intérêts tient au fait qu'elles sont incluses dans le code de conduite anticorruption, lui-même intégré au règlement intérieur³⁶, y compris pour les organisations non assujetties au II de l'article 17 de la loi Sapin 2. Dans la mesure où l'obligation d'informer l'employeur de l'existence d'un conflit d'intérêts relève de dispositions instituant des « règles générales permanentes relatives à la discipline », elle doit être intégrée au règlement intérieur et par conséquent soumise à la consultation du CSE et transmise à l'inspection du travail. Cette dernière vérifiera le caractère justifié et proportionné de la mesure³⁷.

L'instance dirigeante veille à ce que cette politique fasse l'objet d'une diffusion adéquate auprès des collaborateurs (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 invitations³⁸

L'octroi ou l'acceptation d'un cadeau, d'une invitation ou d'un avantage peut constituer un conflit d'intérêts.

Afin de prévenir le risque de conflit d'intérêts, l'organisation 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).

³⁶ Cass. soc. 5 mai 2021, n° 19-25.699 : les règles de conduite doivent avoir été intégrées au règlement intérieur pour être opposables aux salariés et permettre de les sanctionner sur ce fondement, étant précisé que la circulaire DGT n° 2008-22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur précise que les politiques et procédures concernant les conflits d'intérêts peuvent être intégrées au règlement intérieur même en l'absence d'obligation légale.

³⁷ CA de Paris, 25/06/2020, n° 20/04421

³⁸ AFA, Guide pratique « La politique cadeaux et invitations dans les entreprises, les EPIC, les associations et les fondations »

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

→ Des mesures visant à prévenir les conflits d'intérêts peuvent être intégrées aux processus sensibles tels que les achats, les ventes, la croissance externe, l'établissement des états financiers, les affaires publiques et réglementaires, la gestion des ressources humaines (recrutement, rémunération variable, etc.).

À titre d'exemple, l'organisation peut mettre en place une procédure permettant aux collaborateurs de déclarer, à l'occasion du recrutement³⁹, d'une nomination ou d'un changement de poste, les éventuels conflits d'intérêts ou de consulter un référent, sur le modèle de ce qui existe dans le secteur public.

Ces déclarations peuvent être consignées dans un registre des conflits d'intérêts en s'assurant toutefois de l'application du cadre légal et réglementaire relatif au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles. La protection de la vie privée⁴⁰ limite la portée de la déclaration préalable tandis que la protection des données personnelles nécessite de s'assurer de la conformité au RGPD⁴¹ et à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite « Informatique et Libertés ».

→ L'incompatibilité des conflits d'intérêts avec la fonction exercée peut faire l'objet d'une clause spécifique dans le contrat de travail. Afin d'être opposable, cette clause doit être suffisamment précise quant à la définition des liens interdits.

→ L'organisation peut également mettre en place des procédures de rotation des collaborateurs sur les fonctions qu'elle a identifiées comme sensibles et assurer la séparation physique et organisationnelle de la prise de décision (principe de séparation des tâches, visa renforcé etc.).

ENCADRÉ N° 16 - MESURES SPÉCIFIQUES AUX ADMINISTRATEURS ET DIRIGEANTS : LES RECOMMANDATIONS DE L'INSTITUT FRANÇAIS DES ADMINISTRATEURS (IFA)⁴²

L'Institut Français des Administrateurs 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.

³⁹ S'agissant de l'examen des conflits d'intérêts au stade de l'embauche, l'article L. 1132-1 du code du travail dispose que nul ne peut être écarté d'un processus de recrutement à raison de « ses opinions politiques, des ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif ». Par ailleurs, un refus de recrutement doit être fondé sur l'existence d'un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise analysé à l'aune de la cartographie des risques et des obligations spécifiques qui pèsent sur le poste convoité.

⁴⁰ Il convient de noter que pour être conforme à l'article L. 1121-1 du code du travail et ne pas porter atteinte « aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives », cette procédure doit être « justifiée par la nature des tâches à accomplir et proportionnée au but recherché ».

⁴¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 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).

⁴² IFA, Charte de l'administrateur, 2015 ; Comment identifier les conflits d'intérêts entre l'administrateur et sa société ? ; IFA, Note de synthèse de la commission de déontologie, « Administrateurs et conflits d'intérêts », Novembre 2010

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* ».

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 CONFLITS D'INTÉRÊTS

Au-delà de la définition d'une politique formalisée de prévention et de gestion des conflits d'intérêts, l'organisation se donne les moyens de détecter les situations à risques en instaurant un climat favorable à la révélation de ces dernières. Pour ce faire, elle donne les clés aux collaborateurs 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 constituant 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 exemplaire⁴³, en déclarant par exemple ses conflits d'intérêts et en prenant les mesures adéquates pour y remédier.

L'instance dirigeante encourage les collaborateurs à révéler les situations dans lesquelles un conflit d'intérêts avéré ou apparent pourrait exister en instaurant un climat de confiance.

La prévention des conflits d'intérêts s'inscrit dans une démarche de bonne gouvernance.

Sensibiliser et former l'ensemble des collaborateurs, des dirigeants et des administrateurs

En toute bonne foi, un collaborateur peut ne pas avoir identifié un conflit d'intérêts pouvant pourtant devenir problématique pour l'organisation. À ce titre, il est important d'aborder la prévention et la gestion des conflits d'intérêts dans les actions de formation et de sensibilisation de telle sorte que les collaborateurs se sentent à l'aise pour échanger sur ce sujet.

L'organisation développe des actions de formation et de sensibilisation sur les risques induits par les situations de conflit d'intérêts non maîtrisées.

Les actions de formation et de sensibilisation :

→ visent particulièrement les personnes susceptibles de se trouver dans un cas de conflit d'intérêts. Lorsque l'entité est soumise aux obligations prévues au II de l'article 17 de la loi Sapin 2, il est recommandé que cette catégorie inclue *a minima* les personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence tels qu'ils ont été identifiés dans la cartographie des risques de corruption.

⁴³ Selon le Code de gouvernement d'entreprise Middlednext, Septembre 2021 : « autant le dirigeant », que les « administrateurs » doivent être « exemplaires pour générer de la confiance » envers l'entreprise.

→ permettent aux collaborateurs d'être suffisamment informés pour déclarer à leur supérieur hiérarchique ou à tout autre référent désigné les situations de conflits d'intérêts avérés ou potentiels auxquelles ils peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs fonctions.

→ sont illustrées par des cas pratiques et décrivent les mesures prises afin de maîtriser les risques identifiés.

Sensibiliser et former l'ensemble des collaborateurs, des dirigeants et des administrateurs

→ L'organisation peut identifier un référent (le responsable conformité⁴⁴ ou toute autre personne habilitée) qui pourra aider les collaborateurs, les dirigeants et les administrateurs en cas de doute, dont les missions pourraient s'inspirer de celles du référent déontologue dans le secteur public.

ENCADRÉ N° 17 - 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* » (article L 124-2 du Code général de la fonction publique). 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 conflits d'intérêts potentiels peut se justifier pour les fonctions les plus sensibles, en particulier pour les collaborateurs ou les dirigeants ayant le pouvoir d'engager ou de représenter l'organisation⁴⁵, *a fortiori* vis-à-vis de décideurs publics compte tenu du risque pour l'organisation d'être poursuivie des chefs de recel, de blanchiment ou de complicité de délits de prise illégale d'intérêts, de pantouflage et de favoritisme. À titre d'exemple, un régime de déclaration préalable est recommandé pour les collaborateurs exerçant des activités de lobbying.

Lorsqu'elle est mise en œuvre au sein de l'organisation, la déclaration préalable des conflits d'intérêts implique certaines contraintes opérationnelles (contrôle et gestion des déclarations permettant de garantir leur efficacité) et doit nécessairement être effectuée dans le respect des règles juridiques applicables à la protection de la vie privée⁴⁶ et à la protection des données personnelles notamment.

→ L'organisation peut choisir de privilégier une approche au cas par cas en mettant à la disposition des collaborateurs, des dirigeants et des administrateurs un formulaire de déclaration spontanée⁴⁷ ou un outil d'auto-détection des conflits d'intérêts potentiels. Les collaborateurs, les dirigeants et les administrateurs 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.

→ Les collaborateurs et les dirigeants peuvent également signaler une situation de conflit d'intérêts au moyen du dispositif d'alerte interne qui couvre l'ensemble des comportements contraires au code de conduite de l'organisation.

Compléter la procédure d'évaluation de l'intégrité des tiers par des dispositifs ciblant la détection des conflits d'intérêts

→ L'organisation peut choisir d'insérer dans ses dispositifs contractuels une clause faisant obligation aux tiers de déclarer leurs potentiels conflits d'intérêts et d'éventuelles personnes politiquement exposées parmi leurs bénéficiaires effectifs.

→ L'organisation peut sensibiliser les tiers avec lesquels elle s'engage contractuellement à la nécessité de déclarer et de gérer d'éventuels conflits d'intérêts par des formations appropriées portant notamment sur les modalités pratiques de signalement de ces derniers.

→ Enfin, l'organisation peut inclure dans ses diligences la vérification de l'existence de liens d'intérêts éventuels entre les tiers (et leurs bénéficiaires effectifs) et ses propres collaborateurs, dirigeants, administrateurs et bénéficiaires effectifs. Lorsque ces tiers agissent comme intermédiaires commerciaux pour son compte (apporteurs d'affaires, importateurs, distributeurs, etc.) ou lorsqu'ils disposent d'un pouvoir de représentation auprès d'autorités publiques, les vérifications peuvent être étendues à l'existence de liens d'intérêts entre ces tiers et le client final (et ses bénéficiaires effectifs) ou l'autorité publique en question.

⁴⁵ Les actions de ces collaborateurs pouvant entraîner l'engagement de la responsabilité pénale de l'entreprise sur le fondement de l'article 121-2 du Code pénal.

⁴⁶ Concernant les liens de famille, il peut être noté à ce sujet que le Conseil constitutionnel dans ses décisions n° 2013-675 DC et 2013-676 DC du 9 octobre 2013 a considéré concernant les élus que la précision de l'activité professionnelle du conjoint pouvait être regardée comme justifiée et proportionnée dans une déclaration d'intérêts, mais pas celle de l'activité des enfants et des parents ou d'autres membres de la famille.

⁴⁷ La circonstance que la déclaration soit spontanée ne modifie pas les obligations du responsable de traitement quant à la protection des données personnelles.

4. ADOPTER DES MESURES DE REMÉDIATION ADAPTÉES

Afin d'adopter les mesures de remédiation appropriées, il convient dans un premier temps pour l'organisation d'**analyser les situations de conflits d'intérêts potentiels ou avérés qui sont détectées**.

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. L'analyse et le traitement d'un conflit d'intérêts ne relèvent pas nécessairement de la hiérarchie directe du collaborateur concerné, mais peuvent, au titre des bonnes pratiques, être traités de manière collégiale par la hiérarchie, les équipes RH et conformité.

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**, par 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
- un collaborateur devrait s'assurer par écrit de l'autorisation de sa hiérarchie avant de conclure une transaction avec une organisation dont lui-même ou un de ses proches est un bénéficiaire effectif ;

→ 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 d'éviter tout risque d'engagement de sa responsabilité par une décision ou une action susceptible d'être considérée comme favorisant ses intérêts personnels, par exemple :

- se déporter d'une procédure ;
- se retirer d'une commission de sélection d'un candidat ou d'un prestataire ;
- vendre ses parts ou actions⁴⁸ ou en confier la gestion à un tiers (« gestion pilotée ») ;

→ 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 en veillant à ce que le collaborateur désormais en charge du dossier ne soit pas placé dans la ligne hiérarchique de celui présentant un 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.

En tout état de cause, et quelles que soient les mesures de remédiation retenues par l'organisation, il est recommandé de documenter l'analyse de la situation et les éventuelles mesures de remédiation retenues pour gérer le conflit d'intérêts afin de pouvoir par la suite justifier des décisions prises par l'organisation. Cette analyse pourra utilement être consignée dans le registre des conflits d'intérêts.

S'il est difficile de prévoir *ex ante* un traitement prédéfini pour chaque type de conflit d'intérêts, il est utile néanmoins de définir une méthodologie précisant les critères qui tendent à retenir une solution plutôt qu'une autre afin de garantir l'objectivité des décisions prises. Cette méthodologie peut utilement être exposée dans la procédure de gestion des conflits d'intérêts communiquée aux collaborateurs afin de les rassurer et de les encourager à la transparence.

⁴⁸ Lorsque cela est possible (titres liquides et non soumis à une clause d'agrément ou de préemption des actionnaires existants).

5. SANCTIONNER LES MANQUEMENTS RÉSULTANT DE SITUATIONS DE CONFLITS D'INTÉRÊTS

À l'exception des cas prévus par la loi présentés dans la partie I de ce document, le profit indûment 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. Pour autant, des sanctions civiles et disciplinaires peuvent résulter d'un conflit d'intérêts. En effet, les actes et délibérations adoptés malgré l'existence d'un conflit d'intérêts peuvent être frappés de nullité et les situations de conflit d'intérêts des dirigeants peuvent donner lieu à des sanctions, notamment à leur révocation ou à l'engagement de leur responsabilité⁴⁹. Par ailleurs, l'absence de prise en compte et de gestion des **situations de conflit d'intérêts peut conduire à des sanctions disciplinaires des salariés** en cas de manquement au devoir de loyauté.

À cet égard, le Code du travail prévoit que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* »⁵⁰. La jurisprudence en déduit un devoir de loyauté dans l'exécution du contrat de travail et retient par exemple 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'organisation, le salarié - ainsi que le dirigeant - sont tenus de privilégier les intérêts de l'organisation⁵¹.

Toutefois, l'obligation pour le salarié de mettre un terme à la situation de conflit d'intérêts ne peut résulter que de son contrat de travail⁵².

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 faute⁵³. La personne en cause devra avoir manqué à son obligation de loyauté, en ayant par exemple dissimulé volontairement à son employeur l'existence d'un conflit d'intérêts⁵⁴. L'existence d'une faute sera plus simple à démontrer si l'organisation a déployé un dispositif de prévention des conflits d'intérêts (code de conduite anticorruption, actions de sensibilisation, clause dans le contrat de travail, etc.). Ainsi, la méconnaissance d'un règlement intérieur comprenant un code de conduite sur la prévention de tels conflits peut constituer une cause légitime de sanction.⁵⁵

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.

⁴⁹ Par exemple, le tribunal de commerce de Paris (T.com Paris, 10 novembre 2020, n° 2019036759) a retenu l'existence d'un conflit d'intérêts potentiel et d'un conflit d'intérêts avéré du dirigeant ainsi qu'une violation de son devoir de loyauté, justifiant sa condamnation à d'importants dommages et intérêts.

Les dirigeants peuvent également être révoqués par les actionnaires ou les associés s'ils ont agi de façon contraire à l'intérêt social en raison de conflits d'intérêts – SA (Code de commerce, article L.225-55), SARL (L.223-25), SAS (L.227-8) sociétés civiles (Code civil, article 1851).

⁵⁰ Code du travail, article L1222-1.

⁵¹ 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).

⁵² Cass. soc., 9 juin 1998, 95-45.019.

⁵³ Cass., soc., 21 septembre 2006, 05-41.155.

⁵⁴ Cass. soc., 10 février 2021, n° 19-14.315 : le manquement au devoir de loyauté d'un salarié né d'une situation de conflit d'intérêts peut constituer une faute lourde, permettant à l'employeur d'engager la responsabilité civile du salarié.

⁵⁵ Cass., soc., 31 mars 2021, 19-23.144.

ENCADRÉ N° 18 - LICENCIEMENT POUR FAUTE GRAVE D'UN SALARIÉ QUI MANQUE À SON OBLIGATION DE LOYAUTÉ EN DISSIMULANT L'EXISTENCE D'UN CONFLIT D'INTÉRÊTS

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.* »

À toutes fins utiles, il est rappelé qu'en application du droit au respect de la vie privée, le fait pour un collaborateur de refuser de déclarer des intérêts détenus ne peut être sanctionné, seul un manquement au devoir de loyauté ou une décision contraire à l'intérêt social (trouvant leur origine dans un conflit d'intérêts) pouvant être sanctionné.

ENCADRÉ N° 19 - 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.

www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr

Conception et rédaction :

Agence française anticorruption

Réalisation :

Atelier Carterie - PAO

Crédits photographiques :

©Feodara / Stock.Adobe.com
Novembre 2021



Contact

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