

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel |  
Jean-Luc Chenaux | Rolf Sethe (Hrsg.)

# Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone  
zum 60. Geburtstag

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel | Jean-Luc Chenaux |  
Rolf Sethe (Hrsg.)

# Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone  
zum 60. Geburtstag

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017  
ISBN 978-3-7255-7474-2

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Vorwort

Professor HANS CASPAR VON DER CRONE, Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, feiert am 18. Januar 2017 seinen 60. Geburtstag. Seine Freunde, Fachkollegen und Weggefährten freuen sich, ihm zu diesem besonderen Tag die vorliegende Festschrift überreichen zu können.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat in Zürich die Volksschule und das Gymnasium (mit Abschluss Matura Typus B im Jahre 1976) besucht. Sein Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich schloss er sechs Jahre später mit dem Lizentiat ab. Während seiner Zeit als Assistent bei Professor MEIER-HAYOZ verfasste er seine Dissertation sowie das – heute noch als Standardwerk geltende – Lehrbuch «Wertpapierrecht» (in Co-Autorschaft mit ARTHUR MEIER-HAYOZ); im Jahre 1988 hat er dann den Doktor der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und ebenso das Zürcher Anwaltspatent erworben. Kurz nach Beginn der Anwaltstätigkeit in Zürich ist HANS CASPAR VON DER CRONE indessen an die Yale Law School, New Haven CT, gegangen, um erfolgreich einen Master of Laws (LL.M.) zu absolvieren. Nach der Rückkehr in die Schweiz hat er seine Anwaltskarriere fortgesetzt und gleichzeitig eine Habilitationsschrift zum Thema «Rahmenverträge» verfasst, aus welcher sein Interesse am Zusammenspiel von Ökonomie und Recht deutlich hervorgeht. Auf deren Abnahme an der Universität Zürich folgte die Ernennung zum Privatdozenten für Zivil-, Handels- und Kapitalmarktrecht im Jahre 1992.

Im Jahre 1995 berief die Universität Zürich HANS CASPAR VON DER CRONE zum Extraordinarius, hernach 1997 zum Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht. Seit gut 20 Jahren liegen seine hauptsächlichen Lehr- und Forschungsinteressen im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, doch hat er auch das Vertragsrecht regelmässig weiter betreut; didaktisch gute Lehre ist ihm immer ein grosses Anliegen gewesen. Kennzeichnend für ihn ist weiter die grosse Affinität zu den neuen Medien: Seine Internet-Kolloquien – jährlich angeboten sowohl im Obligationenrecht Allgemeiner Teil wie im Handels- und Wirtschaftsrecht – gehören zu den beliebtesten Veranstaltungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; das von ihm ins Leben gerufene virtuelle Projekt «RechtEck» ([www.rechteck.uzh.ch](http://www.rechteck.uzh.ch)) ermöglicht sodann auch die von ihm stets gepflegte Zusammenarbeit mit der Romandie.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat ebenso aktiv an der universitären Selbstverwaltung mitgewirkt: Als Mitglied der Universitätsleitung war er von 2002-2006 Prorektor Planung, von 2007-2008 Prorektor Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Sein Interesse an der Mitwirkung in rechtsgestaltenden Gremien zeigt sich auch darin, dass HANS CASPAR VON DER CRONE von 1999-2005 Präsident der Schweizerischen Übernahmekommission sowie 2009-2010 Mitglied der Expertenkommission des Schweizerischen Bundesrates zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen (Expertenkommission «too big to fail» bzw. «Systemically Important Financial Institutions») gewesen ist. Am erfolgreichen Aufbau des Universitären Forschungsschwerpunkts (UFSP) «Finanzmarktregulierung» (ab 2013) hat er massgeblich mitgewirkt; weiterhin ist er als Mitglied des Leitungsgremiums im UFSP engagiert.

Bereits seit 1993 trägt HANS CASPAR VON DER CRONE als Mitglied des Herausgeberkollegiums der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) eine Mitverantwortung für die hohe wissenschaftliche Qualität dieser Zeitschrift; seit 2015 ist er nun Vorsitzender dieses Kollegiums. Grosse Bedeutung haben in diesem Kontext die seit 2002 sechsmal im Jahr erscheinenden Besprechungen wichtiger (Bundesgerichts-)Entscheide erlangt. Daneben ist HANS CASPAR VON DER CRONE weiterhin forensisch in der von ihm vor 20 Jahren gegründeten Anwaltskanzlei von der Crone Rechtsanwälte AG in Zürich aktiv und amtet darüber hinaus regelmässig als Schiedsrichter in nationalen und internationalen Verfahren.

Das wissenschaftliche Oeuvre von HANS CASPAR VON DER CRONE ist beeindruckend: Seine bevorzugten Tätigkeitsgebiete sind das Gesellschafts- und Firmenrecht, das Banken- und Kapitalmarktrecht, sowie das Vertragsrecht. Seine Schriften zeichnen sich durch wissenschaftliche Strenge, Offenheit gegenüber Neuem, dem Suchen nach überzeugenden Lösungen sowie grosse Praxisrelevanz aus.

Die Festschrift widerspiegelt diese breite wissenschaftliche Arbeiten des Jubilars: Schwerpunkte bilden das Gesellschaftsrecht und das Kapitalmarktrecht, doch fehlen auch die weiteren Rechtsgebiete nicht. Innerhalb der beiden Hauptteile ist die Festschrift nach Themen (z.B. Corporate Governance, Konzern, Verantwortlichkeit, Gesetzgebungsvorhaben) und von allgemeinen Überlegungen zu spezifischen Themenstellungen geordnet.

Über seine vielfältigen beruflichen Tätigkeiten hinaus zeigt sich der breite Horizont, über den HANS CASPAR VON DER CRONE verfügt, auch in seinen weiteren Interessen, neben der Freude am Reisen ins Ausland insbesondere in der Nähe zu kulturellen Ereignissen; die Stichworte Fotografie, Film und Theater sind ein Zeichen für seine diesbezüglichen Affinitäten.

Die Herausgeber hätten ohne mannigfaltige Unterstützung diese Festschrift nicht rechtzeitig erstellen können. OLIVIER BAUM hat das Projekt von Beginn weg bis zur Drucklegung umsichtig und mit grossem Einsatz betreut; bei der Organisation wurde er von FELIX BUFF, beim Lektorieren der Texte von LUCA ANGSTMANN und LINUS CATHOMAS unterstützt. Weiter hat BRIGITTE VON DER CRONE im Hintergrund wesentlich zur Realisierung des Projektes beigetragen. Zu Dank verpflichtet sind die Herausgeber auch dem Schulthess Verlag für die zuvorkommende und effiziente Zusammenarbeit.

Die Herausgeber und alle Mitwirkenden an der Festschrift wünschen HANS CASPAR VON DER CRONE von Herzen alles Gute für die kommenden Jahre. Die Freude an der weiteren Zusammenarbeit verbindet sich mit dem Wunsch, dass auch inskünftig weiterhin die privaten Interessen im Leben einen ausreichenden Platz einnehmen können.

ROLF H. WEBER

WALTER STOFFEL

JEAN-LUC CHENAUX

ROLF SETHE

# Inhaltsverzeichnis

## Teil I: Gesellschaftsrecht

### a) *Corporate Governance*

<b>From Profit to People and Planet: Rethinking the Purpose of the Corporation</b> .....	3
--	---

CHRISTINE KAUFMANN

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Staats- und Verwaltungsrecht, Völker- und Europarecht an der Universität Zürich

<b>Aktienrecht als «Lebenslüge» – Eine gesellschaftsrechtliche Meditation</b> .....	21
---	----

JEAN NICOLAS DRUEY

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St. Gallen

<b>Le représentant de l'Etat au conseil d'administration</b> .....	39
--	----

JEAN-LUC CHENAUX

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne, Kellerhals Carrard, Lausanne

FRÉDÉRIC ROCHAT

Dr. iur., LL.M., Avocat, Kellerhals Carrard, Lausanne

<b>Corporate Governance in Sanierungsfällen – Der Einfluss der Gläubiger: Chancen und Risiken</b> .....	65
---	----

URS SCHENKER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Walder Wyss, Zürich

<b>Revisionsstelle und «Corporate Governance»</b> .....	91
---	----

URS BERTSCHINGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Prager Dreifuss, Zürich

**Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung – Hundertmetersprint  
statt Hürdenlauf?** ..... 111

RETO HEIZMANN

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Europarecht an der Universität Zürich, Vizepräsident des Kantonsgerichts Schwyz

**Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter General-  
versammlungsbeschlüsse** ..... 131

CLAIRE HUGUENIN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich

BRUNO MAHLER

Stud. iur., Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

**b) Konzernrecht**

**Informationsversorgung im Konzern – Rechtliche Rahmenbe-  
dingungen für den Austausch von Finanzinformationen zwischen  
Mutter- und Tochtergesellschaft** ..... 153

CHRISTOPH B. BÜHLER

Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, Titularprofessor für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, böckli bühler partner, Basel

**«Anerkennung des Gruppeninteresses»: Initiativen der EU aus  
Schweizer Sicht** ..... 177

PETER BÖCKLI

Prof. Dr. iur., Advokat, em. Professor der Universität Basel, böckli bühler partner, Basel

**Unionskonzernrecht als *lex parsimoniae*** ..... 197

MARC AMSTUTZ

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Handels und Wirtschaftsrecht an der Universität Freiburg i.Ue.



*c) Verantwortlichkeitsrecht*

**Rechtsfolgen einer mangelhaften Delegation von Geschäftsführungsaufgaben in einer Verantwortlichkeitsklage** ..... 221

PETER R. ISLER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Gesellschafts- und Handelsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

MIRJAM VÖGELI

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey, Zürich

**Wie weiter nach der Mündigkeit im Verantwortlichkeitsrecht?** ..... 239

WALTER A. STOFFEL

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht und internationales Privatrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

**Ereignisse nach dem Bilanzstichtag** ..... 257

LUKAS GLANZMANN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Baker & McKenzie, Zürich

*d) Laufende und abgeschlossene Gesetzgebungsprojekte*

**Die «Lex Minder» – ein Schuss in den Ofen?** ..... 273

PETER FORSTMOSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

**Genehmigung und Offenlegung der Vergütung von gekündigten Mitgliedern der Geschäftsleitung börsenkotierter Unternehmen** ..... 297

ROLF WATTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Bär & Karrer, Zürich

KATJA ROTH PELLANDA

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Head of Corporate Law bei Novartis International, Basel

**Regulierungsfolgenabschätzung am Beispiel der «grossen»  
Aktienrechtsreform** ..... 313

DIETER GERICKE

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

NATASSIA GILI

MLaw, Homburger, Zürich

**Irrungen und Wirrungen der geplanten Revision des Handelsre-  
gisterrechts** ..... 337

PETER JUNG

Prof. Dr. iur., Maître en droit, Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

## **Teil II: Finanzmarktrecht**

### ***a) Finanzmarktregulierung***

**Banking Regulation and Financial Stability** ..... 359

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., Professor of Law and Finance at the University of Zurich

**Countercyclical Capital Buffers: A Regulatory Challenge** ..... 379

JEAN-CHARLES ROCHET

Prof. Ph.D., Professor of Banking at the University of Zurich

**Extraterritoriality in Financial Regulation** ..... 391

SUSAN EMMENEGGER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat- und Bankrecht an der Universität Bern

**Systemstabilität: Neue Herausforderungen durch die Digitalisie-  
rung der Geschäftsmodelle** ..... 405

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europa-  
recht an der Universität Zürich, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

<b>Technologie und Finanzmarktregulierung: Narrative von Interdependenz und Co-Evolution</b> .....	421
FRANCA CONTRATTO	
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Assistenzprofessorin für Finanzmarktrecht an der Universität Zürich	
<b>Die internationale Durchsetzung von Insolvenzmassnahmen bei Banken – eine Bestandsaufnahme</b> .....	441
RETO SCHILTKNECHT	
Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Leiter Internationales und Policy, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
DAVID BILLETER	
M.A. HSG, Rechtsanwalt, Specialist, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
<b>Servicegesellschaften – eine Antwort auf «Too-Big-To-Fail» bei Finanz- und Versicherungsgruppen?</b> .....	471
PETER CH. HSU	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bär & Karrer, Zürich	
<b>Neues Prospektrecht gemäss E-FIDLEG: Schnittstellen – Gereimtes und Ungereimtes – Verpasste Chancen</b> .....	495
RENÉ BÖSCH	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich	
<b>Neupositionierung der Selbstregulierung der Börse im FinfraG</b> .....	515
RODOLFO STRAUB	
Lic. iur., Head SIX Exchange Regulation, SIX Swiss Exchange, Zürich	
<b>Versicherungsaufsicht im Fürstentum Liechtenstein</b> .....	525
ANTON K. SCHNYDER	
Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, Ersatzrichter beim Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein	

***b) Zusammenspiel von Aufsichtsrecht & Privatrecht***

**Unternehmenskommunikation am Kapitalmarkt: Ein Balanceakt zwischen Reputation und Recht** ..... 535

DANIEL DAENIKER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Homburger, Zürich

**Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften** ..... 555

BENEDIKT MAURENBRECHER

Dr. iur., MBA, Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

**Die Bestimmung der Angemessenheit und der Geeignetheit von Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumenten** ..... 589

THORSTEN HENS

Prof. Dr. rer. oec., Ordinarius für Finanzmarktökonomie an der Universität Zürich

ROLF SETHE

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

**Haftung als Regulierungsinstrument im Finanzmarktrecht? – Am Beispiel der Ad-hoc-Publizität** ..... 619

DANIEL DEDEYAN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie und Methodenlehre an der Universität Zürich, Walder Wyss, Zürich

**Der arme Bankaktionär** ..... 637

PETER NOBEL

Prof. Dr. rer. publ., Rechtsanwalt, em. Professor ad personam für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em. Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich

**c) Übernahmerecht**

**Put-up or Shut-up (PUSU) ..... 657**

RUDOLF TSCHÄNI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich

**Unwiderrufliche Andienungsverpflichtungen («Irrevocables») und  
Vertragsfreiheit ..... 671**

DANIEL M. HÄUSERMANN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht  
an der Universität St. Gallen, Homburger, Zürich

**De la compatibilité des OPA obligatoires avec des conditions rele-  
vant du droit de la concurrence ..... 687**

HENRY PETER

Prof. Dr. iur., LL.M., Professeur ordinaire à l'Université de Genève

PASCAL BOVEY

Lic. iur., LL.M., Avocat, conseiller juridique de la Commission des OPA

**Le *squeeze-out* d'actionnaires lors d'une fusion et d'une offre pu-  
blique d'acquisition ..... 707**

OLIVIER HARI

Prof. Dr. iur., Avocat, Chaire de droit des sociétés et de l'entreprise, Université  
de Neuchâtel, Of Counsel, Schellenberg Wittmer, Genève/Zürich

**d) Steuerfragen**

**Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kunden-  
geldern – ein Update ..... 729**

CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT

PD Dr. iur., Rechtsanwältin, Privatdozentin für Zivil- und Zivilverfahrensrecht,  
Finanzmarktrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

**Unversteuerte Bankkundengelder – was tun?** ..... 743

URS ZULAUF

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Adjunct Professor Universität Genf und Cornell Law School, Head Client Tax Policy Credit Suisse Group, Zürich

URS ROHNER

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Chairman of the Board Credit Suisse Group, Zürich

ROMEO CERUTTI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, General Counsel Credit Suisse Group, Zürich

**Teil III: Weitere Rechtsgebiete**

**Zum Konsenserfordernis bei der *societas* – methodische Bemerkungen zu einem altbekannten Problem** ..... 767

ULRIKE BABUSIAUX

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

**Der Kooperationsvertrag (*in a nutshell*)** ..... 785

FLORENT THOUVENIN

Prof. Dr. iur., Extraordinarius für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich

**Verabsolutierte Abstraktheit oder relativierte Kausalität? – Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung** ..... 807

HARALD BÄRTSCHI

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Leiter der Fachstelle für Unternehmens- und Steuerrecht der ZHAW School of Management and Law, Winterthur, Bärtschi Rechtsanwälte, Wallisellen

**Fragen rund um die Beendigung von Vertriebsverträgen** ..... 827

PETER BRATSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

PASCAL RÜEDI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

***Mala futura, securitas* und «Spekulation»: Rechtskulturen des Risikos im historischen Wandel** ..... 845

ANDREAS THIER

Prof. Dr. iur., M.A., Ordinarius für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtstheorie und Privatrecht an der Universität Zürich

**Der «Nemo-tenetur-Grundsatz» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren** ..... 863

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

JASMINA SMOKVINA

Lic. iur., Rechtsanwältin, Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

**Six megatrends that shape the legal services industry – or remembering Andy Grove** ..... 879

PETER KURER

Dr. iur., LL.M., Partner bei der Private Equity Firma BLR und Verwaltungsratspräsident u.a. bei Sunrise

# Le représentant de l'Etat au conseil d'administration

JEAN-LUC CHENAUX/FRÉDÉRIC ROCHAT\*

I.	La délégation de tâches publiques à des entités externes à l'administration .....	40
II.	La délégation de représentants de l'Etat au sein du conseil d'administration de sociétés privées ou d'économie mixte .....	43
1.	L'opportunité de la délégation.....	43
2.	Les types de sociétés de droit privé .....	45
a)	Sociétés anonymes de pur droit privé .....	45
b)	Sociétés d'économie mixte .....	45
3.	Les catégories de représentants de l'Etat.....	46
III.	Devoirs des administrateurs au sein des sociétés anonymes de pur droit privé et des sociétés anonymes d'économie mixte.....	48
1.	Devoir de fidélité, pouvoir d'instruction et conflits d'intérêts.....	48
2.	Egalité de traitement et droit à l'information.....	50
3.	Responsabilité .....	52
4.	Représentation de l'Etat au sein de la haute direction des personnes morales: l'exemple du Canton de Vaud .....	55
IV.	Prévention, gestion et sanction des conflits d'intérêts .....	56
1.	Fondement et nature du conflit d'intérêts .....	56
2.	Types de conflits d'intérêts .....	58
3.	Intensité du conflit d'intérêts.....	59
4.	Gestion du conflit d'intérêts .....	60
5.	Sanctions du conflit d'intérêts .....	63
V.	Conclusion.....	63

Le Professeur HANS CASPAR VON DER CRONE a témoigné d'un intérêt constant pour les questions liées aux conflits d'intérêts auxquels font face les administrateurs de sociétés anonymes et les moyens de les appréhender juridiquement.<sup>1</sup>

---

\* Les auteurs tiennent à remercier vivement M. GUY BEROU, assistant à l'Université de Lausanne, pour son aide précieuse dans la mise au point du présent article.



Dans ce contexte, nous avons décidé de consacrer notre contribution en son hommage à la problématique spécifique des administrateurs qui représentent l'Etat dans les conseils d'administration de sociétés anonymes de droit privé. En raison de leur fonction au sein de l'Etat ou de leur relation à celui-ci, voire de l'influence qu'ils peuvent jouer dans les rouages de l'administration publique, ces administrateurs ont une position spéciale. Ils doivent se conformer à la fois à leur obligation de fidélité à l'égard de la société anonyme et aux objectifs étatiques qui leur ont été fixés et qui ont justifié leur désignation. Cette pluralité de maîtres à servir est par nature source de conflits d'intérêts.

Cet article est destiné à examiner dans quelle mesure le droit prend en compte le rôle spécifique de tels administrateurs, autrement dit s'ils jouissent d'un statut juridique différent de celui d'un administrateur ordinaire.

## **I. La délégation de tâches publiques à des entités externes à l'administration**

D'une manière générale, l'Etat peut déléguer des tâches qui lui sont dévolues à des entités externes à l'administration.<sup>2</sup> Il peut en aller ainsi notamment lorsque l'autonomie de l'entité apparaît nécessaire pour faciliter les processus décisionnels, accroître l'indépendance financière ou politique, faciliter des partenariats et alliances avec d'autres acteurs du secteur, voire assurer une responsabilité limitée de l'Etat.<sup>3</sup> Si l'activité constitue une tâche étatique au regard des dispositions constitutionnelles ou légales, la tâche demeure d'intérêt public, ce qui justifie le devoir de contrôle et de surveillance de l'Etat, voire la responsabilité de ce dernier.<sup>4</sup> Ce pilotage public s'exprime sous la forme d'objectifs stratégiques, qui se traduisent différemment selon le type d'entreprise. En effet, les entités externes à l'administration dans lesquelles l'Etat peut être amené à intervenir, par une prise de participations et/ou par la délégation

---

<sup>1</sup> V. not. HANS CASPAR VON DER CRONE, *Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht*, RSDA 75 (2003), 102 ss (cité «VON DER CRONE, Kontrolle»); HANS CASPAR VON DER CRONE, *Interessenkonflikte im Aktienrecht*, RSDA 66 (1994), 1 ss (cité «VON DER CRONE, Interessenkonflikte»).

<sup>2</sup> V. not. ANDREAS STÖCKLI, *Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen*, thèse Fribourg, Berne 2012, (cité «STÖCKLI, thèse»), 19 ss; MARTIN BRECHBÜHL, *La problématique de l'Etat actionnaire en Suisse*, in: Ohja (éd.), *Développements récents en droit commercial*, CEDICAC n° 89, Lausanne 2012, 107 ss.

<sup>3</sup> RAPHAËL MAHAIM, *L'Etat et les entreprises électriques: quel pilotage public dans un marché libéralisé?*, in: *Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique*, Association suisse du droit public de l'organisation, Berne 2008, 79 ss, spéc. 92. Pour une revue critique des différents arguments invoqués en faveur d'une délégation des tâches publiques à des entités de droit privé, STÖCKLI, thèse (n. 2), 91 ss.

<sup>4</sup> Au niveau fédéral, v. l'art. 19 LRCF.

tion d'un représentant au sein du conseil d'administration, revêtent des formes diverses.<sup>5</sup>

- L'Etat peut constituer, au moyen d'un acte législatif spécifique, des établissements de droit public décentralisés (jouissant ou non de la personnalité juridique) pouvant être définis comme des unités administratives dotées d'un ensemble de moyens (personnels et matériels) jouissant d'une certaine autonomie, affectée à un intérêt public spécial, qui se réalise par l'octroi de prestations aux administrés. Citons à titre d'exemples, au niveau fédéral, les écoles polytechniques fédérales, la FINMA et, au niveau cantonal (pour le canton de Vaud), l'Université de Lausanne, le CHUV et l'ECA.<sup>6</sup>
- L'Etat peut constituer, au moyen d'un acte législatif spécifique, une corporation de droit public (par exemple, sur le plan fédéral, Swisscom, la Poste, les CFF et la BNS et, sur le plan cantonal, notamment plusieurs banques cantonales).<sup>7</sup> L'article 763 CO prévoit que les cantons peuvent déroger, pour ces institutions, aux règles du CO si le canton dont elles émanent est subsidiairement responsable de leurs obligations.<sup>8</sup> Les dispositions législatives cantonales et fédérales instituant de telles corporations de droit public renvoient généralement, à titre de droit supplétif, aux articles 620 et suivants CO dans la mesure où les règles qu'elles instaurent n'y dérogent pas.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Pour un inventaire et une discussion des critères de choix, BRECHBÜHL (n. 2), 108 ss et 161 ss. V. aussi STÖCKLI, thèse (n. 2), 124 ss; PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in: Mélanges Dessemontet, CEDIDAC n° 80, Lausanne 2009, 17 ss, 18 s.; ISABELLE SALOMÉ, Corporate Governance et secteur public, RDS 122 (2003) I, 569 ss, 574 s.

<sup>6</sup> BRECHBÜHL (n. 2), 125. Au niveau fédéral: art. 1 al. 2, art. 2 et art. 5 al. 1 de la Loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales du 4 octobre 1991 (Loi sur les EPF; RS 414.110); art. 1 al. 1 et art. 4 de la Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA; RS 956.1). Au niveau cantonal (vaudois): art. 1 et 2 de la Loi sur l'Université de Lausanne du 6 juillet 2004 (LUL; RS-VD 414.11); art. 1 et 2 de la Loi sur les Hospices cantonaux du 16 novembre 1993 (LHC; RS-VD 810.11); art. 1 et 1a de la Loi concernant l'assurance des bâtiments et du mobilier contre l'incendie et les éléments naturels (LAIEN; RS-VD 963.41).

<sup>7</sup> Au niveau fédéral: art. 2 de la Loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997 (LET; RS 784.11); art. 2 de la Loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse du 17 décembre 2010 (LOP; RS 783.1); art. 2 de la Loi sur les Chemins de fer fédéraux du 20 mars 1998 (LCFF; RS 742.31); art. 1 de la Loi fédérale sur la Banque nationale suisse du 3 octobre 2003 (LBN; RS 951.11). Pour les banques cantonales, v. not. art. 1 de la Loi organisant la Banque Cantonale Vaudoise du 20 juin 1995 (LBCV; RS-VD 951.01); art. 1 de la Loi sur la Banque cantonale de Genève du 24 juin 1993 (LBCGe; RS-GE D 2 05). Cf. ég. STÖCKLI, thèse (n. 2), 143 ss.

<sup>8</sup> SALOMÉ (n. 5), 575.

<sup>9</sup> JULIEN MOUQUIN, Le rôle des administrateurs nommés par l'Etat dans la société anonyme de droit public, in: Dessemontet/Oberson/Thévenaz/Blanc (éd.), Aspects actuels du droit de la société

- L'Etat peut enfin participer au capital de sociétés de droit privé organisées conformément au Code des obligations, avec ou sans droit direct de désigner des représentants au conseil d'administration,<sup>10</sup> ce droit pouvant d'ailleurs être octroyé même lorsque l'Etat ne participe pas au capital.

La présente contribution a pour objet les problématiques liées à la participation de l'Etat à des entités de droit privé, soit le troisième et dernier cas de figure ci-dessus.

Par ailleurs, l'étude approfondie des conditions de droit public à la validité d'une telle délégation de tâches publiques par l'Etat en général dépasserait le cadre de cette contribution. Nous nous bornons à indiquer que l'Etat doit, dans son intervention, agir dans l'intérêt public en vertu d'une base légale<sup>11</sup> et respecter notamment l'égalité de traitement, l'interdiction de discrimination et la prohibition de l'arbitraire, ainsi que la neutralité concurrentielle à moins que l'intérêt public poursuivi ne justifie des restrictions proportionnées à ces principes constitutionnels.<sup>12</sup> L'Etat ne doit donc pas influencer les rapports de concurrence entre l'entreprise à laquelle il participe et les autres fournisseurs de produits ou de services dans le même domaine.<sup>13</sup>

Lorsque l'entité relève du droit privé, l'Etat ne peut en principe dicter sa stratégie de propriétaire qu'en utilisant les droits découlant de sa qualité de titulaire de la participation ou par la désignation de représentants dans les instances dirigeantes.<sup>14</sup> Dans la grande majorité des cas, le représentant siègera au conseil d'administration, pour participer aux choix stratégiques et exercer les droits de contrôle de l'activité, mais n'exercera pas de fonctions opérationnelles dans la société, étant généralement occupé à une autre tâche principale hors de la société.<sup>15</sup>

Notons enfin que l'Etat peut influencer l'exercice par un sujet de droit privé d'une tâche d'intérêt public en posant certaines exigences ou conditions à l'octroi de son autorisation ou d'une concession lorsque l'activité y est soumise.<sup>16</sup>

---

anonyme. Travaux réunis pour le 20<sup>ème</sup> anniversaire du CEDIDAC, CEDICAC n° 64, Lausanne 2005, 407 ss, 414 s. P. ex. art. 1 al. 2 LBCV.

<sup>10</sup> Pour une critique du bien-fondé de choisir un véhicule de droit privé pour mener à bien des tâches d'intérêt public, v. not. STÖCKLI, thèse (n. 2), 110 s.

<sup>11</sup> A ce sujet, BRECHBÜHL (n. 2), 126 ss.

<sup>12</sup> TOBIAS JAAG, Der Staat als Aktonär, in: FS Forstmoser, Zurich/Bâle/Genève 2003, 379 ss, 385.

<sup>13</sup> STÖCKLI, thèse (n. 2), 46.

<sup>14</sup> MAHAIM (n. 3), 108 ss.

<sup>15</sup> STÖCKLI, thèse (n. 2), 403.

<sup>16</sup> STÖCKLI, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, recht 2015, 111 ss (cité «STÖCKLI, recht»), 113; SALOMÉ (n. 5), 575.

## II. La délégation de représentants de l'Etat au sein du conseil d'administration de sociétés privées ou d'économie mixte

### 1. L'opportunité de la délégation

La question de la représentation des collectivités publiques au sein des conseils d'administration est largement débattue sur le plan national et international. Ainsi, dans son Rapport sur le gouvernement d'entreprise, le Conseil fédéral exprime dans un principe directeur (n°9) une certaine réserve dans le contrôle exercé par la désignation de représentants (membres du personnel fédéral ou tiers tenus par contrat de représenter les intérêts de la Confédération) au conseil d'administration d'entreprises autonomes:

*«La Confédération ne doit être représentée dans les conseils d'administration ou d'institut d'entités devenues autonomes par des personnes recevant des instructions que si ses intérêts ne peuvent pas être défendus adéquatement en l'absence de ces représentants ou si le profil d'exigences du conseil d'administration ou du conseil d'institut le requiert.»<sup>17</sup>*

La question de l'opportunité et des conditions auxquelles la collectivité publique peut déléguer des représentants au conseil d'administration a également été débattue au niveau cantonal, où les approches divergent: les cantons d'Argovie,<sup>18</sup> Bâle-Campagne,<sup>19</sup> Grisons,<sup>20</sup> Soleure,<sup>21</sup> Thurgovie<sup>22</sup> et du Valais<sup>23</sup> ont une approche restrictive à cet égard, tandis que les législations de Bâle-Ville,<sup>24</sup> Berne,<sup>25</sup> Zurich<sup>26</sup> et Vaud<sup>27</sup> adoptent une vision plus large.<sup>28</sup>

---

<sup>17</sup> Rapport du Conseil fédéral sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération (Rapport sur le gouvernement d'entreprise), FF 2006 7799, 7838.

<sup>18</sup> Ch. 18 al. 1 Richtlinien zur Public Corporate Governance du 18 septembre 2013 du Canton d'Argovie (PCG-Richtlinien).

<sup>19</sup> § 24 Verordnung über Controlling von Beteiligungen du 2 juin 2009 du Canton de Bâle-Campagne.

<sup>20</sup> Verordnung zur Umsetzung der Public Corporate Governance für den Kanton Graubünden du 21 décembre 2010 (RS-GR 710.400); Botschaft Heft Nr. 2 / 2014-2015 du Canton des Grisons, 47 ss, en particulier 49.

<sup>21</sup> § 7 al. 1 – 12.3 Richtlinien zur Public Corporate Governance – Chapitre 12 Beteiligungsstrategie du Canton de Soleure du 11 février 2010 (100210\_WoV\_Beteiligungsstrategie.odt).

<sup>22</sup> Cf. Titre 1. Regierungsrat Chapitre III. Richtlinien zur Public Corporate Governance (Standards) der Richtlinien zur Public Corporate Governance du Canton de Thurgovie du 11 mai 2010.

<sup>23</sup> Art. 10 al. 2 de la Loi sur les participations de l'Etat à des personnes morales et autres entités du Canton du Valais du 17 mars 2011 (RS-VS 170.3).

<sup>24</sup> § 23 Beteiligungsmanagement Basel-Stadt: Public Corporate Governance-Richtlinien du 23 avril 2015.

Les arguments en faveur d'une telle représentation peuvent être résumés comme il suit:<sup>29</sup>

- La participation d'une seule et même personne favorise les échanges d'information et d'expérience qui permettent à la société concernée et à la collectivité publique de mieux appréhender les attentes respectives, les tendances actuelles (tant du marché que des orientations politiques) ainsi que les effets (effectifs et probables) de leurs actions; cet avantage sera d'autant plus important que la personne déléguée disposera de connaissances spécifiques dans le domaine d'activité concerné, servant tant l'entreprise que la collectivité publique (rôle d'expert);
- L'Etat peut s'assurer que les buts d'utilité publique qui justifient sa participation au capital de l'entreprise sont pris en compte et les défendre par l'intermédiaire de son représentant;
- L'Etat se procure les informations nécessaires de manière directe, continue et spontanée sur les activités de l'entreprise.

Quant aux inconvénients d'une telle représentation, ils sont en substance les suivants:

- La double représentation crée des situations de conflits d'intérêts qu'il convient de gérer et qui peuvent limiter la gestion efficace et rapide de certains problèmes;
- L'autonomie souhaitée pour l'entreprise concernée se trouve menacée par l'influence qu'exerce la collectivité publique au travers de son représentant;
- Le traitement confidentiel des informations (et notamment des secrets d'affaires) confiées aux membres du conseil d'administration est difficile à assurer;
- La responsabilité de la collectivité publique (en particulier lorsqu'elle a la faculté de déléguer son(es) représentant(s) au conseil d'administration selon l'article 762 CO) est un facteur susceptible de ralentir la prise de décision, ou de limiter les prises de risques.

---

<sup>25</sup> Überprüfung der VKU-Grundsätze: Bericht über das Beteiligungscontrolling im Kanton Bern; Bericht des Regierungsrates du 24 octobre 2007; Überprüfung der VKU-Grundsätze: Bericht über das Beteiligungscontrolling im Kanton Bern Abschlussbericht an den Regierungsrat du 24 février 2010; Gesamtkonzept der Aufsicht und des Controllings gegenüber den kantonalen Beteiligungen, Unternehmen und Institutionen du Canton de Berne du 28 octobre 2015.

<sup>26</sup> Bericht über die Public Corporate Governance vom Regierungsrat verabschiedet du 29 janvier 2014, 4.

<sup>27</sup> Loi sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales du 17 mai 2005 (LPECPM; RS-VD 610.20).

<sup>28</sup> Pour un aperçu de ces législations cantonales (état courant 2010), v. STÖCKLI, thèse (n. 2), 664 ss.

<sup>29</sup> V. à ce sujet STÖCKLI, thèse (n. 2), 664 ss.

## 2. Les types de sociétés de droit privé

### a) Sociétés anonymes de pur droit privé

La société anonyme de pur droit privé est régie par les articles 620 et suivants CO. Son but statutaire ne fait en principe pas mention de l'intérêt public poursuivi et le mode d'élection des administrateurs repose sur une décision de l'assemblée générale prise, sauf dispositions contraires des statuts, à la majorité absolue des voix représentées (art. 698 al. 2 ch. 2 et 703 CO).

Lorsqu'il détient une participation dans une société anonyme de pur droit privé, l'Etat ne s'y voit conférer aucun droit privilégié. Le cas échéant, il dispose des droits d'information et de contrôle propres à chaque actionnaire.<sup>30</sup>

Lorsque l'Etat est représenté au conseil d'administration (en vertu de l'article 707 al. 3 CO), l'administrateur représentant l'Etat a les mêmes droits et obligations, et il est soumis à la même responsabilité personnelle (au sens de l'article 754 CO), que n'importe quel autre administrateur.<sup>31</sup>

### b) Sociétés d'économie mixte

Les autres entités sont des sociétés anonymes dites d'économie mixte,<sup>32</sup> qui sont soumises au droit privé, mais dont l'activité doit répondre à un intérêt public pour justifier l'intervention étatique.<sup>33</sup> Leurs statuts confèrent expressément à l'Etat (à savoir aux collectivités publiques de droit fédéral – la Confédération – ou de droit cantonal – cantons, communes<sup>34</sup>) le droit de déléguer un ou plusieurs représentants au sein du conseil d'administration (ou de désigner l'organe de révision) en vertu de l'article 762 CO, même si l'Etat n'est pas actionnaire.

Contrairement aux administrateurs élus par l'assemblée générale, la responsabilité des membres du conseil d'administration délégués par l'Etat en vertu de l'article 762 CO à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers est assumée par l'Etat, sous réserve de recours interne selon le droit cantonal applicable (art. 762 al. 4 CO).

---

<sup>30</sup> Cf. not. art. 696 CO: droit à la communication du rapport de gestion et de révision; art. 697 CO: droit de consultation et d'information; art. 697a CO: droit à l'institution d'un contrôle spécial; art. 702 al. 3 CO: droit à la consultation du procès-verbal.

<sup>31</sup> STÖCKLI, thèse (n. 2), 459.

<sup>32</sup> MAHAIM (n. 3), 109 *in fine*; THOMAS ALEXANDER STEININGER, *Interessenkonflikte des Verwaltungsrates*, thèse Zurich 2011 (= *Zürcher Studien zum Privatrecht* 238), 239 s.; MOUQUIN, (n. 9), 415 s.

<sup>33</sup> STEININGER (n. 32), 240; STÖCKLI, thèse, (n. 2), 178 s.; JAAG (n. 12), 385 ss, exige en outre une base légale expresse (v. aussi les références citées en note 27).

<sup>34</sup> STÖCKLI, thèse (n. 2), 176.

Hormis la question de la responsabilité, les administrateurs délégués par l'Etat en vertu de l'article 762 CO ont en principe les mêmes droits et obligations que ceux qui sont élus par l'assemblée générale (art. 762 al. 3 CO).<sup>35</sup> En particulier, les statuts ne peuvent pas octroyer à l'Etat des privilèges supplémentaires non prévus dans le CO.<sup>36</sup>

### 3. Les catégories de représentants de l'Etat

S'agissant des personnes que l'Etat peut déléguer au conseil d'administration d'une société privée ou d'économie mixte, plusieurs cas de figure sont envisageables. Ainsi, des magistrats, membres d'autorités supérieures des collectivités publiques (exécutif, législatif) peuvent se trouver délégués au conseil d'administration de certaines sociétés. Les mandats politiques et la nécessité de débattre et de communiquer largement rendent cette approche problématique, notamment au regard de l'exigence de confidentialité qui s'applique au corps déléguant, auquel le délégué doit rapporter.<sup>37</sup> Il est aussi possible que des fonctionnaires ou employés de l'Etat soient ainsi délégués. Ces personnes se trouveront dans un rapport de subordination à l'Etat, pour les premières en raison de leur devoir de fonction, pour les secondes du fait de l'obligation de fidélité à l'employeur, qui pourra se révéler problématique en cas de conflit entre l'intérêt de la société et les instructions reçues de l'Etat.<sup>38</sup> Enfin, les représentants de l'Etat peuvent être des tiers agissant sur mandat, qui sont alors tenus de se conformer aux instructions reçues en vertu de l'article 397 CO (ou d'un acte de mission de droit public) mais ne se trouvent pas formellement dans un rapport de subordination.<sup>39</sup>

La doctrine est partagée à cet égard.<sup>40</sup>

- Une ligne restrictive considère que la collectivité publique devrait renoncer à être représentée par des magistrats, des parlementaires ou des serviteurs de l'Etat soumis à un devoir de fonction.<sup>41</sup> Elle met notamment en évidence le risque d'autocontrôle, de violation du principe de séparation des pouvoirs ou de conflits d'intérêts qui peuvent naître notamment lorsque l'entreprise est sujette à surveillance, autorisation ou subventions d'un Etat actionnaire, régulateur et/ou client. A

---

<sup>35</sup> CR CO II-POLTIER, ad art. 762, n. 25; STEININGER (n. 32), 241; PETER FORSTMOSER/TOBIAS JAAG, *Der Staat als Aktionär*, Zurich 2000, 25. On relèvera que tel n'est pas le cas des administrateurs délégués au sein d'Hydro-Rhône SA, dont les statuts prévoient que les cantons concédants délèguent chacun un représentant au Conseil d'administration avec voix consultative seulement.

<sup>36</sup> STÖCKLI, thèse (n. 2), 283 et réf. cit. n. 1501.

<sup>37</sup> V. à ce sujet STÖCKLI, thèse (n. 2), 535 ss.

<sup>38</sup> Pour les fonctionnaires de la Confédération, v. STÖCKLI, thèse (n. 2), 444 s.

<sup>39</sup> CR CO I-WERRO ad art. 394 n. 3, 26 et 27; BSK OR I-WEBER, ad art. 394 n. 25 ss.

<sup>40</sup> V. la recension de STÖCKLI, thèse (n. 2), 673 ss.

<sup>41</sup> Cf. les auteurs cités par STÖCKLI, thèse (n. 2), 673 s.; réservée également, du moins pour les magistrats élus, FRANZISKA BUOB, *Interessenkonflikte und Haftungsrisiken des Staates als Aktionär*, AJP 18 (2009), 142 ss, spéc. 146.

cela s'ajoute que l'intérêt public à défendre n'est pas une notion uniforme: en présence de consolidation d'entreprises, elle peut revêtir des significations différentes selon la taille des collectivités publiques engagées.<sup>42</sup>

- Une tendance plus nuancée voit la nécessité de procéder au cas par cas à une pesée d'intérêts entre les désavantages précités et les avantages liés au pouvoir de contrôle et d'influence conférés par la représentation au conseil. Le risque est décrit comme moins élevé lorsque l'intérêt public est inscrit dans le but de la société et que l'activité apparaît clairement entrer dans la mission de l'Etat.<sup>43</sup>

Pour notre part, nous privilégions le choix de représentants hors de l'administration: cela permet d'éviter les risques de collision avec le devoir de fonction (y compris le secret de fonction) et d'offrir plus de latitude au représentant de poursuivre au premier chef les intérêts de la société;<sup>44</sup> cela limite aussi les risques liés à l'imputation à la société de la connaissance de faits confidentiels appris par un membre de l'administration dans l'exercice de ses fonctions.<sup>45</sup>

La Confédération, par exemple, a élaboré une convention modèle pour la délégation de ses représentants tiers (indépendants), qui prévoit en substance la tenue d'une discussion entre le représentant et l'autorité avant chaque séance du conseil d'administration, comprenant un échange d'informations au cours duquel le représentant est orienté sur les interventions politiques et les affaires administratives importantes pour la société. Le représentant peut exiger que lui soient délivrées des instructions écrites sur des questions importantes.<sup>46</sup>

Enfin, indépendamment du statut formel de la personne déléguée, ses compétences sont bien sûr un facteur essentiel pour la bonne exécution du mandat d'administrateur. Aus-

---

<sup>42</sup> MAHAIM (n. 3), 117 ss, citant le cas d'Alpiq.

<sup>43</sup> Cf. not. PETER FORSTMOSER/GEORG MÜLLER, Rechtsgutachten betreffend Fragen im Zusammenhang mit Kantonsvertretungen in Verwaltungs- und Stiftungsräten du 7 Juin 2007, disponible sur: <<http://www.fin.be.ch/fin/de/index/finanzen/finanzen/beteiligungen.assetref/dam/documents/FIN/GS/de/beteiligungen-rechtsgutachten-forstmoser-mueller.pdf>>.

<sup>44</sup> Dans le même sens, BRECHBÜHL (n. 2), 174. Egalement SALOMÉ (n. 5), 590: «la pratique, encore relativement répandue, consistant à désigner au sein de conseils d'administration des membres d'autorités ou des fonctionnaires de l'administration comme représentants des collectivités publiques actionnaires constitue une confusion malheureuse des rôles de chacun. A nos yeux, cette pratique se heurte tant à l'indépendance de l'administrateur qu'à celle du représentant de l'autorité, souvent appelé à exercer dans cette dernière fonction un pouvoir de contrôle, voire de sanction sur l'entreprise dont il participe à la gestion!».

<sup>45</sup> V. ci-dessus III.3.

<sup>46</sup> Rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009 complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2009 2299, 2308 s.



si la législation fédérale et celle de plusieurs cantons prévoient-elles l'établissement d'un profil de candidature ou des critères minimaux pour la sélection du représentant.<sup>47</sup>

### **III. Devoirs des administrateurs au sein des sociétés anonymes de pur droit privé et des sociétés anonymes d'économie mixte**

#### **1. Devoir de fidélité, pouvoir d'instruction et conflits d'intérêts**

Les membres du conseil d'administration de sociétés anonymes de pur droit privé et de sociétés anonymes d'économie mixte doivent exercer leurs attributions avec toute la diligence nécessaire, veiller fidèlement aux intérêts de la société et traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation (conformément à l'article 717 CO).

Le devoir de fidélité implique que, dans l'exercice de ses fonctions, le conseil d'administration doit agir dans le seul intérêt de la société. Chaque administrateur, en conduisant les affaires sociales, est ainsi tenu de favoriser l'intérêt de la société, au détriment de son propre intérêt, de celui de ses proches, de celui des actionnaires dont il est le représentant ou de celui de tiers. Il en découle également un devoir de conclure des contrats aux conditions du marché, une interdiction de faire concurrence à la société et une obligation de discrétion sur les affaires de la société. Lorsqu'un représentant de l'Etat au sein d'un conseil d'administration fait face à un conflit d'intérêts, il est tenu de privilégier les intérêts de la société plutôt que ceux de l'actionnaire qu'il représente et d'exécuter tous les actes qu'implique le but de la société.<sup>48</sup> En effet, même lorsque l'administrateur représente des catégories ou groupes d'actionnaires ou autres minorités, sa loyauté à l'égard de la société doit, dans tous les cas, demeurer au premier plan.<sup>49</sup>

Ce statut n'empêche pas l'actionnaire (ou dans le cadre de l'article 762 CO, la collectivité publique, même si elle n'est pas actionnaire) de confier contractuellement à l'administrateur fiduciaire des instructions relatives à la manière dont il doit agir au sein du conseil.<sup>50</sup> Un tel mandat trouve ses limites en cas de conflit d'intérêts, l'intérêt de la société devant l'emporter sur les obligations contractuelles de l'administrateur

---

<sup>47</sup> Art. 8j al. 2 OLOGA; pour le canton de Vaud, art. 8 et 9 LPECPM. V. ég. Section III.4 ci-dessous pour les critères fixés par le canton de Vaud.

<sup>48</sup> GUY MUSTAKI/LUCA URBEN, Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs, SJ 2014 II 109, 145 ss; SALOMÉ (n. 5), 585 ss; BRECHBÜHL (n. 2), 110, 115, 117; MOUQUIN (n. 9), 430; JAAG (n. 12), 395; FORSTMOSER/JAAG (n. 35), 37.

<sup>49</sup> MUSTAKI/URBEN (n. 48), 110 s.; MOUQUIN (n. 9), 429.

<sup>50</sup> Ainsi not. MAHAIM (n. 3), 110.

fiduciaire à l'égard de l'actionnaire fiduciaire,<sup>51</sup> soit en l'espèce à l'égard de la collectivité publique.

L'inclusion des tâches d'utilité publique dans le but statutaire,<sup>52</sup> lequel sert de référence pour définir les intérêts de la société que le conseil d'administration doit servir, permet dans une certaine mesure d'aligner l'intérêt de l'Etat à celui de la société.<sup>53</sup> Cela s'applique en particulier lorsque la poursuite de l'intérêt public n'est pas en parfaite adéquation avec d'autres buts de la société, par exemple la maximisation de la rentabilité ou du profit. La doctrine parle alors de principe du profit raisonnable (*Prinzip der angemessenen Gewinnerzielung*), où le but lucratif n'est pas supprimé mais se trouve nuancé par la poursuite d'autres buts dans l'intérêt public.<sup>54</sup>

Le devoir de fidélité impose-t-il à un fonctionnaire représentant l'Etat au conseil d'administration de révéler à la société des faits dont il a connaissance, mais qui sont couverts par le secret de fonction? En d'autres termes, le secret de fonction constitue-t-il un motif justificatif pour taire des éléments d'information importants pour la société que le devoir de fidélité exigerait de révéler? Par exemple, le chef du service des travaux publics siégeant au conseil d'administration d'une société de gestion d'un parc immobilier en zone industrielle peut-il passer sous silence l'existence de discussions politiques sérieuses et encore confidentielles visant à abandonner un important projet de développement dans cette zone? A tout le moins pour ce qui est des collectivités publiques de droit cantonal (cantons, communes), doit-on considérer que le principe de la force dérogatoire du droit fédéral exige que le secret de fonction ancré en droit cantonal cède le pas au devoir de fidélité découlant du CO? L'incertitude de la réponse à ces questions constitue à tout le moins un argument supplémentaire pour éviter autant que possible le choix de membres de l'administration comme représentants de l'Etat au conseil d'administration.

---

<sup>51</sup> HENRY PETER, L'administrateur fiduciaire, in: Ohja (éd.), *Développements de droit commercial*, CEDIDAC n° 89, Lausanne 2012, 1 ss, spéc. 6 et 12; CHRISTA SOMMER, *Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR*, thèse Zurich 2010, 247.

<sup>52</sup> Il est généralement admis que les tâches d'intérêt public doivent figurer dans le but statutaire de la société (ainsi STÖCKLI, thèse [n. 2], 319). STÖCKLI précise que, même en l'absence d'inclusion de l'intérêt public dans le but social, le conseil d'administration peut être habilité à prendre certaines mesures qui privilégient l'intérêt public visé par la collectivité publique actionnaire au détriment de la maximisation du profit lorsqu'il ressort des statuts que la société ne poursuit pas exclusivement un but financier, mais également des buts d'intérêt public (STÖCKLI, thèse [n. 2], 317 et recht [n. 16], 115).

<sup>53</sup> STÖCKLI, thèse (n. 2), 452, 473.

<sup>54</sup> STÖCKLI, thèse (n. 2), 319.

## 2. Egalité de traitement et droit à l'information

Les membres du conseil d'administration doivent également respecter le principe d'égalité de traitement entre les actionnaires. Or, des textes législatifs ou réglementaires fédéraux ou cantonaux<sup>55</sup> accordent un droit d'information privilégié à la collectivité publique.<sup>56</sup> Il en résulte un risque d'obligations contradictoires pour l'administrateur: alors que le devoir de fidélité contraint l'administrateur à la discrétion, une réglementation de droit public peut contraindre l'administrateur représentant à dévoiler des informations à l'Etat. Dans les sociétés dans lesquelles l'Etat n'est pas actionnaire unique, l'information privilégiée accordée à l'Etat peut poser un problème du point de vue de l'égalité de traitement entre actionnaires.

Il n'est pas forcément contraire au principe d'égalité de traitement de fournir des informations privilégiées à l'Etat, qui a souvent besoin d'informations spécifiques pour exercer les droits et obligations que lui confère la loi. En effet, le principe d'égalité de traitement est un principe relatif, en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que des différences de traitement puissent exister, à certaines conditions, entre différentes catégories d'actionnaires. Toutefois le traitement différencié devra être motivé par l'intérêt de la société, et être exercé de manière appropriée et proportionnée.<sup>57</sup> Même si l'octroi de certains privilèges à l'Etat en matière d'information peut engendrer une inégalité de traitement entre actionnaires, elle ne contrevient donc pas forcément à l'article 717 CO, pour autant que les principes précités soient respectés. Il est d'ailleurs généralement admis dans les sociétés anonymes dont les statuts confèrent à l'Etat un droit de délégation au sens de l'article 762 CO que le représentant de la collectivité au conseil d'administration puisse faire rapport à l'Etat; les personnes nanties de l'information sont alors liées par une stricte obligation de confidentialité,<sup>58</sup> qui implique également

---

<sup>55</sup> En vertu de la hiérarchie des normes, seule une loi fédérale peut prévoir des droits de l'Etat dérogeant aux principes impératifs du droit de la société anonyme; cette possibilité n'est pas ouverte aux ordonnances fédérales ni au droit cantonal. V. STÖCKLI, thèse (n. 2), 470.

<sup>56</sup> Pour un tour d'horizon de la législation cantonale en cette matière, STÖCKLI, thèse (n. 2), 477, n. 2349. Par exemple l'art. 15 LPECPM prévoit la transmission de rapports spécifiques à l'Etat par son représentant, portant notamment sur la mise en œuvre des objectifs stratégiques et financiers que l'Etat vise au moyen de sa participation, la mise en évidence des situations où les intérêts de l'Etat divergeraient de ceux de la personne morale, sur les activités du représentant, et sur la situation de la personne morale. L'art. 15 al. 4 LPECPM prévoit toutefois que les communications des représentants de l'Etat doivent avoir lieu dans le respect du droit impératif.

<sup>57</sup> SALOMÉ (n. 5), 578. BRECHBÜHL (n. 2), 132, se montre réservé sur l'octroi d'un droit accru de l'Etat à l'information lorsque celui-ci est actionnaire minoritaire.

<sup>58</sup> MUSTAKI/URBEN (n. 48), 146; SALOMÉ (n. 5), 578 s; BRECHBÜHL (n. 2), 115 et 118; STÖCKLI, thèse (n. 2), 482 ss. SOMMER (n. 51), 252 s, est partisan d'une approche plus stricte de l'obligation de confidentialité et n'estime pas légitime d'octroyer à l'Etat un privilège à cet égard, même dans le cas de sociétés fondées sur l'art. 762 CO.

l'interdiction pour l'Etat d'utiliser ces informations.<sup>59</sup> Il convient au surplus que l'administrateur de plusieurs sociétés prêle attention à son devoir de préserver les informations confidentielles de chacune des sociétés qu'il administre, en gardant à l'esprit notamment que les secrets commerciaux sont protégés par le droit pénal (art. 162 CP).

Le principe d'égalité de traitement étant plus strict dans le cadre du droit boursier que dans le droit de la société anonyme, il conviendra de faire preuve d'une prudence accrue s'agissant de la transmission d'informations concernant une société cotée en bourse. Une telle transmission à l'Etat devrait en particulier se limiter aux seules informations absolument nécessaires à l'exercice de ses tâches, sans utilisation desdites informations sur le marché, et pour autant que le cercle des bénéficiaires de l'information au sein de la collectivité publique, qui devront être liés par une clause de confidentialité, soit restreint de manière adéquate.<sup>60</sup>

La question se pose de savoir si les statuts peuvent prévoir expressément un droit accru à l'information au bénéfice de l'Etat, notamment dans les sociétés d'économie mixte. A notre sens, par la délégation de représentants, l'article 762 CO consacre implicitement un droit de l'Etat d'être informé, dans les limites décrites ci-dessus. Dès lors, par souci de clarté, ce droit devrait pouvoir être concrétisé dans une clause statutaire explicite, qui pourrait ainsi fixer les modalités plus précises de ce droit à l'information.

En outre, si le représentant de l'Etat au conseil d'administration d'une société d'économie mixte se voit déléguer au conseil d'administration d'une filiale, société de pur droit privé, il convient de s'interroger sur l'étendue du droit d'information de l'Etat. Le représentant de l'Etat siège au conseil de la filiale en qualité de représentant de la société-mère (art. 707 al. 3 CO) et non plus en qualité de représentant de l'Etat au sens de l'article 762 CO. La responsabilité de l'Etat ne s'applique donc pas pour les dommages que ce représentant peut causer dans l'exercice de ses prérogatives d'administrateur de la filiale. Dans ces circonstances, est-il admissible que l'Etat dispose d'informations privilégiées, voire puisse donner des instructions spécifiques, concernant la filiale? Lorsque la filiale est détenue à 100% par la société d'économie mixte, cette dernière jouit d'un droit étendu à l'information.<sup>61</sup> Or ces informations sont révélées au conseil d'administration de la société-mère, dont le représentant de l'Etat fait également partie. Dans ces conditions, il nous paraît que le représentant peut informer l'Etat des activités des filiales dans la même mesure et aux mêmes conditions

---

<sup>59</sup> STÖCKLI, thèse (n. 2), 484 ad n. 2363.

<sup>60</sup> BRECHBÜHL (n. 2), 132 ss, spéc. 135.

<sup>61</sup> MATHIEU BLANC, Corporate Governance dans les groupes de sociétés: De l'organisation équilibrée des organes dirigeants dans les groupes de sociétés - Etude de droit suisse avec de larges références aux droits allemand et américain, Zurich 2010, 376 ss.

qu'il peut informer l'Etat des activités de la société-mère, pour autant toutefois que ces informations soient connues du conseil d'administration de cette dernière.

### 3. Responsabilité

Lorsque l'Etat émet des instructions à l'intention de ses représentants et que ces instructions sont concrètement suivies, il exerce une influence déterminante sur la gestion des affaires de la société à la manière d'un organe (par exemple en se réservant un droit d'approbation de décision d'importance stratégique faisant partie des compétences inaliénables du conseil d'administration) et court dès lors le risque d'être tenu pour responsable de dommages potentiellement causés à des tiers en qualité d'organe de fait.<sup>62</sup> Ce risque a d'ailleurs été explicitement identifié dans le rapport explicatif de l'administration fédérale des finances concernant le Rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprises.<sup>63</sup>

Le risque pratique d'une telle qualification pour l'Etat mérite toutefois d'être nuancé:

- Dans les sociétés d'économie mixte, l'article 762 alinéa 4 CO prévoit de toute manière la responsabilité primaire de l'Etat pour les dommages causés par ses représentants dans l'exercice de leur fonction d'administrateur; la qualification d'organe de fait ne représente donc à notre sens pas pour la collectivité publique un risque supplémentaire significatif.<sup>64</sup>
- Le droit fédéral prévoit la responsabilité subsidiaire de la Confédération pour les dommages causés sans droit par des organes ou employés d'une institution indépendante de l'administration ordinaire chargée par la Confédération d'exécuter des tâches de droit public.<sup>65</sup> En matière cantonale, la responsabilité de la collectivité publique est réglée de manière diverse,<sup>66</sup> certains cantons (dont le canton de Vaud)<sup>67</sup> prévoyant une solution semblable à celle de la Confédération;
- Le risque d'une violation de ses devoirs par l'administrateur délégué en raison de la poursuite d'intérêts publics contraires à l'intérêt financier de la société peut être

---

<sup>62</sup> Pour une analyse des conditions de la responsabilité de l'Etat actionnaire comme organe de fait, v. not. BÖCKLI/BÜHLER (n. 5), 23 ss. V. aussi FORSTMOSER/JAAG (n. 35), 50 ss; STÖCKLI, recht (n. 16), 123.

<sup>63</sup> Rapport explicatif de l'Administration fédérale des finances concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise du 13 septembre 2006, 20 n. 60.

<sup>64</sup> Du même avis STÖCKLI, recht (n. 16), 117 et 122.

<sup>65</sup> Art. 19 LRFC; v. STÖCKLI, thèse (n. 2), 509 et les réf. cit. en n. 2452; STÖCKLI, recht (n. 16), 119; JAAG (n. 12), 390.

<sup>66</sup> Pour un aperçu de certaines solutions cantonales, v. STÖCKLI, thèse (n. 2), 512 s. et recht (n. 16), 121, ad n. 82 à 84.

<sup>67</sup> Art. 3 al. 1 ch. 13 et 4 de la loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA).

réduit si le but statutaire de la société comprend l'exercice des tâches d'utilité publique.<sup>68</sup>

En revanche, un élément souvent négligé vient accroître les risques de responsabilité, tant pour l'Etat que pour la société, en cas de représentation de l'Etat (ou de toute autre personne morale selon l'article 707 al. 3 CO) au sein du conseil d'administration: la société, personne morale agissant par ses organes conformément à l'article 55 CC, est réputée avoir connaissance des faits connus de ses administrateurs.<sup>69</sup> Cette imputation de la connaissance (*Wissensvertretung*) intervient indépendamment des pouvoirs de représentation (individuels ou collectifs) du membre concerné; selon certains auteurs, elle s'applique notamment si les faits ont été appris à l'occasion d'un mandat d'organe d'une autre personne morale,<sup>70</sup> tandis que d'autres, dont le Professeur VON DER CRONE, restreignent l'imputation à la personne morale aux seuls faits dont l'organe a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.<sup>71</sup>

La jurisprudence a certes tempéré l'application absolue de ce principe, retenant que l'imputation de la connaissance de l'organe à la personne morale

*«doit intervenir seulement pour ce qui est connu de l'organe qui est au moins saisi de l'affaire, ou alors lorsque les informations acquises par un*

---

<sup>68</sup> Ainsi STÖCKLI, thèse (n. 2), 516. V. le principe du profit raisonnable (*Prinzip der angemessenen Gewinnerzielung*) ci-dessus 47 ad n. 52.

<sup>69</sup> BK-RIEMER, ad art. 55 CC n. 47. Selon le Tribunal fédéral, une personne morale doit se laisser imputer, en relation avec un acte juridique conclu par plusieurs de ses organes, la connaissance que ces organes avaient ou auraient dû avoir. Le TF retient que les organes sont réputés connaître les faits que d'autres organes auraient dû lui communiquer selon les règles de la bonne foi (arrêt 4C.26/2000 du 6 septembre 2000, c. 2.c aa).

<sup>70</sup> BK-RIEMER, ad art. 55 CC n. 49; HAN-LIN CHOU, *Wissen und Vergessen bei juristischen Personen*, thèse Bâle 2002. SANDRO ABEGGLEN, *Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen*, Bern 2004, 190, expose que la connaissance de faits par une personne organe de plusieurs personnes morales s'appréhende sous l'angle de l'organisation adéquate: il convient de se demander si, au vu des tâches qui lui sont imparties, l'organe qui détient l'information devait objectivement la transmettre au sein de la personne morale. Enfin, pour PETER BÖCKLI, *Schweizerisches Aktienrecht*, 4<sup>ème</sup> éd., 2009, § 11 n. 328, la direction du groupe a un devoir d'information envers le conseil d'administration d'une société filiale.

<sup>71</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE, *Aktienrecht*, Zurich 2014 (cité «VON DER CRONE, Aktienrecht»), § 4, n. 268-269. L'auteur se réfère à ROLF WATTER (BSK OR II-WATTER, ad art. 718 n. 35), qui tire de la jurisprudence fédérale l'exigence d'un lien fonctionnel entre l'information disponible au sein de l'«organisation» et la connaissance imputable à l'organe. Il faut relever toutefois que cette restriction n'est pas toujours retenue par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui a parfois imputé à la société la connaissance d'un fait dont l'administrateur, impliqué dans le processus décisionnel, avait eu connaissance en dehors du cadre de la société (cf. not. arrêt cité en n. 69).

*organe n'ont pas été transmises à un autre organe en raison d'un défaut d'organisation de la société»<sup>72</sup>.*

Le Tribunal Fédéral a toutefois retenu une application large de l'imputation de la connaissance d'un membre à un organe collégial:

*«En particulier, lorsqu'une personne ayant qualité d'organe acquiert la connaissance de certains faits, cette connaissance devient – en principe – opposable à la personne morale; cela s'applique en tout cas au sein d'un organe collégial tel que la Municipalité, où la connaissance acquise par l'un de ses membres est censée partagée par tous»<sup>73,74</sup>.*

A notre avis, la connaissance par un représentant de l'Etat de faits importants pour l'activité de la société pourrait être imputée à la société, même s'ils n'ont pas été révélés au conseil d'administration. Dans un tel cas, la société peut se trouver confrontée à des prétentions de partenaires contractuels (p.ex. pour violation d'un devoir de fidélité ou d'information), voire de tiers (pour actes illicites selon la nature des faits en cause) pour avoir omis de prendre en considération ces faits qu'elle était censée connaître par le mécanisme d'imputation de l'article 55 CC.

Inversement, la connaissance acquise par le même représentant dans l'exercice de ses prérogatives d'administrateur de la société sera imputée à la collectivité publique, s'il en est un organe. Par exemple, à l'ATF 124 III 418 cité ci-dessus (c. 1), le Tribunal fédéral considéré que la connaissance de certains faits par un membre de la Municipalité de Lausanne, directeur des services industriels, était imputable à la Municipalité dans son ensemble et, partant, opposable à la commune de Lausanne en tant que personne morale (de droit public).

On peut naturellement s'interroger sur l'imputation à la société de la connaissance de faits que l'administrateur représentant l'Etat ne révèle pas en raison du secret de fonction qui le lie. La société est-elle censée connaître même ce qui ne doit pas lui être révélé? Admettre une imputation de la connaissance dans un tel cas nous paraît exces-

---

<sup>72</sup> TF, arrêt 2C\_1082/2013 du 14 janvier 2015 et réf. cit. V. aussi CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2<sup>ème</sup> éd., Zürich 2008, chapitre XII, n. 122. Selon PETER JUNG (ZK-JUNG, ad art. 620 OR n. 255), l'imputation de la connaissance se rattache à l'obligation de la personne morale de disposer d'une organisation adéquate; cette obligation impose notamment au détenteur d'une information de la transmettre à ceux dont il peut objectivement reconnaître qu'ils en ont besoin.

<sup>73</sup> ATF 124 III 418, c. 1b.

<sup>74</sup> PIERRE TERCIER/ROLF H. WEBER, Schweizerisches Privatrecht II/4, Einleitung und Personenrecht, Bâle 1998, 175: «Eine Durchbrechung des Prinzips der Wissensvertretung darf jedenfalls nicht dazu führen, dass einzelne Organe sich ermächtigt fühlen, gewisse Informationen nicht an die übrigen Organe weiterzuleiten, insbesondere wenn es sich um qualitativ eher ungünstige Informationen handelt [...]».

sif, même si, s'agissant d'entités de droit cantonal, le principe de la force dérogatoire du droit fédéral pourrait soutenir une telle conclusion.<sup>75</sup>

Enfin, lorsque l'Etat endosse une responsabilité primaire pour les actes de ses représentants au conseil d'administration (comme le prévoit notamment l'article 762 al. 4 CO), l'administrateur ainsi délégué voit son risque de responsabilité personnelle drastiquement diminuer. L'éventuelle action récursoire de l'Etat est d'autant plus improbable que la responsabilité aurait par hypothèse été engagée en raison de la défense des intérêts de l'Etat au détriment de ceux de la société. Dans de tels cas, il est à craindre que la quasi impunité ne diminue le soin avec lequel l'administrateur concerné s'acquittera de ses devoirs envers la société.

#### **4. Représentation de l'Etat au sein de la haute direction des personnes morales: l'exemple du Canton de Vaud**

Afin de pouvoir communiquer aux représentants de l'Etat les objectifs stratégiques et financiers visés par l'Etat au travers de ses participations, la Loi vaudoise sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales du 17 mai 2005 (LPECPM) prévoit l'établissement d'une lettre de mission ou d'un avenant au cahier des charges, qui a pour but de préciser les relations entre l'Etat et son représentant. La Directive d'exécution N° 23 sur les Participations personnelles du 1er janvier 2007 (Directive sur les Participations personnelles), émise par le Secrétariat général du Département des finances, prévoit également que les relations entre l'Etat et ses représentants sont précisées dans une lettre de mission écrite ou dans un avenant à leur cahier des charges.

De telles lettres de mission ou avenants doivent se limiter à orienter l'administrateur représentant l'Etat, tout en lui laissant l'indépendance nécessaire pour remplir ses devoirs envers la société. En effet, ainsi que le rappelle l'exposé des motifs de la LPECPM,<sup>76</sup> la stratégie de propriétaire de l'Etat

*«ne doit pas interférer avec les attributions des organes de la personne morale, qui sont responsables d'élaborer la stratégie de l'entreprise et de la gérer. Sauf disposition légale ou statutaire contraire, l'Etat ne donnera aucune instruction à ses représentants dans les organes de l'entreprise, qui puisse interférer avec les attributions de ces organes».*<sup>77</sup>

Selon la LPECPM, le Conseil d'Etat décide de la représentation de l'Etat au sein des personnes morales, dans le respect des dispositions applicables à ces dernières. Le

---

<sup>75</sup> V. ci-dessous, III.2.

<sup>76</sup> Cité par BRECHBÜHL (n. 2), 149.

<sup>77</sup> Ces principes sont en harmonie avec les principes dégagés au niveau fédéral (cf. supra, 41 ad n. 17).



Conseil d'Etat, sur proposition du département concerné, désigne et révoque les représentants de l'Etat au sein de la haute direction des personnes morales (art. 5 et 7 LPECPM).

Les représentants de l'Etat doivent en principe remplir les conditions générales d'engagement par l'administration cantonale vaudoise et doivent être choisis en fonction de leurs compétences et expériences professionnelles (le département concerné devant établir en collaboration avec la personne morale une liste de compétences et connaissances nécessaires), de leur disponibilité et de l'absence de conflits d'intérêts (art. 8 et 9 LPECPM; art. 4.1 de la Directive sur les Participations personnelles).

La LPECPM n'exclut pas la désignation de membres de l'administration au sein du conseil d'administration des participations de l'Etat. Une telle proposition d'exclure tout membre de l'administration figurait dans le projet de loi soumis à consultation, mais a été écartée dans la version définitive.<sup>78</sup> D'autres lois cantonales sont plus restrictives dans la représentation au sein de conseils d'administration par des magistrats ou des fonctionnaires du canton, en la limitant aux cas exceptionnels ou commandés par l'importance de l'intérêt public.<sup>79</sup>

## **IV. Prévention, gestion et sanction des conflits d'intérêts**

Le représentant désigné par l'Etat peut être exposé à un conflit d'intérêts qu'il soit ou non magistrat, parlementaire ou fonctionnaire de l'administration. La question se pose dès lors de savoir comment ce conflit doit être prévenu, identifié et traité. Elle n'est pas propre aux participations de l'Etat mais à toute société, cotée en bourse ou non.

### **1. Fondement et nature du conflit d'intérêts**

En l'état du droit positif suisse, le conflit d'intérêts n'est ni défini ni réglementé sur le plan légal. Il est toutefois communément admis par la doctrine et la jurisprudence que le devoir de fidélité imposé aux administrateurs par l'article 717 CO leur commande d'agir dans le seul intérêt de la société et de s'abstenir de tout acte préjudiciable à cette dernière.<sup>80</sup> Ce devoir trouve notamment application en présence d'une situation dans laquelle l'intérêt de l'administrateur peut être touché par une affaire qui concerne la société.

---

<sup>78</sup> STÖCKLI, thèse (n. 2), 669 et note 3146.

<sup>79</sup> V. not. les lois des Cantons d'Argovie, de Bâle-Campagne, des Grisons et de Soleure citées ci-dessus n. 18, 19, 20 et 21.

<sup>80</sup> V. not. RITA TRIGO TRINDADE, Le devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts, SJ 121 (1999) II 385 ss; MICHAEL LAZOPOULOS, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, thèse Zurich 2004, spéc. 39 ss; STEININGER (n. 32), 53 ss; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 109 ss, spéc. 110.

La notion de conflit d'intérêts échappe à toute définition exhaustive tant les hypothèses qu'elle recouvre sont nombreuses et présentent des caractéristiques différentes. De manière générale, elle qualifie une situation dans laquelle un administrateur est «*confronté à des intérêts différents de la société qui peuvent compromettre son objectivité dans l'exercice de ses fonctions*». <sup>81</sup> La loi n'exige toutefois pas de l'administrateur, à la différence de l'organe de révision, qu'il soit neutre et indépendant de tout intérêt particulier. <sup>82</sup>

Certes, dans le cadre du débat sur le gouvernement d'entreprise est apparue ces dernières années la notion d'administrateur indépendant. Cette notion doit être distinguée de celle de l'administrateur exposé à un conflit d'intérêts. Issue de l'autorégulation, elle tend à organiser au sein du conseil un équilibre des pouvoirs par la représentation majoritaire au sein du conseil ou de ses comités, d'administrateurs qui n'aient pas de liens trop étroits avec le management, un actionnaire majoritaire ou un partenaire important. <sup>83</sup> En Suisse, il s'agit en l'état d'une bonne pratique dont la mise en œuvre est recommandée en particulier par le Code Suisse de Bonne Pratique, adopté en 2002 par EconomieSuisse. <sup>84</sup>

Quand bien même la fixation de critères d'indépendance au sein du conseil participe des mesures générales de prévention des conflits d'intérêts, il n'existe aucune exigence d'indépendance objective de l'administrateur en droit positif de la société anonyme: l'actionnaire majoritaire peut élire la personne de son choix. Le code des obligations contient d'ailleurs lui-même les dispositions examinées ci-dessus qui prévoient expressément la représentation de personnes morales, d'actionnaires minoritaires ou de collectivités publiques. <sup>85</sup> Le droit suisse admet ainsi qu'un administrateur agisse à titre fiduciaire et, partant, qu'il soit mandaté pour préserver les intérêts du fiduciaire au sein du conseil où il siège. <sup>86</sup> Relevons seulement à cet égard que certaines entreprises de conseil en matière de vote (*proxy advisors*) estiment que les représentants de l'Etat au conseil d'administration ne sont pas indépendants. <sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> Ainsi MUSTAKI/URBEN (n. 48), 142.

<sup>82</sup> PETER BÖCKLI, *Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-RO, GesKR 2012*, 354 ss, spéc. 363.

<sup>83</sup> BÖCKLI (n. 82), 361 s.; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 112 s.

<sup>84</sup> EconomieSuisse, *Code suisse de Bonne Pratique pour le gouvernement d'entreprise du 26 septembre 2014*, ch. 12 et 14.

<sup>85</sup> Cf. art. 707 al. 3, 709 et 762 CO.

<sup>86</sup> PETER (n. 51), 7.

<sup>87</sup> Ainsi ISS, *Summary Proxy Voting Guidelines, 2015 Benchmark Policy Recommendations* publiées le 22 décembre 2014 (disponibles sur le site internet [www.issgovernance.com](http://www.issgovernance.com)), 7 s. et 12.

## 2. Types de conflits d'intérêts

La typologie des conflits d'intérêts est riche et il existe plusieurs formes de classification.<sup>88</sup>

- On peut distinguer les conflits de type structurel (notamment la fixation par le conseil de sa rémunération) des conflits ponctuels.<sup>89</sup>
- On peut aussi tenir compte de la nature des risques encourus par la société pour distinguer les transactions entre la société et ses dirigeants ainsi que les opérations apparentées, les transactions conduisant à l'appropriation par les dirigeants de biens de la société ou d'opportunités d'affaires (*corporate opportunities*) de la société, les délits d'initiés, la concurrence entre la société et ses dirigeants, la violation du devoir de confidentialité ou encore le contrôle sur la société.<sup>90</sup>
- Un conflit d'intérêts manifeste est constitué par les opérations dites pour propre compte (*«Insichgeschäfte»*), dans lesquels la société court le risque de conclure un contrat qui soit sans intérêt pour elle ou qui ne reflète pas les conditions du marché.<sup>91</sup>
- Ce risque est analogue en cas de double représentation, soit lorsqu'un ou plusieurs membres du conseil d'administration, qui représentent la société dans le cadre de la conclusion d'une affaire, agissent simultanément, dans le cadre de la même affaire, en qualité de représentant pour le compte d'une autre personne.<sup>92</sup>
- Plus généralement, le conflit peut simplement naître d'autres circonstances de nature à compromettre l'objectivité du dirigeant, notamment de la situation où l'administrateur *«entretient des rapports étroits avec un tiers qui entre en affaires avec la société»*<sup>93</sup>.

Comme déjà évoqué, la délégation par l'Etat de représentants au conseil d'administration d'une société privée présente un conflit d'intérêts inhérent au fait que l'administrateur désigné par la collectivité publique est tenu à la fois de privilégier les intérêts de l'entreprise et de se soumettre aux instructions ou à des devoirs, par hypo-

---

<sup>88</sup> On trouve une large casuistique dans les ouvrages précités de LAZOPOULOS (n. 80) et STEININGER (n. 32). Cf. Ég. GION GIGER, *Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht – Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften*, thèse Zurich 2003, 346; ANSGAR SCHOTT, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, thèse Zurich/Bâle/Genève 2002.

<sup>89</sup> VON DER CRONE, *Aktienrecht* (n. 71), § 4, n. 268-269.

<sup>90</sup> V. not. à ce sujet TRIGO TRINDADE (n. 80), 393 ss; CR CO II-PETER/CAVADINI, ad art. 717 n. 12.

<sup>91</sup> SCHOTT (n. 88), 195 ss; BÖCKLI (n. 82), 355 ss; VON DER CRONE, *Kontrolle* (n. 1), 103.

<sup>92</sup> BÖCKLI (n. 82), 355; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 144.

<sup>93</sup> Message relatif au projet de révision du Code des obligations du 28 novembre 2014 (ci-après: Message p-CO 2014), 131; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 144.

thèse divergents, qui résultent du mandat, voire des instructions, de la législation ou des règlements émanant de la collectivité publique. Ce double réseau d'obligations – «*doppelter Plichtennexus*» – peut exposer l'administrateur à des conflits de loyauté ou de confidentialité.<sup>94</sup> Nous avons déjà exposé que l'intérêt de la société prime et que l'administrateur ne peut pas prendre de décision qui soit contraire aux intérêts de la société. Toutefois, la notion d'intérêt de la société est une notion juridique indéterminée devant être concrétisée au cas par cas, laissant ainsi une marge d'appréciation.

Il est généralement admis que l'administrateur qui représente un actionnaire (ou un administrateur délégué par l'Etat selon l'article 762 CO) est habilité à défendre les intérêts de celui qu'il représente, dans les limites de ce pouvoir d'appréciation (c'est-à-dire pour autant que sa position ne soit pas en claire opposition à l'intérêt de la société).<sup>95</sup> Dans ce contexte, la définition dans les statuts de la société des intérêts publics qu'elle doit poursuivre permettra au représentant de l'Etat de défendre plus aisément le point de vue de la collectivité publique sans qu'on puisse lui reprocher une violation de son devoir de fidélité.<sup>96</sup>

Nous relevons d'ailleurs que la notion d'intérêt public est interprétée à travers le prisme de la vision politique de celui qui le poursuit. Cette interprétation peut donc changer de manière importante au gré des élections ou des majorités. Par exemple, l'intensité du soutien qu'une société ferroviaire privée accordera pour le maintien de lignes déficitaires pourra varier en fonction des tendances politiques, de même que l'appétit d'une société de distribution d'énergie à s'approvisionner en électricité de provenance nucléaire ou fossile.

Enfin, l'Etat peut inciter une entreprise qu'il contrôle à soutenir certains projets – notamment par un investissement au capital ou la fourniture de prestations peu voire pas rentables – qui revêtent une importance stratégique pour l'Etat lui-même, alors que l'intérêt de la société à de tels projets n'apparaît pas clairement.

### 3. Intensité du conflit d'intérêts

Le conflit d'intérêts peut varier dans son intensité et dans sa durée. La doctrine distingue à cet égard les conflits d'intérêts fondamentaux ou sérieux des simples «*frictions*», «*tangences*» ou divergence d'intérêts.<sup>97</sup> Pour apprécier la nature du conflit, il

---

<sup>94</sup> PETER (n. 51), 12 ss; FORSTMOSER/JAAG (n. 35), 38; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 145-146, considèrent que la problématique du devoir de confidentialité relève davantage du traitement différencié des actionnaires que du conflit d'intérêts.

<sup>95</sup> FORSTMOSER/JAAG (n. 35), 38 s.

<sup>96</sup> FORSTMOSER/JAAG (n. 35), 40 s.

<sup>97</sup> GIGER (n. 88), 346 ss; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 142 s.

convient avant tout de déterminer si les intérêts en présence sont ou non diamétralement opposés.

Le conflit sera ainsi patent si l'administrateur représente la contrepartie de la transaction: son intérêt réside alors dans la fixation du prix le plus favorable pour lui.

L'intensité du conflit sera aussi présumée sérieuse si l'administrateur est soumis à des obligations contradictoires à l'égard du fiduciaire, s'il peut faire bénéficier ce dernier d'avantages économiques au détriment des autres actionnaires, s'il est exposé pour d'autres motifs à une pression psychologique ou économique importante, voire encore s'il a vendu sa voix à un tiers.<sup>98</sup>

La gradation dans la gravité du conflit ou sa permanence a un impact sur la gestion du conflit par l'intéressé et par le conseil dans son ensemble.

#### 4. Gestion du conflit d'intérêts

En l'état du droit positif, la gestion des conflits d'intérêts n'est pas réglementée. Selon les recommandations du Code suisse de bonnes pratiques d'EconomieSuisse (ch. 16), «*si un conflit d'intérêts surgit, le membre concerné du conseil ou de la direction en informe le président du conseil d'administration*». Après avoir apprécié l'intensité du conflit, le président doit saisir le conseil d'administration pour qu'il prenne une décision qui tienne compte de la gravité du conflit d'intérêts.

Dans le contexte de l'actuelle révision du Code des obligations, le Conseil fédéral rappelle dans son message explicatif qu'en vertu de l'obligation de fidélité, «*les membres du conseil d'administration et de la direction sont tenus d'éviter, dans la mesure du possible, l'apparition de conflit d'intérêts*». «*Le conseil d'administration doit donc adopter des procédures claires et participer activement à la résolution des conflits*».<sup>99</sup> Le projet de révision du code des obligations consacre les principes d'autorégulation en introduisant un nouvel article 717a dont le parlement a déjà approuvé la teneur:<sup>100</sup>

1. Les membres du conseil d'administration qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts en informent le président du conseil d'administration sans retard et de manière complète. Le président informe au besoin le conseil d'administration.
2. Si le président se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, il en informe les autres membres du conseil d'administration ou le vice-président. Ce dernier informe au besoin le conseil d'administration.

---

<sup>98</sup> BÖCKLI (n. 82), 364 s.; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 142 s.

<sup>99</sup> Message p-CO 2014, 131.

<sup>100</sup> BO CE 2009 706; BÖCKLI (n. 82), 365.

3. Le conseil d'administration, le président ou le vice-président adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société. La personne concernée doit se récuser lors de la décision relative à ces mesures.

Compte tenu de l'avancement des travaux de révision du droit de la société anonyme et de la pratique analogue bien établie sur le plan de la *soft law* (bonnes pratiques de gouvernance), la procédure d'identification et de gestion des conflits d'intérêts devrait d'ores et déjà se dérouler de la manière suivante:<sup>101</sup>

1. En premier lieu, l'intéressé qui se sait exposé à un conflit d'intérêts, de manière concrète ou apparente, doit en informer sans retard et complètement le président du conseil d'administration. S'il est représentant de l'Etat, il ne saurait dès lors se limiter à en informer l'Etat ainsi que le prévoient les termes des avenants et des lettres de mission. L'identification du risque doit émaner de l'intéressé, mais elle peut également résulter d'une requête d'un autre membre en vertu de son devoir de diligence. Il n'appartient pas à l'intéressé, ni à l'Etat s'il en est le représentant, de juger seul de la portée du conflit au sein de la société. Pour être complète, l'information devra permettre d'apprécier à la fois la nature et l'intensité du conflit. Le cas échéant, l'intéressé devra requérir l'autorisation de révéler une information couverte par le secret de fonction; s'il n'obtient pas la levée de ce secret, il devrait à notre avis se récuser spontanément, sans indiquer les motifs de sa démarche.
2. Il incombe au président du conseil d'administration d'analyser le conflit d'intérêts. Il peut renoncer à informer le conseil s'il juge le conflit inexistant ou non sérieux. S'il est d'avis que le conflit appelle des mesures, il saisit le conseil pour l'informer du conflit et des mesures proposées en application du principe de proportionnalité. Le président peut également décider de se limiter à informer le conseil de la situation sans proposer d'autres mesures spécifiques.
3. Le conseil d'administration décide in corpore des mesures proposées. L'intéressé doit être entendu préalablement.

La nature des mesures adoptées par le conseil d'administration dépendra de l'intensité du conflit et de sa durée. Diverses mesures sont envisageables selon la gradation du risque lié au conflit identifié:<sup>102</sup>

1. En présence d'une simple friction d'intérêts, soit en l'absence d'intérêts contradictoires, une simple information du conseil pourra apparaître suffisante pour garantir le bon fonctionnement de la formation de sa volonté. Cette condition peut d'ailleurs déjà résulter de l'information qui devrait, selon nous, être donnée en début de mandat par les administrateurs de leurs liens d'intérêts.

---

<sup>101</sup> BÖCKLI (n. 82), 365 ss; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 146 ss.

<sup>102</sup> BÖCKLI (n. 82), 367 ss; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 148 ss.

2. En présence d'opérations pour propre compte ou en cas de double représentation, la validité de la transaction peut être «guérie» par la ratification d'un (ou de plusieurs) autre(s) administrateur(s) disposant à la fois, au regard des statuts et du règlement d'organisation, des pouvoirs internes et externes (soit des pouvoirs de représentation) nécessaires à la conclusion de l'acte en cause. Si l'ensemble des administrateurs sont concernés par le conflit d'intérêts, il devra être fait appel à un expert externe («*fairness opinion*») lorsque la transaction ne repose pas sur un prix de marché ou qu'elle ne peut être ratifiée par l'assemblée générale.<sup>103</sup> Il faut souligner que l'expertise ne permettra en principe de valider que le prix de la transaction, mais ni sa conformité à l'intérêt social, ni son opportunité ou encore l'opportunité de son timing.
3. En présence d'un conflit concret et important, le conseil pourra décider d'exclure l'intéressé des débats et/ou du vote. Il est discuté de savoir si la participation de l'intéressé aux débats peut se justifier pour bénéficier de ses connaissances. Il paraît prudent de l'éviter afin que le conseil ne prenne pas de décision en se fondant sur l'opinion affectée par le conflit identifié.<sup>104</sup>
4. Si plusieurs membres sont exposés au conflit, le conseil peut décider de former un comité indépendant, composé des membres non touchés. Le pouvoir décisionnel de ce comité ne sera possible que dans le cercle des compétences qui ne sont pas réservées au conseil d'administration in corpore (soit des compétences intransmissibles au sens de l'article 716a al. 1 CO).
5. Des mesures plus extrêmes tendant à l'exclusion de l'intéressé de toutes les phases de formation de la volonté du conseil, ainsi que des mesures de protection de l'information devront être adoptées en présence d'un conflit sérieux. Si le conflit se révèle permanent, la demande de démission ou de révocation par l'assemblée générale (qui n'est pas possible en cas de désignation de l'administrateur selon l'article 762 CO) devra être envisagée.

En outre, une saine gestion du conflit d'intérêts exige à notre avis également que le représentant de l'Etat, s'il en est le magistrat, le fonctionnaire ou l'employé, soit écarté de la chaîne décisionnelle au sein de son administration lorsque la société fait l'objet d'une procédure ou sollicite une décision étatique. Ce devoir d'abstention permet d'éviter naturellement les risques de favoritisme (soit d'inégalité de traitement) de la société concernée, de même qu'elle libère les autres membres du conseil d'administration de la société de la crainte de représailles de l'autorité contre la société si l'avis de son représentant n'est pas suivi.

---

<sup>103</sup> BÖCKLI (n. 82), 356; cf. CR CO II-PETER/CAVADINI, ad art. 717, n. 12 (i), réservés, qui observent que l'assemblée générale ne saurait prendre de décisions qui relèvent de la gestion de la société.

<sup>104</sup> Cf. BÖCKLI (n. 82), 368.

## 5. Sanctions du conflit d'intérêts

Même s'il agit à titre fiduciaire, l'administrateur doit en toute hypothèse privilégier l'intérêt de la société sur son intérêt propre et les autres intérêts qu'il représente. A défaut, le droit suisse prévoit des sanctions civiles et pénales.<sup>105</sup> Au premier chef, la société ne sera pas liée par des contrats sans intérêt pour elle, notamment lorsqu'ils ont été conclus pour propre compte ou dans le contexte d'une double représentation et qu'ils n'ont pas été «guéris».<sup>106</sup> La violation du devoir de fidélité peut aussi fonder une action en responsabilité (au sens de l'article 754 CO) contre tout membre du conseil qui n'aurait pas satisfait à ses obligations (décrites ci-dessus).<sup>107,108</sup> La violation du devoir de diligence de l'administrateur devrait même être présumée en cas de conflit d'intérêts selon une partie de la doctrine.<sup>109</sup>

Enfin, si le conflit d'intérêts a conduit à un versement indu aux dirigeants ou à leurs proches, le code des obligations offre à la société et ses actionnaires, à certaines conditions, une action en restitution des prestations versées (art. 678 CO).<sup>110</sup>

## V. Conclusion

Les droits et les devoirs d'un administrateur représentant la collectivité publique ne sont pas fondamentalement différents de ceux d'un administrateur ordinaire. Il convient toutefois de réserver certaines particularités:

- L'administrateur représentant l'Etat a une latitude plus importante pour rendre compte de son activité à la collectivité publique qui le délègue, surtout si le but statutaire mentionne expressément les objectifs d'utilité publique, voire si les statuts autorisent expressément une information accrue de la collectivité publique.

---

<sup>105</sup> Pour un panorama général, STEININGER (n. 32), 263 ss.

<sup>106</sup> SCHOTT (n. 88), 113 ss; TRIGO TRINDADE, (n. 80), 408.

<sup>107</sup> TRIGO TRINDADE (n. 80), 408 ss; LAZOPOULOS (n. 80), 157 ss; STEININGER (n. 32), 270 ss; MUSTAKI/URBEN (n. 48), 158.

<sup>108</sup> Sous réserve d'une action dirigée directement contre l'Etat fondée sur une norme de responsabilité spéciale (p. ex. l'art. 19 LRFC qui prévoit la responsabilité de la Confédération pour les dommages causés sans droit par, notamment, «une institution indépendante de l'administration ordinaire qui est chargée d'exécuter des tâches de droit public par la Confédération»). V. not. STÖCKLI, thèse (n. 2), 508 ss.

<sup>109</sup> VON DER CRONE, Aktienrecht (n. 89), § 4, n. 271 ss. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a procédé à un examen libre (et non restreint) de l'opportunité d'une transaction opérée en situation de conflit d'intérêts, sans toutefois admettre de présomption de violation du devoir de diligence (arrêt 4A\_219/2015 du 8 septembre 2015, c. 4.2.2). V. à ce sujet LINO HAENNI, La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme, thèse Neuchâtel à paraître, 39, n. 93.

<sup>110</sup> Sur les conditions de l'action, v. CR CO II- CHENAUX, ad art. 678 CO n. 1 ss.



- La position de l'administrateur représentant d'un tiers est par essence génératrice de conflits d'intérêts, mais ce potentiel de conflit se trouve exacerbé lorsque l'Etat assume vis-à-vis de la société un rôle de surveillance, de contrôle, de fixation de tarifs ou de partenaire contractuel; le risque de «représailles», réel ou ressenti, peut alors influencer les votes des autres membres du conseil d'administration.
- La fixation du but d'utilité publique dans les statuts permet de justifier certaines actions dérogeant au principe de recherche du profit, de divulguer l'information plus largement à l'Etat actionnaire et de permettre au représentant de ce dernier de se conformer avec plus de sécurité aux instructions qu'il reçoit de la collectivité publique. L'interprétation de ce but est néanmoins sujette à des variations au gré de l'évolution et des forces respectives des courants politiques, au détriment d'une certaine sécurité du droit.
- Les informations connues de l'administrateur représentant l'Etat mais couvertes par un secret de fonction, et donc non communiquées à la société, risquent d'être réputées connues par cette dernière en vertu du mécanisme d'imputation de la connaissance des organes de l'article 55 CC, engageant ainsi potentiellement la responsabilité de la société pour n'avoir pas agi en tenant compte de fait qu'elle ne connaissait pas (voire qu'elle n'avait pas le droit de connaître).
- A l'inverse, l'Etat court le risque de se voir imputer la connaissance de faits que son représentant aura appris dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur.
- La délégation par l'Etat de magistrats, de fonctionnaires ou d'employés de l'Etat pose des difficultés (notamment s'agissant du secret de fonction, de l'obligation de suivre des instructions, du risque d'autocontrôle et de la nécessité de retirer la personne concernée des procédures décisionnelles étatiques) qui justifient à notre sens de privilégier le recours à des représentants externes à l'administration, jouissant d'une liberté et d'une indépendance plus importante.

L'administrateur représentant l'Etat revêt ainsi un statut particulier qui tient à la mission d'intérêt public qui lui est confiée et à l'exclusion de sa responsabilité personnelle, sous réserve de l'action récursoire.