swissVR Impulse III/2021
Décembre 2021

Impulsion pour administratrices et administrateurs :

Gestion des conflits d’intérêts par le conseil d’administration.

Préface

Dans une société, comme dans l'économie, des intérêts différents, voire même opposés font partie du quotidien. Même dans les PME, dans lesquelles la direction est souvent entre les mains d'une seule personne ou d'une famille, il peut y avoir des divergences, voire des conflits d'intérêts. Ils ne sont pas interdits et ne peuvent pas non plus toujours être évités. Mais les conflits d'intérêts recèlent le risque de fausser les décisions dans une entreprise et de porter atteinte à celle-ci, raison pour laquelle il faut savoir les identifier au plus tôt pour les analyser et y remédier. Mais que cela signifie-t-il concrètement?

La législation actuelle ne donne que des directives indirectes aux conseils d'administration en ce qui concerne les conflits d'intérêts. Avec la révision du droit de la société anonyme qui devrait entrer en vigueur en 2023, les conflits d'intérêts sont désormais abordés concrètement par la loi, le conseil d'administration disposant dorénavant d'une plus grande marge de manœuvre concernant l'organisation. Le plus important est que, dans une première étape, le conseil d'administration s'organise et se structure de manière judicieuse pour éviter au mieux les conflits d'intérêts. Si malgré cette précaution, des conflits d'intérêt surgissent, la deuxième étape consistera à bien savoir les gérer en fixant la marche à suivre dans un règlement d'organisation.

Les explications et recommandations ci-après ont pour but d'aider les conseils d'administration à assumer leur responsabilité en cas de conflits d'intérêts (éventuels). Dans ce cadre, une attention toute particulière est portée aux obligations correspondantes énoncées dans la révision du droit de la société anonyme.

Cornelia Ritz Bossicard
Présidente swissVR

Jörg Walther
Avocat, MBA (Chicago)
Membre du comité directeur de swissVR

Dr Josianne Magnin
Avocate

Ce SwissVR Impuls a été élaboré par SwissVR en collaboration avec Rechtsanwälte, Aarau (www.5001.ch).

Auteurs:
Jörg Walther, lic.iur., MBA, administrateur et avocat d'affaires, membre du comité directeur de swissVR (joerg.walther@5001),

Dr Josianne Magnin, avocate, maître-assistante, candidate à l'habilitation et chargée de cours à l'université de Lucerne (josianne.magnin@5001.ch),

Cornelia Ritz Bossicard, administratrice indépendante, présidente de swissVR (cornelia.ritz@swissvr.ch)

Page titre: stock.adobe.com/ Eakrin

Cette publication constitue une aide d'orientation éventuelle qui s'adresse aux entreprises concernées et intéressées, à savoir les PME. Elle reflète les conclusions des auteurs et n'exprime en aucun cas la position de l'association SwissVR, ni des recommandations concrètes de sa part à destination de ses membres. Les auteurs, SwissVR et Schärer Rechtsanwälte n'assument aucune responsabilité ni garantie quant à l'exactitude et à l'adéquation des mesures et déclinent toute responsabilité pour tout dommage financier direct, indirect ou autre pouvant survenir si une personne agit ou omet d'agir sur la base de ces informations.

swissVR est une association suisse indépendante regroupant des membres de conseils d'administration, créée par des administrateur.trice.s pour les administrateur.trice.s. À travers son offre, elle contribue à la professionnalisation de l'activité des conseils d'administration suisses. swissVR promeut l'échange d'expériences entre les membres de conseils d'administration d'entreprises opérant dans tous les secteurs, et propose à ses plus de 1'000 membres une offre d'informations et de formations adaptée à leurs besoins. swissVR s'adresse uniquement aux personnes assumant un mandat actif d'administrateur.trice.

Pour plus d'informations sur swissVR et l'adhésion à l'association: www.swissvr.ch

swissVR, Suurstoffi 1, 6343 Rotkreuz
info@swissvr.ch, +41 41 757 67 11

(Version du 15 décembre 2021)

Gestion des conflits d'intérêts par le conseil d'administration

La législation en vigueur ne prescrit que des directives indirectes sur la manière dont un conseil d'administration doit gérer les conflits d'intérêts. Les membres du CA appliquent en effet leurs devoirs de diligence et de fidélité (art. 717 CO) ainsi que, dans certains cas, leur devoir de fidélité en vertu du droit du travail ou du droit des contrats dans le but de veiller aux intérêts de la société. Avec la révision du droit de la société anonyme, dont l'objectif est aussi d'améliorer la gouvernance d'entreprise, les conflits d'intérêts sont pour la première fois abordés concrètement dans la législation qui fixe une marche à suivre. La norme correspondante (art. 717a CO) a été largement allégée dans la procédure législative. Cela doit permettre d'octroyer suffisamment de flexibilité au conseil d'administration en ce qui concerne l'organisation.

1. Pas d'exigence de neutralité absolue pour les conseils d'administration

Les conseils d'administration ne sont en aucun cas des juges ou des organes de révision qui doivent être totalement neutres et «libres de tout conflit» pour exercer leur mandat. Selon Eugen Huber, le père fondateur du code civil suisse, une certaine «**contradiction des intérêts**» fait obligatoirement partie du concept de conseil d'administration: les conseils d'administration portent plusieurs chapeaux et doivent apporter leurs points de vue et avis lors des consultations et prises de décision, en se basant aussi le cas échéant sur des intérêts externes à la société. La loi prévoit même en partie que les conseils d'administration sont élus pour la représentation institutionnelle d'intérêts spécifiques, comme ceux des actionnaires minoritaires ou ceux des porteurs d'actions ordinaires, ainsi que des collectivités publiques.

2. Types de conflits d'intérêts

Tant que les intérêts spécifiques des conseils d'administration ne font que diverger des intérêts de la société, sans pour autant s'y opposer voire même de les altérer, on parle de simple «**divergence d'intérêts**», contre laquelle le droit n'oppose rien. Dans certains cas, il faudra divulguer une telle divergence. En revanche, les mesures ne s'avèrent vraiment nécessaires que quand du point de vue légal, il y a véritablement un conflit d'intérêts (potentiel).

Ni le droit de la société anonyme (en vigueur et futur), ni d'autres dispositions abordant les conflits d'intérêts ne définissent avec précision de quoi il s'agit. Sur le plan empirique, on peut parler de conflit d'intérêts quand un conseil d'administration **défend ses propres intérêts ou ceux de tiers, qui sont opposés aux intérêts de la société** sur un sujet en particulier. Sur le plan légal, un conflit d'intérêts ne devient vraiment problématique que s'il est suffisamment important pour mettre en danger un vote impartial et donc aussi l'**expression sûre de la volonté** de la société. C'est par exemple le cas quand une pression est exercée sur un membre du CA pour qu'il donne la priorité à un intérêt spécifique (en lieu et place de l'intérêt de la société).

En ce que concerne la définition de l'**intérêt déterminant de la société**, l'enseignement et la législation ne disent pas la même chose. La référence est l'objet fixé dans les statuts de la société. Au demeurant, l'intérêt de la société est influencé par les intérêts des actionnaires (shareholder) mais aussi par ceux des créanciers et tiers intéressés (stakeholder); ces intérêts doivent être pondérés avec soin.

Les conflits d'intérêts peuvent survenir au cas par cas ou présenter une nature structurelle, avoir une intensité différente et être possibles, latents et voire même déjà présents. Les **motifs** que poursuivent les différents membres du CA sont variés :

- **Intérêts propres** : ces intérêts surviennent en particulier en cas de contrat avec soi-même, c'est-à-dire quand la société conclut un contrat avec un membre du CA ou une autre personne morale contrôlée par celui-ci ou conjointement avec des tiers (par ex. commande/contrat d'entreprise de prestation de service, contrat de bail, etc.). Les décisions du conseil d'administration peuvent toutefois aussi avoir d'autres répercussions directes sur certains membres (par ex. décision en faveur de la mise en place d'un examen ou d'une procédure (juridique); décisions concernant une société à laquelle un membre du CA participe dans une certaine étendue (au moins 5 %).

- **Relations commerciales et/ou contractuelles étroites avec des tiers ou des mandats multiples** : concernant ces tiers, il peut s'agir de partenaires commerciaux (par ex. clients, fournisseurs ou prestataires tels qu'avocats, architectes, ingénieurs, consultants financiers, fiduciaires, etc.), mais aussi de concurrents, en quel cas la démarche sera plus complexe. Ces dépendances contractuelles n'impliquent toutefois pas obligatoirement un conflit d'intérêts et peuvent même dans certains cas s'avérer avantageuses. Mais on peut clairement parler de conflit d'intérêts lorsque les devoirs d'un membre du CA créent une collision, par exemple s'il est contractuellement et/ou légalement tenu de représenter les intérêts tiers (avec des sanctions à la clé s'il ne le fait pas). C'est notamment le cas quand un CA est en même temps organe ou employé d'un concurrent ou de l'autre partie contractante ou quand pour la prise de décisions stratégiques auxquelles il peut prétendre à cause de cette relation contractuelle, il exploiterait ou violerait ses propres devoirs (de fidélité).
- **Relations privées étroites avec des tiers et dépendance idéologique ou morale** : même sans obligation contractuelle ou légale, les intérêts des personnes et organisations proches peuvent avoir une influence sur les décisions des conseils d'administration (par ex. conclusion d'un contrat avec des membres de la famille).
- **Manque de temps :** si des activités internes ou externes à la société exigent tellement de temps et de travail d'un CA qu'il ne dispose plus des ressources nécessaires pour se charger de sa mission avec la diligence requise, ceci peut également entraîner un conflit d'intérêts (qui peut même durer).

3. Situation juridique selon le droit en vigueur et le futur droit

Aujourd'hui déjà, les conflits d'intérêt sont expressément abordés dans l'**ordonnance sur les OPA** (art. 32) ainsi que dans des recommandations de gouvernance d'entreprise comme par exemple le **Swiss Code of Best Practice** d'economiesuisse (art. 17), sur lequel beaucoup d'entreprises se basent. Ce dernier prévoit qu'un membre du CA concerné par un conflit d'intérêts doit en informer le président du conseil d'administration (PCA), après quoi ce dernier propose une mesure correspondante à l'ensembe du CA en fonction de l'intensité du conflit d'intérêts. Le CA dans son ensemble doit statuer en excluant le membre concerné.

Le **droit sur la société anonyme en vigueur** (tout comme le droit du travail et celui des contrats) en revanche ne régit pas les conflits d'intérêts explicitement, mais seulement indirectement. Le texte le plus important est l'art. 717 CO, qui exige des membres du conseil d'administration qu'ils exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société. Ce devoir de diligence implique que les intérêts propres et ceux de tiers passent après ceux de la société et que le comportement s'oriente uniquement aux intérêts de la société.

Avec la **révision du droit de la société anonyme**, le devoir général de fidélité en vertu de l'art. 717 CO est concrétisé et la gestion des conflits d'intérêts est réglée explicitement et de manière contraignante (même si les règles restent très rudimentaires) dans l'art. 717a CO. Selon cet article, les membres du CA «informent sans retard et de manière complète le conseil d'administration d'éventuels conflits d'intérêt» (alinéa 1), le conseil d'administration «adoptant les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société» (alinéa 2).

4. Organisation judicieuse du CA pour éviter les conflits d'intérêts

La première étape consiste à prévenir les conflits d'intérêts en fixant judicieusement l'organisation et la composition du CA. Les différentes attributions du CA doivent être réparties de manière à éviter au mieux les conflits d'intérêts. Certaines attributions (de gestion de l'entreprise) peuvent être affectées à des membres individuels ou à des tiers (direction). Dans le cas de comités relativement grands notamment, il peut au demeurant s'avérer judicieux de former des commissions pour certains domaines et d'affecter à ces commissions des membres «libérés de tout conflit». Ces deux points doivent être réglés dans le règlement d'organisation.

5. Bonne gestion des conflits d'intérêts si ceux-ci surviennent (malgré tout)

Quelquefois, même une organisation judicieuse ne permet pas d'éviter les conflits d'intérêts. Dans ce cas, il faut avoir réglé la bonne gestion des conflits d'intérêts en amont (dans un règlement d'organisation), en sachant qu'il faut faire la distinction entre les étapes suivantes :

A) Divulgation

Dans la gestion des conflits d'intérêts, il est essentiel que le PCA cultive une **culture de l'ouverture** et de la **transparence**, portée par tous les autres membres. Toutes les circonstances et tous les intérêts qui touchent à l'intérêt de la société (dans sa situation ou sa structure) doivent être divulgués. Ceci concerne par principe aussi les simples divergences d'intérêts ainsi que les conflits d'intérêts potentiels, indépendamment de leur intensité. En cas de doute, il faut toujours en parler.

La législation n'apporte aucune réponse aux questions «**à qui**» et «**comment**» cette divulgation doit avoir lieu. La procédure correspondante doit donc être définie dans le règlement d'organisation, le CA disposant d'une large marge de manœuvre:

- Par principe, il peut paraître judicieux d'informer le PCA en premier lieu étant donné que c'est lui qui convoque et dirige les réunions du CA. Si le PCA est directement concerné, l'information peut être donnée au vice-président ou au Lead Independent Director, au responsable du comité d'audit (Audit Committee) ou encore au CA dans son ensemble.
- Pour des raisons de preuve, il faut prévoir une déclaration écrite (e-mail compris) ou du moins une documentation (procès-verbal du CA / courrier de confirmation) d'une information donnée par oral ou sans formalités.

La loi est en revanche claire sur les questions du «**quand**» et «**dans quelle étendue**»:

- sans retard (pour pouvoir prendre des contre-mesures au plus vite)
- et de manière complète (en indiquant tous les faits nécessaires à l'évaluation du contexte et à la prise de mesures).

B) Evaluation

Après leur divulgation, les faits doivent être analysés quant à leur nature et leur intensité afin de constater s'il s'agit véritablement d'un conflit d'intérêts pertinent et suffisamment intense (et pas seulement une divergence d'intérêts). Le règlement d'organisation doit clairement régler les **responsabilités** (par ex. PCA/vice-président/Lead Independent Director/responsable de commission/CA complet) en ce qui concerne l'analyse.

Si les faits sont divulgués au PCA, on peut lui demander de procéder à un premier tri et de renoncer à signaler les conflits ou divergences d'intérêts «clairement non pertinents» à l'ensemble du CA. Il doit dans tous les cas informer le reste du CA de tous les autres conflits d'intérêts en proposant par exemple une première estimation dans le cadre de son analyse et en faisant éventuellement une requête pour savoir s'il faut agir (et comment).

C) Adoption de mesures

Si l'analyse précitée prouve qu'il s'agit véritablement d'un conflit d'intérêts juridiquement pertinent, la législation exige du CA qu'il adopte les mesures nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société. Selon l'interprétation faite dans la présente, il ne s'agit pas d'une compétence inaliénable et non cessible du CA complet, raison pour laquelle ce dernier dispose d'une certaine marge de manœuvre pour **déterminer la procédure et les compétences** (dans le règlement d'organisation).

Dans les cas les plus urgents, dans les cas clairs et nets ou si l'information à l'ensemble du CA allait à l'encontre de mesures judicieuses, le PCA ou l'interlocuteur compétent peut se voir attribuer la compétence de décider seul des mesures à adopter. De manière générale, nous vous conseillons toutefois de confier la décision des éventuelles mesures à prendre au CA dans son ensemble (ou éventuellement à une commission spécialement créée à cet effet). Le membre concerné ne doit pas participer à la décision correspondante (et sera considéré comme absent lors du vote).

Concernant les **mesures** adoptées, le CA dispose aussi d'une grande marge de manœuvre. On peut envisager différentes mesures à divers niveaux d'intensité:

- **Renoncement** à des mesures
- **Fairness Opinion / conseil indépendant / enquête de marché**: pour une évaluation neutre d'une affaire critique par exemple (concernant les conditions de marché).
- **Vote à deux niveaux**: un vote sur l'affaire est d'abord organisé à l'échelle du CA complet, puis sans les membres concernés par le conflit (ou inversement), la décision ne pouvant être considérée comme applicable que si elle a été approuvée dans les deux votes.
- **Exclusion**: la loi ne prévoit pas d'obligation contraignante d'exclure les membres concernés. Et ce n'est d'ailleurs pas toujours judicieux. Les connaissances du membre du CA concerné peuvent en effet être importantes pour que la société puisse prendre une décision avisée. Et d'autre part, cela déchargerait aussi la personne de sa responsabilité dans certains cas. En revanche, il vaut mieux exclure un membre du CA

si celui-ci est soumis à une obligation légale ou contractuelle de confidentialité. Si le membre du CA concerné dispose (seul) des connaissances factuelles nécessaires, il peut alors être judicieux de le laisser participer à la consultation, puis ensuite de l'exclure de la décision finale.

- **Approbation par un organe annexe/supérieur**: cet organe peut être une commission spéciale exempte de tout conflit, qui est particulièrement indiquée si plusieurs membres du CA sont concernés par un conflit d'intérêts ou si ce conflit est de nature structurelle. Une consultation de l'assemblée générale aussi peut être envisagée. En ce qui concerne les attributions déléguables, on peut aussi penser à une décision prise par la direction.
- **Exclusion de toutes les informations**: il s'agit là d'une mesure ultime qui ne doit être envisagée que dans le cas de conflits d'intérêts particulièrement graves, dans lesquels le membre du CA concerné pourrait nuire à la société avec les informations qui lui sont mises à disposition.
- **Demande de démission**: cette démarche aussi constitue un dernier recours et ne doit être débattue que dans le cas de conflits d'intérêts durables (par ex. manque chronique de temps, dépendances structurelles).

Nous vous recommandons de documenter, de manière adéquate, aussi bien l'analyse précitée du conflit d'intérêts (potentiel) que les débats sur les options possibles et les mesures finalement adoptées, dans un procès-verbal du CA par exemple.

6. Conséquences en cas de faits illicites

Si un CA ne respecte pas les obligations citées plus haut concernant la gestion de conflits d'intérêts, différentes conséquences juridiques peuvent s'appliquer:

- **Responsabilité relevant de la responsabilité civile:** si cette violation des obligations (intentionnelle ou par négligence) entraîne un dommage, la société, mais aussi chacun des actionnaires peuvent intenter une procédure en dommages et intérêts (avec versement à la société) contre les membres du CA responsables (art. 754 et suivants du CO). Dans le cas de faillite de la société lésée, les créanciers sociaux ont aussi le droit de demander le paiement (à la société) de dommages et intérêts (art. 757 CO). Le tribunal fédéral reconnaît la Business Judgment Rule dans ce contexte. Selon cette règle, les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans le jugement ultérieur de décisions commerciales si ces décisions ont été prises dans le cadre d'une procédure irréprochable, reposant sur une base informelle adaptée et exempte de tout conflit d'intérêts. Cette dernière phrase signifie aussi que les tribunaux feront preuve d'un jugement plus dur si les conflits d'intérêts ne sont pas bien gérés. Le risque en responsabilité est donc accru.
- **Responsabilité relevant du droit pénal**: si le capital de la société subit un dommage à cause du conflit d'intérêts ou de sa mauvaise gestion, le conseil peut aussi faire l'objet d'une procédure de droit pénal et d'un jugement pour gestion déloyale (art. 158 CP). Les conséquences sont une peine de prison de jusqu'à trois ans (voire cinq ans en cas d'intention de s'enrichir) ou une amende.
- **Nullité de la décision du CA**: la littérature a un avis différent sur la possibilité d'annuler une décision si les conflits d'intérêts ne sont pas bien gérés et si cette possibilité existe, les circonstances dans lesquelles cette décision peut être annulée. En général, la décision ne pourra pas être annulée car en cas de manquement, l'approbation par le reste du CA ou par un autre organe permettrait d'y remédier.

7. Conclusion

Il n'est jamais possible d'éviter tous les conflits d'intérêts et ils font partie du quotidien de chaque CA. Ce qui compte avant tout c'est de bien savoir les gérer:

Dans le **règlement d'organisation** de la société, il faut bien structurer et organiser le CA pour éviter au mieux les conflits d'intérêts.

Il faut également clairement définir qui doit divulguer quoi (les divergences d'intérêts ou seulement les conflits d'intérêts clairement définis), à qui (PCA/vice-président/responsable de commission/CA complet), comment (par écrit / par oral), quand (sans retard) et dans quelle étendue (de manière complète).

L'évaluation réalisée dans un cas concret des faits ainsi que l'adoption de mesures doivent être clairement réglées, en particulier en ce qui concerne les compétences et les actions à envisager, sans oublier qu'il faut également documenter la mise en œuvre concrète au cas par cas (intégration dans le **procès-verbal du CA**).