

WilhelmGilliéron

AVOCATS

DROIT DES SOCIÉTÉS

L'avocat en droit des sociétés – comment éviter le piège du conflit d'intérêt ?



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 13 mai 2024

L'avocat en droit des sociétés - comment éviter le piège du conflit d'intérêt ?

L'avocat actif en [droit des sociétés](#) ne se doit pas seulement d'être compétent dans son domaine et d'agir avec diligence et efficacité pour son client. Il doit également se garder de tomber dans une situation de conflit d'intérêts.

En droit des sociétés, ce risque est fréquent car les parties et les intérêts en cause sont nombreux. Dans un même dossier, l'avocat peut en effet être confrontés aux différents intérêts de la société, d'un actionnaire majoritaire, d'un actionnaire minoritaire, de plusieurs actionnaires, d'un investisseur, d'un employé ou d'un créancier. La question est de savoir s'il peut continuer à le faire lorsque les intérêts de ces différents parties prenantes divergent. La question est complexe et varie grandement suivant les cas d'espèces. Il n'est donc pas question dans cette modeste contribution de vouloir épuiser cette problématique, mais de présenter la solution que vient de donner une récente jurisprudence du Tribunal fédéral à une situation relativement fréquente pour les avocats en droit des sociétés, celle où l'avocat est à la fois l'avocat de la société et de l'actionnaire majoritaire.

Il est communément admis que l'avocat qui accepte en premier lieu d'être mandaté pour défendre les intérêts de la société ne saurait ensuite également agir pour l'un ou l'autre des actionnaires lorsque les intérêts de ceux-ci s'opposent et cela même si ceux de la société ne sont pas directement mis en cause dans ce conflit.

Ainsi, selon cette conception prudente de la gestion des conflits d'intérêts, l'avocat de la société ne saurait ensuite agir pour l'actionnaire majoritaire qui s'oppose aux prétentions ou aux actions du ou des actionnaires minoritaires. De même, l'avocat qui conseille l'actionnaire majoritaire ne saurait également conseiller ensuite la société dans une augmentation de capital dont la validité

ou même l'opportunité est remise en cause par un actionnaire majoritaire. S'il le fait, l'avocat peut alors se trouver « piégé » et être amené à se démettre de son mandat, tant pour l'actionnaire majoritaire que pour la société, obligeant ceux-ci à trouver deux nouveaux avocats et à en supporter les coûts en conséquence. La question de l'existence d'un conflit d'intérêt est ainsi devenue une arme redoutable pour décourager même les parties les plus motivées.

Dans une récente jurisprudence (jugement du 12 décembre 2023 – 2C_865/2022), la deuxième cour de droit public du Tribunal fédéral est toutefois venue mettre un peu de nuance dans de telles situations.

Le TF a tout d'abord rappelé les principes de base suivants qui prévalent en la matière :

1. En vertu de l'article 12 let. c de la loi fédérale sur la profession d'avocats (LLCA), le devoir de loyauté de l'avocat l'oblige à éviter les conflits d'intérêts. Il s'agit d'une règle cardinale de la profession d'avocat.
2. Il résulte notamment de cette disposition légale l'interdiction de la double représentation : l'avocat ne doit pas représenter dans un même litige des parties ayant des intérêts opposés, car il ne pourrait alors s'engager pleinement ni pour l'un ni pour l'autre client.
3. La simple possibilité abstraite de l'apparition d'intérêts contradictoires ne suffit toutefois pas pour conclure à une représentation illicite ; il est plutôt exigé un risque concret de conflit d'intérêts résultant de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.
4. Une double représentation illicite ne doit pas nécessairement concerner la même procédure formelle ou d'éventuelles procédures accessoires qui y sont obligatoirement liées. S'il existe un lien matériel entre deux procédures, l'avocat enfreint alors l'art. 12 let. c LLCA s'il représente dans celles-ci des clients dont les intérêts ne sont pas alignés.

Dans son arrêt du 12 décembre 2023, le Tribunal fédéral est allé plus loin et a jugé que lorsqu'un avocat représente à la fois les intérêts d'un ou de plusieurs actionnaires majoritaires et ceux de la société, il n'existe pas automatiquement une situation de conflit d'intérêts car les intérêts de ces parties peuvent être convergents.

Ainsi, dans cette affaire, devant déterminer si les actes menés par un avocat, au nom de la société et représentant également les intérêts des actionnaires majoritaires, ayant conduit à la résiliation du contrat de travail de l'actionnaire minoritaire et sa révocation du conseil d'administration, notre Haute Cour a confirmé que s'il est vrai que les intérêts de la société ne coïncident pas toujours avec ceux de l'actionnaire majoritaire, il n'existe cependant pas encore forcément et nécessairement dans cette configuration de risque de conflit d'intérêts concret, mais seulement la possibilité théorique de l'apparition de situations d'intérêts contradictoires.

Dans cette affaire, les juges de Mon-Repos ont jugé que l'actionnaire minoritaire évincé n'avait pas rapporté la preuve de l'existence concrète d'un risque de conflit d'intérêts entre la société et les actionnaires majoritaires dans l'exécution du mandat de leur avocat commun.

Reprenant les arguments de l'actionnaire minoritaire évincé et recourant, le Tribunal fédéral a enfoncé le clou en jugeant (traduction libre de l'allemand) :

« La remarque du recourant selon laquelle la société n'est pas le bras armé des actionnaires majoritaires n'y change rien. Même un conflit d'actionnaires avec un actionnaire minoritaire n'entraîne pas en soi un risque de conflit d'intérêts concret entre les actionnaires majoritaires et la société. En ce qui concerne le potentiel de profit de la société, les actionnaires majoritaires et la société ont en général le même intérêt. Par conséquent, dans la mesure où le recourant fait valoir que son licenciement immédiat injustifié a considérablement mis en péril le potentiel de chiffre d'affaires et de bénéfice de la société, cela ne suffit pas à démontrer le risque d'un conflit d'intérêts concret entre les parties représentées par l'avocat dénoncé ».

Cet arrêt permet de déterminer qu'il n'y a pas de généralités en matière de litiges concernant les conflits d'intérêts. Chaque situation est particulière. Le risque d'un conflit d'intérêt doit s'apprécier au regard du cas d'espèce et du risque concret de la situation. Il ne suffit donc pas de brandir la menace d'un conflit d'intérêt pour disqualifier l'action d'un avocat. Le risque pour chaque avocat est toutefois lourd. Persister dans une situation de conflit peut se révéler dangereux pour l'avocat et cuisant pour ses clients. L'avocat marche sur des œufs. La prudence s'impose.

Source : <https://www.wg-avocats.ch/actualites/lavocat-en-droit-des-societes-comment-eviter-le-piege-du-conflit-dinteret/>