



**Nicolas Facincani**

lic. en droit, LL.M., avocat  
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zurich  
www.vfs-partner.ch



**Reto Sutter**

D<sup>r</sup> en droit, LL.M., avocat, expert fiscal dipl.  
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zurich  
www.vfs-partner.ch



Cet article spécialisé est également disponible sous forme de fichier audio: rendez-vous sur [www.trex.ch](http://www.trex.ch), écoutez-le directement ou téléchargez-le.

## Révision du droit de la société anonyme

# Conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration

Selon la nouvelle teneur de l'art. 717a CO, les membres du conseil d'administration et de la direction qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts en informent le conseil d'administration sans retard et de manière complète (art. 717a al. 1 CO). Le conseil d'administration adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société (art. 717a al. 2 CO).

## 1. Conflits d'intérêts

Dans le Code des obligations, le concept de «conflit d'intérêts» n'est utilisé qu'à l'art. 717a CO et n'est pas défini.<sup>1</sup> Partant, il s'agit d'un concept juridique indéterminé qui doit être matérialisé. Certes, la tentative de définition selon laquelle on est en présence d'un conflit d'intérêts, «lorsque, lors d'un acte juridique, la partie agissante est tenue de préserver les intérêts d'un tiers, et qu'elle a simultanément de propres intérêts contraires»,<sup>2</sup> semble quelque peu concrétiser la notion, mais en dernière analyse, elle ne peut satisfaire que de manière limitée aux conditions d'une définition applicable.

De manière générale, par l'expression de «conflit d'intérêts»,<sup>3</sup> on entend un conflit qui résulte de la rencontre d'intérêts opposés au sein d'une même personne et qui trouve son origine dans des statuts différents assumés par cette même personne.<sup>4</sup> Cette expression est composée des deux concepts d'«intérêts» et de «conflit» qu'il faut interpréter en référence avec le concept de conflit d'intérêts de l'art. 717a CO.

### 1.1 Intérêts

Conformément à l'art. 717 al. 1 CO, les membres du conseil d'administration doivent défendre les intérêts de la société. Il s'agit de les préserver. Toutefois, lorsqu'on examine la question de plus près, il s'avère que l'indication sur les intérêts

de la société est vide de contenu. En doctrine, en effet, les opinions divergeaient depuis longtemps sur la question de savoir si le concept d'«intérêts de la société» renvoie aux intérêts des actionnaires (c'est ce qu'on appelle l'approche «shareholder value»)<sup>5</sup> ou si ce concept désigne les intérêts d'autres parties prenantes importantes (p.ex. les employés, les partenaires d'affaires et les clients: c'est ce qu'on appelle l'approche «stakeholder value»)<sup>6</sup>. Dans cette controverse doctrinale, il semble que l'approche «stakeholder value» l'ait emporté.<sup>7</sup> Si l'on suit les développements les plus récents en la matière, on considère que ce que l'on entend par intérêts de la société, au sens de l'art. 717 al. 1 CO, désigne bien les intérêts de ce qu'on appelle une «wider stakeholder community», à savoir une communauté plus large de parties prenantes (stakeholders)<sup>8</sup>, ce qui englobe un cercle plus étendu de parties impliquées «que» les intérêts des seuls stakeholders dans l'approche classique de la «stakeholder value». Par conséquent, le Swiss Code<sup>9</sup> se réfère également aux intérêts des actionnaires, tout comme aux intérêts des employés, des partenaires d'affaires et des clients ainsi qu'à ceux de la société en général et de son environnement.<sup>10</sup> La question de savoir si, à cet égard, les intérêts précités peuvent même devenir des intérêts de l'entreprise demeure non clarifiée, étant précisé que les autorités (notamment les autorités pénales et les autorités fis-

cales) continuent à partir du principe qu'il faut adopter un point de vue individuel, et qu'en règle générale, ces autorités nient l'existence d'un intérêt du groupe de sociétés en tant qu'intérêt de l'entreprise, en renvoyant au fait que le droit suisse des sociétés ne connaît pas légalement la notion juridique de droit des groupes de sociétés.

Dès lors, le concept d'«intérêt de la société» (au sens d'intérêt de l'entreprise) ne peut pas être défini valablement de manière générale. Il faut donc déterminer concrètement au cas par cas, pour chaque société anonyme individuelle, la question de savoir quels sont les intérêts d'entreprise de ladite société sur la base de sa taille, de sa structure de propriétaires, de sa branche, de sa situation sur le marché, etc.

### 1.2 Conflit

Le concept de conflit (conflit d'intérêts) peut être catégorisé et délimité selon des points de vue différents. D'une part, on peut adopter le point de vue du degré d'intensité pour distinguer entre une situation de conflit d'intérêts à proprement parler et une simple situation d'intérêts en présence distincts (Interessenberührung), à savoir une situation où des intérêts distincts sont très légèrement affectés. D'autre part, on peut distinguer entre une situation où un conflit d'intérêts porte sur des cas individuels, et une situation où l'on a affaire à un conflit d'inté-

rêts structurel<sup>11</sup>. Troisièmement, la question se pose de savoir s'il s'agit d'un conflit d'intérêts aigu, latent ou seulement potentiel.<sup>12</sup>

### 1.3 Intensité du conflit d'intérêts

Seuls certains types spécifiques d'intérêts non congruents entraînent un conflit d'intérêts au sens propre du terme. Certes, il n'y a pas non plus uniquement un conflit d'intérêts lorsque les intérêts diamétralement opposés précités entrent en collision et qu'une partie perd ce que l'autre gagne. Le droit de la société anonyme n'exige pas du membre d'un conseil d'administration de faire preuve d'une indépendance absolue<sup>13</sup>, et il accepte donc que des situations comportant des intérêts divergents puissent survenir. Dès lors, des intérêts divergents peuvent exister et, le cas échéant, peuvent être préservés, étant précisé que ces intérêts divergents ne déclenchent aucun conflit parce que fait défaut, dans cette situation, le degré d'intensité requis qui serait susceptible de mettre en péril la formation impartiale du jugement des membres du conseil d'administration.<sup>14</sup> Tel est le cas, par exemple, lorsque les intérêts individuels et les intérêts de l'entreprise entrent en concurrence, ou lorsqu'il n'y a aucune menace d'atteinte immédiate aux intérêts de l'entreprise résultant de la favorisation possible du membre du conseil d'administration pris dans un conflit d'intérêts (ou lorsqu'il n'y a aucune menace d'atteinte immédiate aux intérêts de la personne dont la préservation a été confiée audit membre [en sus des intérêts de la société anonyme]).<sup>15</sup> Dans un tel cas, on parle d'une situation d'intérêts en présence distincts (*Interessenberührung*), à savoir d'une situation où des intérêts sont très légèrement affectés.

On défend parfois l'opinion selon laquelle, déjà en cas de situation potentielle pertinente d'intérêts en présence distincts (*Interessenberührung*), le devoir d'informer selon l'art. 717a al. 1 CO doit s'appliquer.<sup>16</sup> S'il est formulé sous cette forme apodictique, il faut désapprouver ce point de vue.<sup>17</sup> Selon l'avis soutenu dans le présent article, lorsqu'on a affaire à une situation d'intérêts en présence distincts (*Interessenberührung*), il ne s'agit pas d'un conflit d'intérêts parce que le seuil d'intensité propre à un conflit n'est pas atteint. En outre, nous défendons ici l'opinion selon laquelle le devoir d'information selon l'art. 717 al. 1 CO n'est déclenché qu'au moment où, en quelque sorte, un conflit se concrétise, mais pas déjà au stade où ce conflit n'existe qu'à l'état potentiel (voir ci-après également les opinions contraires ainsi que leurs sources) n'est déclenché qu'au moment où, en quelque sorte, un conflit se concrétise, mais pas déjà au stade où ce conflit n'existe qu'à l'état potentiel (voir ci-après également les opinions contraires ainsi que leurs sources).<sup>18</sup>

### 1.4 Facteur déclenchant du conflit d'intérêts

Pour répondre à la question de savoir quel est le facteur déclenchant du conflit d'intérêts, il arrive souvent que notre attention se focalise sur des conflits d'intérêts portant sur des cas individuels, ce qui est considéré comme le problème classique dans la pratique des conseils d'administration; toutefois, outre ce qui précède, il faut aussi tenir compte des conflits d'intérêts structurels.<sup>19</sup>

Le conflit d'intérêts **portant sur des cas individuels** survient sporadiquement lors d'une affaire individuelle concrète où l'on assiste à une collision entre les intérêts de la société et ceux d'un membre du conseil d'administration. Le membre qui se trouve pris dans un conflit d'intérêts doit se décider potentiellement pour la préservation d'un intérêt déterminé, ce qui peut avoir pour effet de menacer l'impartialité de la formation de la volonté des autres membres du conseil d'administration. Les intérêts qui entrent en collision avec les intérêts de la société peuvent être ceux du membre du conseil d'administration lui-même, mais peuvent aussi être les intérêts de parties apparentées ou liées, resp. les intérêts de personnes dont la préservation a été confiée audit membre du conseil d'administration.

En revanche, les conflits d'intérêts **structurels** surviennent en raison de l'existence de la structure de droit ou de la structure de fait propre à ces relations d'intérêts. Ils découlent souvent de l'existence de mandats multiples. Le membre du conseil d'administration qui se trouve dans une situation de conflit d'intérêts est «serviteur de deux maîtres» et doit faire face à une collision de devoirs pour laquelle le Tribunal fédéral applique une norme stricte.<sup>20</sup> Des cas fréquents de conflits d'intérêts structurels concernent des membres de conseils d'administration qui agissent en tant que conseils d'opérations de fiducie, resp. en tant qu'avocats qui représentent un actionnaire, une société mère ou une société dominante. Partant, lorsqu'il s'agit de relations propres à un groupe de sociétés (*Konzern*) avec des représentations multiples, il faut régulièrement partir du principe que nous avons affaire à des conflits d'intérêts structurels.<sup>21</sup>

### 1.5 Degré de maturité du conflit d'intérêts

Enfin, un conflit d'intérêts peut être aigu, latent ou potentiel. Alors qu'il est incontesté qu'il est obligatoire d'annoncer un conflit d'intérêts aigu en vertu de l'art. 717a CO, la question peut se poser de savoir si ce principe s'applique également en cas de conflits d'intérêts latents ou potentiels.

À cet égard, le message du Conseil fédéral y afférent souligne que, pour ce qui est du devoir d'informer, peu importe qu'il s'agisse seulement d'un conflit d'intérêts potentiel ou qu'un conflit

d'intérêts ayant atteint un degré de maturité plus avancé ait déjà pris naissance.<sup>22</sup> Selon l'opinion soutenue dans la présente analyse, nous estimons que le point de vue défendu dans ce message va trop loin. D'une part, parce qu'un conflit d'intérêts potentiel ne s'est justement pas encore concrétisé, raison pour laquelle il n'est que «possible». D'autre part, il ne se peut guère que l'intention du législateur ait été de soumettre au devoir d'informer tout type de conflit d'intérêts potentiel. Au contraire, il serait également nécessaire, dans ce cas, d'étudier la probabilité de survenance d'un conflit d'intérêts potentiel, de sorte qu'il faudrait distinguer entre deux catégories: les conflits d'intérêts qui sont probablement en cours de survenance, et les conflits d'intérêts qui ne sont probablement pas en cours de survenance, ce qui entraînerait de nouveaux problèmes de délimitation. Aussitôt qu'un potentiel conflit d'intérêts se concrétise, cela entraîne l'obligation d'informer selon l'art. 717a CO.<sup>23</sup> En revanche, il devrait toutefois être évident qu'il faut éviter la survenance d'un conflit d'intérêts latent.

## 2. Devoirs d'intervention en cas de conflits d'intérêts

Le droit de la société anonyme prévoit, à l'art. 717a CO, des devoirs explicites d'intervention en cas de conflits d'intérêts.<sup>24</sup> Une norme de comportement est fixée à cet effet pour les membres du conseil d'administration. Dans ce contexte, on parle d'un devoir d'information ainsi que d'un devoir d'intervention.<sup>25</sup> Ces deux devoirs constituent une concrétisation des devoirs de fidélité<sup>26</sup> du conseil d'administration.<sup>27</sup>

### 2.1 Devoirs d'information

Les membres du conseil d'administration et de la direction qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts en informent le conseil d'administration sans retard et de manière complète.<sup>28</sup> L'information à l'intention du conseil d'administration doit être «complète», c.-à-d. qu'elle doit notamment compenser une éventuelle longueur d'avance en matière de connaissances dont bénéficie le membre concerné par le conflit d'intérêts. Pour que soit déclenché le devoir d'information, selon l'opinion soutenue ici, mais qui n'est pas incontestée, il faut distinguer<sup>29</sup> si l'on est en présence d'un simple conflit d'intérêts potentiel ou si un conflit d'intérêts indissoluble a déjà pris naissance.<sup>30</sup> À notre avis, il est nécessaire, dans chaque cas, que la probabilité d'un conflit d'intérêts soit en train de se dessiner sur la base d'une situation concrètement existante ou d'une situation immédiatement imminente, resp. il est nécessaire que le conflit d'intérêts se concrétise.<sup>31</sup> L'information doit être adressée au conseil d'administration, étant précisé qu'en règle générale,

il devrait être autorisé d'envoyer l'information au président du conseil d'administration, lequel en informera ensuite l'ensemble des membres du conseil d'administration.<sup>32</sup> L'information peut avoir lieu oralement.

L'information doit avoir lieu sans retard, ce qui signifie que le conflit d'intérêts correspondant est identifié<sup>33</sup> de telle sorte que des mesures peuvent encore être prises pour empêcher des répercussions négatives du conflit d'intérêts.<sup>34</sup> Si un conflit d'intérêts de nature générale a été divulgué déjà avant l'élection du conseil d'administration, à notre avis, une divulgation ultérieure n'est plus nécessaire.<sup>35</sup>

Partant, le caractère complet de l'information exige que la situation de fait soit décrite de façon telle que l'on puisse évaluer le type de conflit d'intérêts concerné ainsi que son degré d'intensité. De ce fait, des relations d'affaires et des relations privées doivent aussi être divulguées, le cas échéant.<sup>36</sup>

## 2.2 Autres mesures

La loi ne prescrit au conseil d'administration que le devoir de prendre les mesures qui sont nécessaires<sup>37</sup> pour préserver les intérêts de la société.<sup>38</sup> Mais la loi ne prescrit pas le type de mesures qu'il faut prendre concrètement, de sorte qu'elle accorde au conseil d'administration de la flexibilité du point de vue organisationnel.<sup>39</sup> De même, la loi renonce à obliger le conseil d'administration à ancrer les détails sur les mesures à prendre et sur les conflits d'intérêts dans le règlement d'organisation.<sup>40</sup> Le conseil d'administration peut déléguer la décision sur les mesures au président du conseil d'administration ou à une commission.<sup>41</sup>

### 2.2.1 Mesures possibles en général

Comme déjà mentionné, la loi ne contient aucune instruction sur le type de mesures à prendre en cas de conflit d'intérêts. Ces mesures doivent être déterminées au cas par cas sur la base du type et de l'intensité du conflit d'intérêts. Ce faisant, il faut garantir que les intérêts de la société demeurent préservés. Mais dans chaque cas, il faut tenir compte de la proportionnalité d'une mesure.<sup>42</sup> Elle doit donc être appropriée, et elle doit aussi être nécessaire.<sup>43</sup>

### 2.2.2 Mesures possibles en particulier

La doctrine juridique a élaboré différentes mesures en rapport avec l'étendue des conflits d'intérêts.

#### 1. Fairness opinion et expertise réalisée par des tiers

Un avis indépendant fourni par des tiers peut permettre d'évaluer une affaire à partir d'un point de vue impartial.<sup>44</sup> Ainsi, la prise de décision du conseil d'administration ne sera pas influencée par un conflit d'intérêts.

#### 2. Test de marché

Lorsqu'il s'agit de conclure un contrat, il est possible de se procurer des offres de tiers afin d'évaluer la présente offre.<sup>45</sup>

#### 3. Récusation

La récusation n'est pas prévue dans la loi,<sup>46</sup> mais il devrait s'agir ici de la mesure la plus fréquemment appliquée dans le cadre de la solution d'un conflit d'intérêts. Dans ce cas, la participation au processus de décision passe au second plan, dans la mesure du nécessaire, par rapport à l'intérêt de respecter l'intégrité dans la formation de la volonté du conseil d'administration. Ce faisant, la personne qui se trouve dans un conflit d'intérêts est tenue de communiquer les connaissances dont elle dispose.<sup>47</sup>

Dans ce contexte, le membre du conseil d'administration qui est pris dans un conflit d'intérêts peut faire l'objet de deux décisions possibles: soit il peut être déjà exclu de la discussion – on parle ici d'un devoir de récusation qualifié<sup>48</sup> – soit le membre peut participer aux délibérations, mais il ne peut pas voter.<sup>49</sup> Cela doit être décidé au cas par cas sur la base de l'intérêt de la société et du degré d'intensité du conflit d'intérêts.

#### 4. Double prise de décision

Une autre possibilité réside dans ce qu'on appelle la procédure de décision à deux niveaux. Dans ce cas, un vote a d'abord lieu au sein de tous les membres du conseil d'administration, et ensuite, un autre vote a lieu en l'absence du membre qui se trouve pris dans un conflit d'intérêts. Il existe une autre possibilité: une décision est d'abord prise au sein des membres du conseil d'administration qui ne sont pas directement concernés par le conflit d'intérêts, et cette décision est ensuite approuvée par l'ensemble des membres du conseil d'administration.<sup>50</sup>

Puisque les membres du conseil d'administration participent ici à la discussion, le risque d'influencer la formation de la volonté du conseil d'administration existe dans ce cas.<sup>51</sup>

#### 5. Approbation par des organes subordonnés ou de rang supérieur

Il s'agit ici de faire approuver les décisions de l'ensemble du conseil d'administration soit par des commissions spéciales, composées de membres qui ne se trouvent pas pris dans un conflit d'intérêts,<sup>52</sup> soit par l'assemblée générale.<sup>53</sup> En dehors des compétences inaliénables du conseil d'administration, l'approbation des décisions par le management serait aussi envisageable.<sup>54</sup>

En cas de conflit d'intérêts, il serait également possible qu'une commission du conseil d'administration prenne elle-même une décision contraignante, et qu'elle n'approuve pas seulement la décision déjà prise.<sup>55</sup>

#### 6. Exclusion de la transmission des informations

Il faut considérer l'exclusion de la transmission des informations comme la mesure d'intervention la plus massive. Cette mesure ne peut être autorisée que si la transmission de l'information à un membre se trouvant pris dans un conflit d'intérêts pourrait déjà porter atteinte à la société.<sup>56</sup> Cela peut par exemple être envisageable si la personne prise dans un conflit d'intérêts est également membre du conseil d'administration ou de la direction d'un partenaire contractuel potentiel avec lequel la société devrait s'engager dans une transaction.<sup>57</sup> Mais dans ce cas, on exige que soit accordée au membre concerné du conseil d'administration la possibilité de prendre position à ce sujet.<sup>58</sup> Dans des cas extrêmes, l'exclusion de la transmission des informations peut aller si loin que même l'invitation ne sera pas non plus envoyée aux membres qui se trouvent pris dans un conflit d'intérêts et, dès lors, il peut arriver que les membres précités concernés du conseil d'administration ne soient même pas mis au courant de la tenue de la séance.<sup>59</sup>

#### 7. Démission

Si, pour un membre du conseil d'administration, il existe un conflit d'intérêts durable, sa démission du conseil d'administration peut être l'option appropriée.<sup>60</sup>

#### 8. Avocat ou administrateur

Si un conflit d'intérêts a pour effet que le conseil d'administration ne peut plus prendre de décision en ce qui concerne une affaire déterminée et que, par conséquent, par exemple dans le cadre d'un procès, le membre concerné ne peut plus représenter la société, dans certaines situations, le recours à un tiers indépendant s'impose.<sup>61</sup>

#### 9. Plainte pour carences dans l'organisation de la société

Un conflit d'intérêts peut entraîner une situation où la société se trouve en incapacité d'agir. Dans ce cas, il faudrait déposer une plainte pour carences dans l'organisation de la société selon l'art. 731b CO qui demandera au tribunal de prendre les mesures nécessaires, le cas échéant également en faisant appel à un administrateur.<sup>62</sup>

#### 10. Aucune mesure

Si l'on n'est pas en présence d'un conflit d'intérêts à proprement parler, mais seulement d'une situation d'intérêts en présence distincts (Interessenberührung), à savoir d'une situation où des intérêts sont très légèrement affectés, il est alors possible de renoncer à d'autres mesures.<sup>63</sup>

#### 2.3 Opération passée avec soi-même

Des conflits d'intérêts peuvent aussi se produire notamment lorsque des organes de la société anonyme, resp. lorsque des membres

du conseil d'administration passent des contrats avec des tiers et que, ce faisant, ils représentent directement la société. Dès lors, il faudrait aussi entrer en matière sur ce cas de figure particulier.

### 2.3.1 Représentation de la société

L'art. 718a CO règle la possibilité d'autoriser une personne inscrite au registre du commerce ayant droit à la signature de représenter la société. Dans ce contexte, on distingue entre la compétence juridique de représenter une société vis-à-vis de l'extérieur<sup>64</sup> et l'autorisation interne<sup>65</sup> d'engager la responsabilité de la société.<sup>66</sup>

Selon l'art. 718a al. 1 CO, les membres du conseil d'administration sont autorisés à accomplir au nom de celle-ci tous les actes juridiques que peut impliquer le but social de la société anonyme. Seuls les actes juridiques qui sont précisément exclus par le but social de la société ne sont pas couverts par le pouvoir de représentation de la société.<sup>67</sup> Les actes de représentation qui ne sont pas couverts par le but social de la société n'engagent en aucun cas la société. Selon la réglementation légale<sup>68</sup>, le pouvoir de représentation peut toutefois être limité aux activités d'exploitation du siège ou d'une succursale. Par ailleurs, en lieu et place de l'autorisation à la signature individuelle, il est possible de prévoir l'autorisation à la signature collective.<sup>69</sup> D'autres restrictions peuvent être prévues à l'interne au libre gré de l'entreprise, mais elles ne peuvent pas être inscrites au registre du commerce.<sup>70</sup> Les restrictions qui ne peuvent pas être inscrites au registre du commerce n'ont toutefois aucun effet vis-à-vis des tiers de bonne foi.<sup>71</sup>

### 2.3.2 Opération passée avec soi-même

En raison de l'existence d'un conflit d'intérêts immanent, il n'est en principe pas autorisé qu'un membre du conseil d'administration ou une autre personne à laquelle on a confié la représentation de la société<sup>72</sup> passe un acte ou une transaction juridique avec elle-même<sup>73</sup> ou qu'elle agisse en tant que représentante de deux parties au contrat.<sup>74</sup> Les opérations passées avec soi-même ne sont admissibles que<sup>75</sup> si la personne agit avec la procuration explicite de la société, ou si la transaction juridique est approuvée après coup<sup>76</sup>, ou s'il n'existe aucun risque d'octroi d'avantages indus.<sup>77</sup> Une autorisation tacite peut être présumée en cas d'enchevêtrement de relations entre sociétés impliquées au sein du groupe de sociétés (Konzern).<sup>78</sup> Une approbation par l'assemblée générale de rang supérieur n'est pas nécessaire si le conseil d'administration est composé d'un actionnaire unique.<sup>79</sup>

### 2.3.3 Forme écrite

Selon l'art. 718b CO, si la société est représentée par la personne avec laquelle elle conclut

un contrat, celui-ci doit être passé en la forme écrite, sauf s'il s'agit d'une opération courante pour laquelle la prestation de la société concernée ne dépasse pas 1000 francs. Dès lors, seuls sont valables sans forme particulière les contrats correspondants à de faibles montants, par exemple dans le domaine des affaires courantes de la société. Néanmoins, les règles matérielles applicables aux opérations passées avec soi-même doivent être respectées.

Les opérations illicites passées avec soi-même sont en principe frappées de nullité. En règle générale, la protection de la bonne foi dans des cas de contrats passés avec soi-même à défaut d'un tiers impliqué, en cas de double représentation consécutive à une imputation de connaissances, est exclue.<sup>80</sup> À notre avis, le non-respect de la forme écrite peut également entraîner la nullité, par exemple si la conclusion du contrat n'est pas confirmée après coup par une décision du conseil d'administration ayant fait l'objet d'un procès-verbal.<sup>81</sup>

## 3. Conséquences juridiques

L'art. 717a CO ne prévoit aucune conséquence juridique particulière si le devoir d'information n'est pas respecté, si la prise de mesures appropriées est omise, resp. si l'information n'a pas lieu sans retard et de manière complète.

Si, en raison d'une infraction aux devoirs impartis selon l'art. 717a CO, un préjudice est occasionné à la société, cela peut entraîner le dépôt d'une plainte en responsabilité à l'encontre des membres fautifs du conseil d'administration en vertu des art. 754ss CO. Après que l'existence d'un conflit d'intérêts justifie une présomption effective d'infraction à un devoir impartit, le membre du conseil d'administration faisant l'objet d'une plainte en responsabilité ne peut pas invoquer ce qu'on appelle la business judgment rule (règle de l'appréciation commerciale)<sup>82, 83</sup>

De plus, une responsabilité relevant du droit pénal est également envisageable, car la personne concernée pourrait avoir enfreint l'art. 158 CP<sup>84</sup>. La nullité d'une décision d'un conseil d'administration qui a abouti en contrevenant aux dispositions de l'art. 717a CO ne devrait guère être un cas qui pourrait effectivement se produire;<sup>85</sup> de toute façon, les décisions du conseil d'administration ne sont pas susceptibles de recours.<sup>86</sup> ■

<sup>1</sup> Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, p. 251.

<sup>2</sup> Gericke/Bötticher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, p. 241 avec d'autres références.

<sup>3</sup> Synonyme de conflit d'intérêts et de collision d'intérêts.

<sup>4</sup> Voir Wikipedia en allemand «Interessenkonflikt», 27.2.2023.

<sup>5</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, art. 717 CO N 16, 37.

<sup>6</sup> Steininger, *Interessenkonflikte des Verwaltungsrates*, thèse Zurich 2011, p. 53ss.

<sup>7</sup> Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, p. 377.

<sup>8</sup> Sutter-Rüdiger, *Corporate Governance in die Zukunft gedacht*, EXPERTsuisse Jahrestagung 2021, diapositive 28.

<sup>9</sup> Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance. Art. 9 al. 1 du Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.

<sup>11</sup> Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, p. 377 avec d'autres références, où le conflit d'intérêts structurel est également désigné par l'expression «conflit catégorique», et où le conflit d'intérêts portant sur des cas individuels est également désigné par l'expression «conflit situationnel»; voir Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 807, qui désigne le conflit d'intérêts portant sur des cas individuels par l'expression «conflit d'intérêts personnel».

<sup>12</sup> Voir Gericke/Bötticher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, p. 342.

<sup>13</sup> Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 796.

<sup>14</sup> Voir Tschäni/Diem, *Interessenkonflikte in M&A-Transaktionen*, Mergers & Acquisitions XVIII, p. 75.

<sup>15</sup> Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, p. 251.

<sup>16</sup> Gericke/Bötticher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, p. 342 avec d'autres références.

<sup>17</sup> Autre opinion: art. 19 al. 2 du Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.

<sup>18</sup> Sont partiellement en accord avec cette opinion: Gericke/Bötticher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, pp. 342 et 344.

<sup>19</sup> Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 807.

<sup>20</sup> Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 814.

<sup>21</sup> Les auteurs suivants émettent de fortes restrictions à ce propos: Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 822s.; Gericke/Bötticher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, p. 342; voir aussi en gén.: von der Crone, *Aktienrecht*, 2<sup>e</sup> éd., § 18 N 1318.

<sup>22</sup> Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017, p. 399ss, p. 572 avec d'autres références; voir aussi: Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, p. 384ss.

<sup>23</sup> Voir aussi Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 797.

<sup>24</sup> Dans le droit suisse de la société anonyme, il n'existe aucune exigence d'indépendance pour le conseil d'administration; voir à ce sujet: Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, p. 250. De même, le nombre de mandats possibles n'est pas limité.

<sup>25</sup> Gericke/Bötticher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, p. 340. En revanche, des mesures qui définiraient comment il faudrait empêcher des conflits d'intérêts ne sont pas prévues.

<sup>26</sup> Art. 717 CO.

<sup>27</sup> Gericke/Bötticher, *Interessen im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, p. 341.

<sup>28</sup> Art. 717a al. 1 CO.

<sup>29</sup> Voir ci-dessus le point 1.6.

<sup>30</sup> Autre opinion: message concernant la modification du Code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017, p. 399ss, p. 571. Il n'existe aucun devoir de divulgation pour les situations d'intérêts en présence distincts (Interessenberührung), à savoir des situations où des intérêts sont très légèrement affectés. Mais une telle divulgation peut être imposée; Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, p. 252.

<sup>31</sup> Gericke/Bötticher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, p. 342.

<sup>32</sup> Si l'on n'est pas en présence d'un conflit d'intérêts, le président n'est pas tenu de transmettre l'information à l'ensemble des membres du conseil d'administration.

<sup>33</sup> Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, p. 252.

<sup>34</sup> Sommer, *Die Treuepflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 717 Abs. 1 OR*, thèse Zurich 2010, p. 106.

<sup>35</sup> Voir aussi Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, p. 252.

<sup>36</sup> Voir Gericke/Bötticher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, p. 343. Toutefois, s'il existe des interdictions juridiquement contraignantes de divulgation complète des informations, et si ces interdictions priment sur le devoir de divulgation, il faut attirer l'attention sur ce qui précède.

<sup>37</sup> Au sujet de l'intérêt de la société, voir p.ex.: von der Crone, *Aktienrecht*, 2<sup>e</sup> éd., § 18 N 1516; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 717 OR N 16.

- <sup>38</sup> Art. 717a al. 2 CO.
- <sup>39</sup> Gericke/Bötticher, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, SZW 2021, p. 344.
- <sup>40</sup> Gericke/Bötticher, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, SZW 2021, p. 344. Il n'est pas clair de savoir si le membre concerné du conseil d'administration est autorisé ou non à participer à la décision. À notre avis, dans ce cas, le membre pris dans un conflit d'intérêts devrait se récuser. Voir aussi Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, p. 253.
- <sup>41</sup> Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, p. 253; autre opinion: Böckli, Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 2012, p. 366ss.
- <sup>42</sup> Gericke/Bötticher, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, SZW 2021, p. 344.
- <sup>43</sup> Ainsi, dans la mesure de ce qui est judicieux, le membre pris dans un conflit d'intérêts peut participer au processus de décision; Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, p. 250.
- <sup>44</sup> Lazopoulos, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, thèse Zurich 2004, p. 118ss; von der Crone, Aktienrecht, 2<sup>e</sup> éd., § 18 N 1514.
- <sup>45</sup> Gericke/Bötticher, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, SZW 2021, p. 345.
- <sup>46</sup> Voir Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, p. 250; voir aussi sur tout cela Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 5<sup>e</sup> éd., N 3.575ss.
- <sup>47</sup> Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 836.
- <sup>48</sup> Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 838.
- <sup>49</sup> Voir Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, p. 253; voir p. ex. au sujet de la récusation: Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, p. 385.
- <sup>50</sup> Voir p. ex. à propos des différentes variantes: Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, p. 385, ou voir: Gericke/Bötticher, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, SZW 2021, p. 345.
- <sup>51</sup> Voir Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 832, qui considère que cette mesure n'est appropriée que pour les cas légers.
- <sup>52</sup> Cette solution n'est pas à disposition dans le cadre de décisions selon l'art. 716a CO.
- <sup>53</sup> Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, p. 254.
- <sup>54</sup> Gericke/Bötticher, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, SZW 2021, p. 345.
- <sup>55</sup> Voir Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, p. 386; von der Crone, Aktienrecht, 2<sup>e</sup> éd., § 18 N 1319. Mais ici également, le système contraignant de répartition des compétences prescrit par le droit de la société anonyme doit être respecté.
- <sup>56</sup> Ce faisant, il faut décider au cas par cas s'il faudrait néanmoins envoyer le procès-verbal relatif au vote.
- <sup>57</sup> Gericke/Bötticher, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, SZW 2021, p. 345ss.
- <sup>58</sup> Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 844.
- <sup>59</sup> C'est ce qu'on appelle l'isolation complète; voir à ce sujet Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, p. 254.
- <sup>60</sup> Message concernant la modification du Code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017, p. 399ss, p. 572; Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, p. 385.
- <sup>61</sup> De telles réglementations se trouvent déjà également dans le droit de la société anonyme in: art. 678 al. 5 CO et art. 756 al. 2 CO.
- <sup>62</sup> Voir Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5<sup>e</sup> éd., § 9 N 851.
- <sup>63</sup> Sommer, Die Treuepflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, thèse Zurich 2010, p. 199ss.
- <sup>64</sup> C'est ce qu'on appelle le pouvoir de représentation.
- <sup>65</sup> C'est ce qu'on appelle l'autorisation de représentation.
- <sup>66</sup> CHK-Plüss/Facincani-Kunz, art. 718a CO N 1.
- <sup>67</sup> ATF 128 III 129 consid. 1b/aa; BSK OR II-Watter, art. 718 CO N 4.
- <sup>68</sup> Art. 718a al. 2 CO.
- <sup>69</sup> Concernant les différentes possibilités, voir p. ex. ATF 121 III 362 consid. 2b et 3.
- <sup>70</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 30 N 97.
- <sup>71</sup> Concernant la bonne foi, voir p. ex. ATF 126 III 361 consid. 3a.
- <sup>72</sup> Par exemple un directeur ou un fondé de pouvoir en tant que représentant de la société.
- <sup>73</sup> C'est ce qu'on appelle la passation de contrats avec soi-même.
- <sup>74</sup> C'est ce qu'on appelle la double représentation; voir BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, art. 718b CO N 8; voir à ce sujet également: Rusch, Board Service Providers, Besetzung des Gesamtverwaltungsrates mit einer juristischen Person?, in: Müller/Forrer/Zuur (éd.), Das Aktienrecht im Wandel, à l'occasion du 50<sup>e</sup> anniversaire de Hans-Ueli Vogt, Zurich/St-Gall 2020, p. 315ss, p. 325ss.
- <sup>75</sup> Voir à ce sujet également: Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, p. 378.
- <sup>76</sup> ATF 126 III 361 consid. 3a.
- <sup>77</sup> Voir p. ex. 93 II 461 consid. 6; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 30 N 123.
- <sup>78</sup> CHK-Plüss/Facincani-Kunz, Art. 718a OR N 6.
- <sup>79</sup> Voir ATF 144 III 388; voir aussi sur tout cela: Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 5<sup>e</sup> éd., N 3.577.
- <sup>80</sup> Au sujet des conséquences juridiques, voir également Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, p. 378ss.
- <sup>81</sup> La question des conséquences juridiques est toutefois controversée, voir à ce sujet p. ex. ZK OR-Bühler, Art. 718b OR N 9.
- <sup>82</sup> Voir sur tout cela: Facincani/Sutter, Responsabilité au regard du droit de la SA et business judgment rule, TREX 6/2019, p. 350ss.
- <sup>83</sup> Gericke/Bötticher, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, SZW 2021, p. 346; Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, p. 385 avec d'autres références; autre opinion: Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, p. 255.
- <sup>84</sup> Gestion déloyale.
- <sup>85</sup> Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, p. 255 avec d'autres références.
- <sup>86</sup> ATF 109 II 239 consid. 3b; ATF 76 II 51 consid. 2; von der Crone, Aktienrecht, 2<sup>e</sup> éd., § 17 N 1183.