

WilhelmGilliéron

AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 17 janvier 2023

Conflit d'intérêts des administrateurs : la question revient sur le devant de la scène

Avec l'entrée en vigueur du nouveau [droit de la société](#) anonyme au 1^{er} janvier 2023, l'art. 717a du Code des obligations prévoit dorénavant que les membres du conseil d'administration doivent signaler sans retard tous conflits d'intérêts qui pourraient les affecter dans l'exercice de leur fonction d'administrateur.

Cette obligation n'est pas nouvelle, mais elle ne figurait pas expressément dans le code jusqu'à présent.

Naturellement, il existe des situations où le conflit d'intérêts est patent.

Pensons en particulier à la situation où un administrateur est à la fois membre du conseil d'administration du prestataire d'un service qui est donné à une société dont il est également l'administrateur.

Il existe toutefois une situation courante qui peut potentiellement créer une situation de conflit d'intérêts.

Il s'agit du cas où un administrateur représente les intérêts d'un actionnaire.

On le sait, les administrateurs sont liés par une obligation de diligence et de fidélité à la société qu'ils administrent. Ils doivent donc faire passer les intérêts de cette société avant ceux des actionnaires.

Les actionnaires, de leur côté, n'administrent pas la société. Ils ne doivent lui rendre aucun compte.

Ils peuvent lui faire concurrence. En conséquence, il convient de distinguer la situation de l'administrateur de celle de l'actionnaire. Alors que l'administrateur doit agir avec loyauté à l'égard de la société qu'il administre, l'actionnaire peut lui faire concurrence et penser à ses propres intérêts avant ceux de la société dont il est l'actionnaire.

La situation constituant de façon la plus caricaturale une situation de conflit d'intérêts est à mon sens celle où la composition du conseil d'administration reflète exactement celle de l'actionnariat.

Pensons, par exemple, à une société composée de deux actionnaires à 50/50 lesquels se retrouvent également au conseil d'administration. Cette société est parfaitement ingouvernable.

Chaque administrateur fera passer ses intérêts avant ceux de la société. Cette situation existe cependant également dans le cas d'un actionnaire minoritaire et d'un actionnaire majoritaire si cette situation est reflétée au conseil d'administration. Selon le droit, l'administrateur représentant les intérêts de l'actionnaire majoritaire ne saurait faire passer les intérêts de l'actionnaire majoritaire avant ceux de la société. Il devra donc veiller avant tout à prendre en compte les intérêts de la société et non ceux de l'actionnaire.

Ceci est particulièrement le cas avec l'entrée en vigueur du nouveau droit, que nous avons déjà évoqué [précédemment dans d'autres contributions](#), selon lequel l'actionnaire majoritaire doit exercer ses droits de façon mesurée pour éviter tout abus de majorité.

Une telle situation est expressément confirmée par

l'art. 652b al. 4 du nouveau Code des obligations lequel prévoit que nul ne saurait être avantagé ou désavantagé par la fixation du prix d'émission. Ainsi, s'il existe plusieurs options pour augmenter le capital, c'est l'option la moins « dommageable » à l'actionnaire minoritaire qui doit être choisie par le conseil d'administration.

On le voit, la situation des conflits d'intérêts telle qu'évoquée ci-dessus peut avoir une influence directe sur la composition du conseil d'administration et sur la gouvernance de la société.

Les actionnaires doivent privilégier des administrateurs indépendants capables de prendre en compte les intérêts de la société. S'ils ne sont pas satisfaits de l'administration exercée, ils pourront, lors de l'assemblée générale ordinaire ou même d'une assemblée générale convoquée de façon extraordinaire, révoquer ces administrateurs. C'est dans ce cadre qu'ils exerceront leur contrôle et feront part de leur

décision et de leur opinion à l'égard de la gouvernance. Ils éviteront ainsi de s'immiscer dans l'administration de la société créant alors une situation de conflit d'intérêts contraire au droit.

Source :

<https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-societes/conflit-dinterets-des-administrateurs-la-question-revient-sur-le-devant-de-la-scene/>