

# LES CONFLITS D'INTÉRÊTS DE L'AVOCAT ADMINISTRATEUR (2C\_45/2016)

**BENOÎT CHAPPUIS**

Avocat, professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg

Mots clés: conflits d'intérêts, administrateur, secret professionnel, indépendance

Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt concernant le conflit d'intérêts dans lequel se serait trouvé un avocat administrateur d'une société anonyme.<sup>1</sup> Cette décision est en elle-même de portée mineure. Elle soulève cependant des questions importantes, tant en raison de leur récurrence en pratique que de leur portée théorique. Il vaut donc la peine de l'analyser pour mettre en évidence les principaux écueils auxquels un avocat administrateur doit faire face, en regard de son indépendance, de son obligation de secret, des risques de conflits d'intérêts et, enfin, de ses obligations d'administrateur.

## I. Les faits

Me X est avocat inscrit à un registre cantonal. Il représente une partie plaignante, dans une procédure pénale dirigée contre A, à qui sont reprochés des actes de gestion déloyale commis de 2001 à 2008 au détriment de la partie plaignante.

Au cours de la procédure pénale, un administrateur d'une société B SA a été entendu en qualité de témoin. Les faits sur lesquels il a été interrogé étaient sans rapport avec ceux pour lesquels A est poursuivi pénalement.

Il se trouve que, en 2009, A avait rejoint B SA comme apporteur d'affaires, société dont il est également actionnaire à concurrence de 5%.

Ladite société B SA est présidée par Me Y, associé de Me X, l'avocat de la partie plaignante. La société B SA n'est pas impliquée dans les faits reprochés à A. D'autre part, aucun litige n'est ouvert entre elle et la partie plaignante, qui ne fait valoir aucune prétention à son égard.

En outre, l'administrateur entendu comme témoin et la partie plaignante avaient entretenu des relations professionnelles, antérieures toutefois aux faits pénaux.

Enfin, il n'existe aucun lien entre la société B SA et la partie plaignante, cliente de Me X, pas plus qu'il n'existe de litige entre la société B SA et le prévenu, employé et actionnaire minoritaire de celle-ci.

A dénonce Me X à l'autorité de surveillance, pour conflit d'intérêts. Il estime que ce dernier ne peut représenter la partie plaignante, alors que cet avocat a pour associé le président d'une société dont A est lui-même actionnaire minoritaire, d'une part, et dont un autre administrateur a été entendu comme témoin dans la procédure pénale, d'autre part.

L'autorité de surveillance, puis l'autorité de recours cantonale lui donnent raison et font injonction à Me X de représenter la partie plaignante.

Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral constate qu'il n'existe aucun conflit d'intérêts; en conséquence, il annule la décision et autorise Me X à représenter la partie plaignante dans la procédure pénale.

## II. La décision

Il n'aura fallu que peu de lignes au Tribunal fédéral pour accueillir l'argumentation du recourant, tant la situation lui est apparue claire: à côté du litige pénal opposant la partie plaignante au prévenu, il n'existait aucune opposition entre les personnes en présence.

Premièrement, il n'existait aucun autre litige entre les parties concernées (Me Y le président, l'administrateur entendu comme témoin, la société B SA et son actionnaire le prévenu A). Aucune d'entre elles ne faisait valoir de prétention contre une autre.

Deuxièmement, le statut des uns et des autres (avocat, administrateur, actionnaire) et l'influence qui pouvait en découler n'étaient pas de nature à altérer la situation d'indépendance de l'avocat X. Cela était en particulier le cas de la position d'actionnaire du prévenu, dont la faible

---

L'auteur remercie Me Nicolas Béguin, avocat LL M, pour sa relecture critique et ses suggestions.

<sup>1</sup> TF, 2C\_45/2016.

participation l'empêchait d'exercer quelque pression que ce soit sur l'administrateur Y et, partant, indirectement sur son associé l'avocat X.

À cela s'ajoutait que les exigences du secret professionnel n'étaient pas mises en péril par la situation. Le possible accès au dossier pénal que l'administrateur Y pouvait avoir par l'intermédiaire de son associé X n'était pas un point problématique.

Fort de ces constatations, le Tribunal fédéral en a donc logiquement conclu que rien n'empêchait Me X de poursuivre son mandat.

### III. Le commentaire

La présente affaire met en évidence la confusion qui peut naître dans les esprits lorsqu'un avocat est administrateur de sociétés. La position d'administrateur n'est en effet pas sans risque concernant la question des conflits d'intérêts, ce qui peut parfois mener à des conclusions hâtives.

Une société est le centre d'intérêts divers: ceux de ses actionnaires, de ses organes, de ses employés, de ses clients, de ses fournisseurs ou encore de ses bailleurs de fonds. Si la société fait partie d'un groupe, il faut encore éventuellement compter avec les intérêts partagés avec la maison mère ou les sociétés sœurs ou filles. L'avocat qui en est l'organe se voit investi de la charge d'administrer ces divers intérêts. Il est également amené à prendre connaissance de nombreux faits confidentiels dont il ne peut faire usage en dehors de la société. Il doit accomplir l'ensemble de ces tâches en respectant le devoir de diligence et de fidélité qui lui est imposé par la loi (art. 717 CO).

De cet enchevêtrement d'intérêts et d'obligations naît volontiers une suspicion diffuse que les fonctions d'avocat et d'administrateur ne font pas bon ménage. Déterminer si les obligations de l'administrateur interfèrent avec celles de l'avocat, voire entrent en conflit avec elles oblige donc à une analyse détaillée de la situation. On ne peut se contenter de la constatation toute générale que l'avocat administrateur est au centre d'intérêts et d'obligations multiples pour en conclure qu'il se trouve en situation de conflit par rapport à un mandat privé d'avocat.

Avant d'examiner les différentes questions mises en évidence par l'arrêt du Tribunal fédéral, il est rappelé que la prohibition des conflits d'intérêts affecte tous les avocats d'une même étude (cf. art. 14 al. 1 CSD).<sup>2</sup> En d'autres termes, la question des conflits d'intérêts se pose de la même manière pour un administrateur face à l'un de ses propres mandats d'avocat que pour un administrateur dont la fonction entrerait en conflit avec un mandat de l'un de ses associés au sein de l'étude.

#### 1. La liberté des activités accessoires

La première considération à garder à l'esprit est que la LLCA n'impose pas à l'avocat de se consacrer entièrement à sa profession. Il est en droit d'avoir d'autres activités lucratives qui peuvent même être prépondérantes, l'occupant même la plus grande partie de son temps.<sup>3</sup>

Les seules limites posées par la LLCA découlent des règles professionnelles instituées à l'art. 12 let. a, b et c LLCA.

L'obligation de soin et de diligence met à la charge de l'avocat le devoir de veiller à la dignité du barreau «en s'abstenant notamment de tout ce qui pourrait porter atteinte à la considération et à la confiance dont il doit jouir pour remplir sa mission.»<sup>4</sup> Une activité accessoire pourrait, de par sa nature, se révéler contraire à la dignité du barreau et, partant, être interdite à un avocat.<sup>5</sup>

Les deux autres règles (art. 12 let. b et c) interdisent à l'avocat d'exercer une activité qui pourrait mettre son indépendance en péril ou le placer dans une situation de conflit d'intérêts.

Cette conception libérale, adoptée par le Tribunal fédéral avant l'entrée en vigueur de la LLCA,<sup>6</sup> a été maintenue une fois celle-ci intervenue: la LLCA doit être interprétée conformément au principe constitutionnel de la liberté économique dont l'avocat jouit comme tout autre citoyen.<sup>7</sup> Ce principe s'étend même à l'avocat travaillant à plein temps auprès d'un employeur. Il peut consacrer son temps libre à la profession d'avocat, pour autant qu'il démontre qu'il n'y a aucun risque d'atteinte à son indépendance.<sup>8</sup>

Le droit fédéral réglant exhaustivement la matière, les cantons n'ont pas la compétence d'instituer des limites à la liberté ainsi reconnue aux avocats. Les seules restrictions légales à cette liberté sont celles imposées par des lois, notamment cantonales, régissant des professions autres que celle d'avocat. Il en va ainsi des lois qui interdisent aux membres d'une profession toute autre activité lucrative accessoire (par exemple les juges au Tribunal fédéral en vertu de l'art. 7 LTF<sup>9</sup>) ou de celles qui décrètent une incompatibilité de la profession réglementée avec l'exercice de la profession d'avocat, comme le font les cantons de Vaud et de Genève pour la pratique du notariat, profession non réglementée par le droit fédéral (art. 5 al. 1 LNo/VD<sup>10</sup> et art. 4 al. 1 LNot/GE<sup>11</sup>).

Le Code des obligations ne posant aucune condition quant aux qualités que devrait revêtir un administrateur,<sup>12</sup> il ne fait ainsi pas obstacle à ce qu'un avocat exerce cette fonction.

En conclusion, il n'y a pas d'empêchement de principe à ce qu'un avocat exerce la fonction d'administrateur.

<sup>2</sup> TF, 2P.297/2005; 2A.292/2003.

<sup>3</sup> ATF 138 II 440, consid. 5 = JdT 2013 I 135 = RDAF 2013 I 577; 132 II 103, c. 2.1; 123 I 193, c. 4a.

<sup>4</sup> TF, 2A.151/2003, consid. 2.2.

<sup>5</sup> TF, RDAF 1986 157, consid. 2b.

<sup>6</sup> TF, RDAF 1986 157.

<sup>7</sup> TF, 2P.301/2005.

<sup>8</sup> ATF 130 II 87, consid. 6 = RDAF 2005 I 519.

<sup>9</sup> WURZBURGER, Commentaire LTF (Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Girardin, eds), 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014, p. 47.

<sup>10</sup> RS/VD 178.11.

<sup>11</sup> RS/GE E 6 05.

<sup>12</sup> Les lois applicables à certains secteurs d'activité peuvent poser des exigences particulières (cf. notamment art. 3 al. 2 let. c LB et art. 14 al. 1 let. a LPCC).

## 2. L'absence de conflits d'intérêts entre les différentes parties

L'activité accessoire de l'avocat ne doit pas le placer dans une situation de conflit d'intérêts (supra III.1). La jurisprudence a posé le principe que, pour tomber sous le coup de l'art. 12 let. c LLCA, le conflit doit être concret et non résulter de la seule analyse juridique théorique de la situation (conflit abstrait).<sup>13</sup> Il n'est cependant pas nécessaire que le conflit ait véritablement éclaté; il suffit qu'il se manifeste de manière suffisamment forte pour que l'avocat ne puisse plus garantir son indépendance ou le secret auquel il est tenu.<sup>14</sup>

Dans l'affaire présentement analysée, le Tribunal fédéral est rapidement parvenu à la constatation incontestable qu'il n'existait aucun conflit concret entre les différents protagonistes, aucun d'eux – le prévenu A, la partie plaignante, la société B SA, les administrateurs de cette dernière – ne faisant valoir de prétentions contre l'un ou l'autre d'entre eux.

Il était ainsi incontestable que le statut de président de B SA que revêtait Me Y ne plaçait pas Me X dans une situation de conflit d'intérêts.

Cette constatation, pour évidente qu'elle soit à la lecture des faits de la cause, est intéressante: la conjonction d'un statut d'avocat et d'administrateur ne fait pas naître un conflit d'intérêts du seul fait que les deux fonctions se rencontrent au cours d'une affaire.

## 3. Le témoignage de l'administrateur

Le témoignage de l'administrateur de la société B SA dans le cas d'espèce ne posait pas des problèmes différents de ceux auxquels tout avocat doit parfois faire face lorsque, au hasard des développements d'une procédure, il est amené à interroger un témoin qu'il connaît personnellement, que ce dernier soit un ami, un client ou une relation d'affaires. La situation est toujours inconfortable, mais quasi inévitable dans des barreaux de petites dimensions tels ceux que nous connaissons en Suisse. La jurisprudence admet d'ailleurs qu'un proche d'une des parties peut déposer en qualité de témoin, l'art. 169 CPC ne le prohibant pas. L'avocat d'une des parties peut même être entendu comme témoin.<sup>15</sup> La proximité entre le témoin proche de la partie et celle-ci aura tout au plus une éventuelle incidence sur l'appréciation des preuves par le juge.<sup>16</sup>

Cette confrontation occasionnelle n'est, en elle-même, pas susceptible d'empêcher l'avocat de poursuivre le mandat; la question qui se pose, en revanche, est celle de l'indépendance de l'avocat. Si ce dernier, au moment d'accepter le mandat, réalise que l'un des témoins cruciaux sera une personne si proche qu'il ne pourra accomplir sa mission en pleine indépendance, il doit en principe refuser le mandat. On peut également concevoir qu'une situation similaire se présente en cours de mandat si une personne proche de l'avocat se trouve impliquée dans l'affaire de manière inattendue.

## 4. Le secret

Parmi les objections que le dénonciateur avait invoquées contre la continuation du mandat de Me X figurait le fait que le secret professionnel de l'avocat était mis en péril. Il

soutenait en effet que Me X aurait été susceptible de transmettre des informations confidentielles ressortant de la procédure pénale à son collègue président de B SA. Cette objection n'a pas été accueillie par le Tribunal fédéral. On regrettera à cet égard que ce dernier ait simplement écarté l'argument, sans entrer dans l'analyse de la question.<sup>17</sup>

On doit en premier lieu se rappeler que le secret professionnel est dû au client de l'avocat et non aux tiers, selon la conception retenue par la jurisprudence et la doctrine majoritaire.<sup>18</sup> L'avocat n'est pas tenu de conserver des faits secrets dès lors qu'ils lui ont été confiés par des tiers, particulièrement la partie adverse.<sup>19</sup>

Une partie ne peut donc pas se prévaloir, à l'égard de l'avocat de la partie adverse, du secret auquel ce dernier est tenu en vertu des art. 321 CP et 13 LLCA. Tout au plus, cette dernière pourrait-elle invoquer – si les conditions en étaient réunies – l'art. 28 CC (droits de la personnalité), voire l'art. 173 CP réprimant la diffamation, si l'avocat de l'autre partie révélait des faits dont il a eu connaissance dans la procédure et qui sont susceptibles de porter atteinte à son honneur.

À cela s'ajoute que le CPP n'institue pas de secret de l'instruction pénale. Seuls les membres des autorités pénales et les experts sont tenus à un tel secret (art. 73 al. 1 CPP). Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'autorité pénale peut prendre une mesure spécifique et limitée obligeant toutes les parties à conserver le secret, en application de l'art. 73 al. 2 CPP qui dispose que «la direction de la procédure peut obliger la partie plaignante, d'autres participants à la procédure ainsi que leurs conseils juridiques, sous commination de la peine prévue à l'art. 292 CP, à garder le silence sur la procédure et sur les personnes impliquées, lorsque le but de la procédure ou un intérêt privé l'exige. Cette obligation doit être limitée dans le temps.»

L'avocat visé par la dénonciation, Me X, aurait donc pu, sans violer la loi, communiquer à des tiers – en particulier son collègue administrateur – des faits dont il avait eu connaissance dans l'accomplissement de son mandat pour autant que sa cliente, la partie plaignante, y ait consenti. Le prévenu ne pouvait se prévaloir de quelque droit pour l'en empêcher.

## 5. La position d'actionnaire

Le dénonciateur invoquait également sa position d'actionnaire de la société B SA, y voyant un obstacle à ce que

<sup>13</sup> ATF 134 II 108; BOHNET, Conflits d'intérêts: seuls les risques concrets comptent, in *Revue de l'Avocat*, 8/2008, p. 364 ss.

<sup>14</sup> TF, 2C\_885/2010. Pour une présentation de la question, CHAPPUIS, *La profession d'avocat. Tome I: Le cadre légal et les principes essentiels*, Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 124-128.

<sup>15</sup> TF, 4A\_140/2013 consid.1.3.

<sup>16</sup> TF, 4P.49/2003; 5P.320/2005.

<sup>17</sup> *Consid. 2 in fine*.

<sup>18</sup> TF, 2C\_900/2010, consid. 1.3 *in fine*.

<sup>19</sup> BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1858; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, N 483. Pour une analyse critique de cette conception, CHAPPUIS, *La profession d'avocat* (cit. n. 14), p. 172.

Me X agisse contre lui, alors que son associé Y présidait la société. L'autorité cantonale l'avait suivi dans cette argumentation, voyant dans ce fait un empêchement absolu à la poursuite du mandat par Me X.

Le dénonciateur faisait notamment valoir qu'en tant qu'actionnaire, il pouvait influencer sur la reconduction du mandat d'administrateur de Me Y ainsi que sur d'autres décisions le concernant. Il semblait en déduire une perte d'indépendance de l'avocat X, puisque ce dernier aurait pu être gêné par les pressions du prévenu sur Me Y, en sa qualité d'administrateur.

L'argumentation peut paraître singulière puisque, pour fonder le reproche de conflit d'intérêts qu'il adressait à Me X, le dénonciateur invoquait le risque de pression qu'il aurait lui-même pu exercer sur Me Y. Il faut cependant se souvenir qu'il n'est nul besoin d'avoir un intérêt propre pour être dénonciateur. Toute personne peut signaler à l'autorité de surveillance une situation qui serait contraire au droit. Le fondement de ce principe réside dans le fait que le dénonciateur ne recherche généralement pas la protection d'intérêts personnels juridiques ou de fait.<sup>20</sup> Le prévenu A pouvait donc sans autre procéder à cette dénonciation, même si la perte d'indépendance alléguée de Me X – aurait-elle été avérée – aurait pu être préjudiciable à la partie plaignante, plus qu'au prévenu lui-même.

Le Tribunal fédéral relève que «la faiblesse de sa participation au capital social de la société (environ 5%) ne permet pas d'établir un risque concret de pressions, d'autant moins que la société n'est pas impliquée dans la procédure pénale et que d'hypothétiques pressions du prévenu, très limitées on l'a dit au vu de la faiblesse de sa participation, ne pourraient en outre s'exercer qu'indirectement sur le recourant par l'intermédiaire de son associé.»<sup>21</sup>

Ce considérant est intéressant en ce qu'il met en évidence que l'on peut envisager une perte d'indépendance d'un avocat administrateur lorsque l'influence d'un actionnaire est suffisamment forte au sein de la société pour influencer sur la conduite dont l'avocat a la charge, parallèlement à ses fonctions sociales. Il s'agit d'apprécier si, compte tenu de l'importance de la participation de l'actionnaire, la faculté de l'administrateur de prendre ses décisions en toute liberté dans son mandat d'avocat est altérée.

Si un actionnaire dispose d'un poids important dans la société et que, partant, il est en mesure, à lui seul, de mettre en péril la réélection de l'administrateur ou de refuser la décharge (698 al. 2 ch. 5 CO), la situation peut devenir critique. Lorsqu'un avocat, associé de l'administrateur, mène un procès contre cet actionnaire, ce dernier serait en effet susceptible d'exercer des pressions sur l'administrateur pour empêcher l'avocat de mener son mandat comme il l'entend; il en résulterait une perte d'indépendance de l'avocat qui ne remplirait alors plus les conditions de l'art. 12 let. b LLCA.

## 6. Le droit de la société anonyme

La coexistence d'un mandat d'avocat et de la fonction d'administrateur peut également se révéler problématique sous l'angle du droit de la société anonyme, essentielle-

ment lorsque l'avocat défend soit la société elle-même, soit un actionnaire.

Il est souvent considéré qu'un avocat peut défendre à la fois l'actionnaire majoritaire d'une société et cette dernière, les intérêts de ces deux personnes ne s'opposant en principe pas. Cette affirmation est sujette à caution: les intérêts de la société ne se confondent pas toujours avec ceux de l'actionnaire majoritaire, et la protection de l'actionnaire minoritaire – qui serait victime d'un abus de majorité<sup>22</sup> – pourrait souffrir de cette position ambiguë de l'avocat de la société.

En outre, l'information que l'avocat de la société détient par le biais de la direction ou du conseil d'administration est en principe<sup>23</sup> beaucoup plus large que celle que reçoit l'actionnaire, ce dernier ne disposant actuellement que de faibles moyens – à tout le moins pour les sociétés non cotées – pour obtenir des informations à jour au sujet de l'entreprise<sup>24</sup> et ne pouvant faire valoir son droit d'être informé que dans le cadre de l'assemblée générale.<sup>25</sup>

L'avocat qui revêt cette double qualité risque de se trouver en porte-à-faux et d'éprouver des difficultés à distinguer s'il agit comme défenseur de la société ou s'il le fait pour le compte de l'actionnaire. Seul un examen du cas concret permettra de déterminer si cette double représentation est admissible: on doit notamment tenir compte de la situation de l'actionariat, des obligations entre actionnaires pouvant découler d'accords conclus entre eux (convention d'actionnaires) ou des conflits qui opposent les actionnaires les uns aux autres.<sup>26</sup> À cet égard, une convention d'actionnaires qui contient des obligations concernant l'exercice du droit de vote mènerait à des si-

<sup>20</sup> TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève, Zurich, Bâle 2011, N 1442.

<sup>21</sup> Consid. 2.3.2.

<sup>22</sup> Pour des exemples d'une telle situation, RUEDIN, Droit des sociétés, 2<sup>e</sup> édition entièrement revue et augmentée, Berne 2007, N 275.

<sup>23</sup> Il convient de réserver un droit d'information plus étendu qu'un actionnaire d'une société peut se réserver dans le cadre d'une convention d'actionnaires (cf. à ce sujet, BLOCH, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse, 2<sup>e</sup> édition, 2011, p. 340 ss.) ainsi que les renseignements qu'un actionnaire peut obtenir de manière informelle de la part de son éventuel représentant au conseil d'administration.

<sup>24</sup> Art. 697 et ss CO.

<sup>25</sup> Cf. Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 353 ss, 408.

<sup>26</sup> Dans ce sens, LE FORT, Les conflits d'intérêts, in Vincent Jeanneret/Olivier Hari (éds), Défis de l'avocat au XXI<sup>e</sup> siècle: mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, p. 192; CR LLCA-VALTICOS, N 165; WERRO, Les conflits d'intérêts de l'avocat, avec la collaboration d'Anne-Catherine Hahn, in Walter Fellmann/Claire Huguenin Jacobs/Tomas Poledna/Jörg Schwarz (éds), Droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 249. Sur les conflits de l'avocat administrateur, PETER, L'avocat administrateur, in Vincent Jeanneret/Olivier Hari (éds), Défis de l'avocat au XXI<sup>e</sup> siècle: mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, p. 431 ss; PFEIFER, Der Umgang mit Interessenkonflikten bei der Wahrnehmung von Verwaltungsratsmandaten durch Anwälte, in Leo Staub/Christine Hehli Hidber (éds), Management von Anwaltskanzleien, Zurich 2012, p. 767 ss.

tuations difficilement tenables pour un administrateur qui serait en même temps l'avocat d'un actionnaire n'entendant pas respecter les dispositions de cette convention, lors du vote à l'assemblée générale.

Comme déjà indiqué, l'administrateur a un devoir de loyauté et de fidélité envers la société, en vertu de l'art. 717 al. 1 CO. Si la qualification juridique du mandat d'administrateur est controversée, il est cependant généralement admis que les règles du contrat de mandat s'appliquent, sauf lorsque l'administrateur exerce son activité principale au sein de la société, auquel cas ce sont les règles du contrat de travail qui trouvent application.<sup>27</sup> Dans tous les cas, l'administrateur est donc soumis à un devoir de loyauté, que ce soit en vertu de l'art. 398 CO ou de l'art. 321a CO.<sup>28</sup>

Ce devoir implique que l'administrateur évite tout conflit d'intérêts.<sup>29</sup> Ainsi, si le conseil d'administration décide d'introduire une action en justice, il ne peut le faire que si cela sert directement les intérêts de la société, mais non lorsque l'action tend à protéger les intérêts de ses membres en tant qu'actionnaires de la société.<sup>30</sup> De même, l'administrateur d'une société appartenant à un groupe ne doit en principe prendre en considération que les intérêts de la société et non pas ceux d'autres sociétés du groupe.<sup>31</sup>

Cela dit, la seule existence d'un conflit d'intérêts n'oblige pas l'administrateur à renoncer à sa fonction. Ce n'est que lorsqu'une personne se trouverait dans une position de conflit d'intérêts permanent, en raison d'autres fonctions, qu'elle ne pourrait revêtir celle d'administrateur de la société.<sup>32</sup> En revanche, si un conflit d'intérêts ne surgit que de manière occasionnelle, l'administrateur n'est pas obligé de quitter sa fonction. Il appartient au conseil d'administration de prendre les mesures appropriées pour éviter que le conflit ait une influence sur la décision à prendre.<sup>33</sup>

C'est la solution qui est retenue dans le projet de loi de révision du droit de la société anonyme<sup>34</sup> dont l'art. 717a CO dispose que «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 (al. 1). Le conseil d'administration adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société (al. 2)».

Enfin, un administrateur peut agir comme mandataire de la société sur la base d'un mandat privé (consultant, avocat, conseiller fiscal, etc.) pour une mission spécifique. Aucune norme ne prohibe cette double fonction. La seule règle qui régit une telle situation est l'art. 663<sup>bis</sup> al. 2 ch. 9 CO qui concerne les sociétés cotées en bourse: ces dernières doivent mentionner en annexe du bilan toutes les indemnités payées à leurs organes pour des prestations supplémentaires, quelle qu'en soit la nature,<sup>35</sup> y compris celles qui n'ont pas de liens avec les fonctions officielles de l'administrateur au sein de la société.<sup>36</sup>

#### IV. Conclusion

La problématique du conflit d'intérêts est incontestablement celle qui retient le plus l'attention des autorités de surveillance et du Tribunal fédéral. L'exiguïté du marché

suisse, la taille grandissante des études et les exigences du public de plus en plus élevées en matière de transparence sont des facteurs qui se conjuguent pour conduire à cette situation<sup>37</sup>.

La position d'administrateur renforce les risques de conflit d'intérêts ou, à tout le moins, les craintes ou les suspicions qu'un tel conflit existe. L'imbrication d'intérêts au sein de laquelle l'avocat administrateur se trouve est en effet de nature à engendrer la survenance de conflits. C'est un fait qu'il faut prendre en considération, comme il faut prendre en compte la liberté de l'avocat d'exercer, selon son souhait, toute autre activité parallèle à sa profession.

Cela amène à une double conclusion. Premièrement, seule une analyse approfondie de la situation permet de déterminer si un tel conflit existe. Le simple constat que l'avocat se trouve au centre d'intérêts possiblement divergents ne suffit pas, puisque ce n'est qu'un conflit concret qui conduit à une situation non conforme à la loi. Dénoncer un tel double statut, au motif qu'il serait en lui-même problématique, serait donc une erreur.

D'un autre côté, l'acceptation d'un mandat d'administrateur peut exposer l'avocat à de possibles difficultés, soit que la taille de la société crée de nombreuses occasions de conflit, soit que ses activités soient très proches de celles des clients de l'avocat. Il en résulte que, avant d'accepter une fonction au sein d'un conseil d'administration, l'avocat doit mettre en balance les avantages et les inconvénients qui pourraient en résulter. Si sa position d'administrateur porte en elle le risque de le mettre régulièrement en difficulté avec son activité principale d'avocat, sans doute devra-t-il renoncer à ce projet, qui pourrait finalement se révéler plus négatif que positif pour lui et la marche de ses affaires.

<sup>27</sup> ATF 130 III 213, para. 2.1 = JdT 2004 I 223.

<sup>28</sup> ATF 130 III 213, para. 2.1 = JdT 2004 I 223.

<sup>29</sup> ATF 139 III 24, para. 3.2; ATF 130 III 213, para. 2.1 = JdT 2004 I 223; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 717 N 11.

<sup>30</sup> ATF 139 III 24, para. 3.3.

<sup>31</sup> ATF 130 III 213, para. 2.1 = JdT 2004 I 223.

<sup>32</sup> CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 707 N 15.

<sup>33</sup> BSK OR II-WATTER/ROTH/PELLANDA, Art. 717 N 6a.

<sup>34</sup> Cf. Message du Conseil fédéral du 23 novembre 2016 concernant la modification du code des obligations, FF 2017 518-519.

<sup>35</sup> CR CO II-TORRIONE, art. 663<sup>bis</sup> N 11.

<sup>36</sup> BSK OR II-WATTER/MAIZAR, art. 663<sup>bis</sup>, N 37; Message du Conseil fédéral du 23 juin 2004, relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF 2004 4242.

<sup>37</sup> CHAPPUIS, Le consentement du client et les *chinese walls*. Une solution aux conflits d'intérêts de l'avocat?, in Revue suisse de jurisprudence 2015, p. 409-411.