UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Master 2013

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Quels conflits d'intérêts sont-ils constitutifs de gestion déloyale (art. 158 CP) ?

Deuel, Michael

How to cite

DEUEL, Michael. Quels conflits d'intérêts sont-ils constitutifs de gestion déloyale (art. 158 CP) ? Master, 2013.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:30534

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Mémoire de Master en Droit de l'Université de Genève

Quels conflits d'intérêts sont-ils constitutifs de gestion déloyale (art. 158 CP) ?

Dans le cadre du séminaire « Obligation de loyauté, fiduciary duties et conflits d'intérêts »

Sous la direction de Luc Thévenoz
Professeur à l'Université de Genève

Version finale du 27 mai 2013

Présenté par

Michael Deuel
langue maternelle : allemand

Michael Deuel, Rorschacherstr. 17, 9000 St. Gallen
No d'étudiant : 07-606-361
deuelmi7@etu.unige.ch
Tel : +4179 758 65 26

Table de matières

Table de matières I

Index des Abréviations IV

I. Introduction 1

II. Gestion déloyale selon l'art. 158 CP 2

A. Infraction de gestion déloyale selon l'art. 158 CP 2

1. Utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion 2
   a. Aspect objectif 2
      i. Auteur 2
         (1) Gestion de fortune 3
         (2) Surveillance de la gestion 4
         (3) Gestion d'affaires sans mandat 4
      ii. Devoirs de gérer et de veiller 4
      iii. Déloyauté 4
      iv. Atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui 5
      v. Lien de causalité 6
   b. Aspect subjectif 6
   c. Circonstance aggravante 6
2. Abus du pouvoir de représentation 7
   a. Aspect objectif 7
      i. Auteur 7
      ii. Représentation 7
         (1) Représentation selon les art. 32 ss. CO 7
         (2) Autres formes de représentation 8
      iii. Dommage 9
   b. Aspect subjectif 9
      i. Intention 9
      ii. Dessein d'enrichissement illégitime 9

B. Concours 9

1. Rapport entre l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion et l'abus du pouvoir de représentation 10
2. Abus de confiance selon l'art. 138 CP 10
3. Escroquerie selon l'art. 146 CP 10
4. Conclusion 11

C. Droit comparé 11

1. Situation en Allemagne 11
2. Situation en France 11
3. Situation en Angleterre 12

III Conflits d'intérêts 12
A. Introduction aux conflits d'intérêts 12
1. Intérêts divers 12
2. Situations pathologiques 13
a. Direction du conflit 13
b. Intensité d'intérêts 14
c. Collision de devoirs 14
d. Conclusion 14
3. L'intérêt de la société 14
B. Différents types 15
1. Contrat avec soi-même et les opérations apparentées 16
a. En général 16
b. Rémunération des administrateurs 16
2. Administrateur fiduciaire 17
a. Légalité de l'administrateur fiduciaire 17
b. Conflit d'intérêts 18
3. Exploitation d'informations d'initiés 19
4. Concurrence entre la société et ses dirigeants 19

IV. Pertinence pénale des conflits d'intérêts en vertu de la gestion déloyale (art. 158 CP) 20
A. Contrat avec soi-même 20
1. Auteur 20
2. Comportement illicite 21
3. Dommage 21
4. Intention 21
5. Dessein d'enrichissement illégitime 22
6. Abus du pouvoir de représentation selon le ch. 2 22
7. Concours avec l'abus de confiance selon l'art. 138 ch. 1 CP 22
8. Conclusion 23
B. Rémunération des administrateurs 23
1. Auteur 23
2. Comportement illicite 23
3. Dommage 24
4. Intention 24
5. Dessein d'enrichissement illégitime 24
6. Conclusion 25
C. Administrateur fiduciaire 25
1. Auteur 25
2. Comportement illicite, dommage 25
3. Aspect subjectif 25
a. Intention 25
b. Dessein d'enrichissement illégitime 26

D. Concurrence entre la société et ses dirigeants et corporate opportunities 26
1. Comportement illicite..... 26
2. Dommage 26
3. Lien de causalité 27
4. Consentement 27
E. Synthèse.....27

V. Conclusion.....28

Bibliographie V

Jurisprudence X

Bordereau des matériaux..... XI

Index des Abréviations

AktG	Aktiengesetz, Lois allemande sur les actions
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BBl	Bundesblatt, voir FF
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, Code civil allemand
BGH	Bundesgerichtshof allemand
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cit.	cité
cit.	cité
CO	Code suisse des obligations (RS 220)
consid.	considération
CP	Code pénal suisse (RS 311)
CP-F	Code pénal français
CR	Commentaire romand
D-StGB	Deutsches Strafgesetzbuch, Code pénal allemand
éd.	édition
édit	éditeur/éditeurs
FF	Feuille fédérale
FS	Festschrift
JdT	Journal des Tribunaux
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1)
N	numéro marginal
nbp	numéro en bas de page
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
PJA	Pratique juridique actuelle
RPS	Revue pénale suisse
RSDA	Revue suisse du droit des affaires
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, aujourd'hui : RSDA
SJ	Semaine judiciaire
StGB	Strafgesetzbuch, voir CP
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral
th.	thèse
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. Introduction

Les personnes morales sont toujours administrées par des êtres humains, car elles n'ont pas de possibilités d'interagir elles-mêmes. Les administrateurs ont souvent un intérêt à la prospérité de la société représentée, parce que leur profit personnel est souvent lié à la qualité de leur tâche. Toutefois, l'intérêt d'un gestionnaire n'est jamais identique à celui de la société. Parfois les intérêts sont même diamétralement opposés. Cette divergence constitue la problématique du conflit d'intérêts.

Dans ce mémoire, la question « Quels conflits d'intérêts sont-ils constitutifs de gestion déloyale (art. 158 CP) ? » est traité. L'aspect intéressant de ce thème, c'est de réunir deux sphères du droit, qui sont largement séparées dans la doctrine et la jurisprudence. Ce sont le droit privé et le droit pénal. En matière des *white-collar crimes,* et particulièrement la gestion déloyale, les deux domaines interagissent, car c'est toujours un devoir du droit privé qui détermine le comportement illicite de ladite infraction.

Pour réunir les deux mondes du droit d'une manière structurée, le droit pénal sera traité seul dans la première partie. Là, les deux infractions de gestion déloyale sont séparées dans l'infraction de base au ch. 1 et l'infraction d'abus du pouvoir de représentation au ch. 2. Les éléments constitutifs de chacune sont établis en détail.

Le droit civil est prépondérant dans la deuxième partie. La problématique de conflit d'intérêts y est examinée d'une manière descriptive et de suite des différents types sont présentés surtout à l'égard du conseil d'administration de la SA. La responsabilité civile ne fait pas partie de ce mémoire, c'est plutôt la condamnation pénale qui attire notre attention.

Enfin, une synthèse est établie, en appliquant les différents types de conflit d'intérêts aux éléments constitutifs de l'infraction de gestion déloyale selon l'art. 158 CP. Par contre, il faut prendre en considération, qu'une condamnation pénale n'est possible qu'en prenant en compte tous les aspects d'un cas particulier, c'est pourquoi l'exposé des différents types à un caractère théorique. Les éléments typiques sont examinés dans les problématiques pénales.

La punissabilité de l'entreprise ne sera pas discutée dans ce mémoire, car les personnes physiques gérant deux intérêts différents est ce qui nous intéresse. En outre, les conflits d'intérêts hors de la société anonyme ne sont qu'à peine discutés. L'auteur de la gestion déloyale est largement à la mesure des directeurs d'une société, c'est pourquoi ils sont les plus pertinents.

II. Gestion déloyale selon l'art. 158 CP

La gestion déloyale est une infraction du droit pénal économique, qui a un champ d'application très vaste. Le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, exige des dispositions, qu'elles soient précises et claires[1]. Selon Honsell, ce principe est violé par l'art. 158 CP, parce que le comportement pénalisé n'est pas défini dans le code pénal, mais découle de principes incertains[2]. C'est la jurisprudence et la doctrine qui ont alors établi une interprétation de la gestion déloyale.

A. Infraction de gestion déloyale selon l'art. 158 CP

La gestion déloyale contient deux différentes infractions : l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion selon le ch. 1 (*Treubruchstatbestand*) et l'abus de pouvoir de représentation selon le ch. 2 (*Missbrauchstatbestand*)[3]. Cette différenciation a pris effet en 1995 avec l'entrée en vigueur de la révision des infractions contre le patrimoine[4].

1. Utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion

La doctrine francophone n'a pas établi une notion unitaire pour l'infraction du ch. 1. Hurtado Pozo parle de « l'infraction de base »[5], Corboz le nomme « la gestion déloyale au sens strict »[6] et le message utilise l'expression de « l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion »[7]. La doctrine germanophone a suivi la notion du message en allemand du Conseil fédéral en la nommant *Treubruchstatbestand*[8]. Ici, la notion du message en français, « utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion » est utilisée, parce qu'elle décrit la portée de l'infraction la mieux.

a. Aspect objectif

i. Auteur

La norme juridique de l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP spécifie qui peut commettre cette infraction. C'est donc une infraction spéciale. Les auteurs possibles sont les personnes responsables pour les intérêts pécuniaires d'autrui. La loi énumère tous les types de responsabilité : au niveau de la délégation c'est soit en vertu de la loi, d'un mandat officiel, d'un acte juridique, ou d'une gestion d'affaires sans mandat. En vertu de la loi, la responsabilité appartient notamment aux parents pour les biens de l'enfant selon l'art. 318 al. 1 CC. La curatelle selon les art. 390 ss CC est un exemple de mandat officiel. Un acte juridique sera régulièrement un mandat selon les art. 394 ss CO ou un contrat de travail selon les art. 319 ss CO. A titre d'exemple, une gestion d'affaire sans mandat selon les art. 419 ss CO qui

[1] CR CP I-HURTADO POZO, art. 1 N 27.
[2] HONSELL, p. 231.
[3] HURTADO POZO, N 1490 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 6.
[4] FF 1991 II 1017.
[5] HURTADO POZO, N 1522.
[6] CORBOZ, p. 427.
[7] FF 1991 II 1017.
[8] BBl 1991 II 1047 ; exemplairement DONATSCH, Aspekte, 203 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 1.

constitue une responsabilité pour les intérêts pécuniaires d'autrui est le gestionnaire de fortune qui, sans pouvoir, gère encore le patrimoine du défunt[9].

La responsabilité pour les intérêts pécuniaires d'autrui doit avoir une certaine importance. Il faut distinguer entre trois types de responsabilité qui constituent la qualification d'auteur pour la gestion déloyale : la gestion de fortune, la surveillance de la gestion et la gestion d'affaires sans mandat[10].

(1) Gestion de fortune

Le Tribunal fédéral a défini le gestionnaire comme suit : un gestionnaire au sens de l'art. 159 aCP est celui, qui est tenu, en position autonome et responsable au sens effective et formelle, des biens d'une quantité importante dans les intérêts d'autrui. Un gestionnaire n'est pas seulement celui qui conclut des actes juridiques avec effet extérieur, mais aussi celui qui a une obligation de diligence à la relation intérieure pour des intérêts pécuniaires, notamment celui qui a ces obligations en position dirigeante[11]. Cette définition a été établie pour l'ancien art. 159 al. 1 aCP, mais la portée de la notion n'a pas changé au nouvel art. 158 CP[12].

Le Tribunal fédéral a donc établi notamment cinq éléments constitutifs de gestion de fortune comme auteur de gestion déloyale[13]. Il s'agit d'une gestion des biens d'autrui pour des intérêts d'autrui avec une autonomie significative. Les obligations du gestionnaire sont destinées à la protection des intérêts pécuniaires d'autrui et ces derniers ont une grande importance[14].

Un organe à signature collective ne manque pas de gestion autonome, même s'il agit seul[15]. Le Tribunal fédéral l'explique comme suit : « Lorsque […] l'organe est composé de plusieurs personnes, celles-ci jouissent collectivement du pouvoir de gestion autonome propre à l'organe dont elles font partie. Si l'un des membres de cet organe, seul ou avec d'autres, accomplit dans l'exercice de ce pouvoir l'un des actes constitutifs de l'infraction de l'art. 159 [aCP] si, en cette qualité, il a participé à des actes constitutifs de l'infraction visée par cette disposition. »[16]. Cette pratique du Tribunal fédéral est controversée dans la doctrine. Donatsch estime qu'une signature collective remplace partiellement la nécessité de protéger le patrimoine[17]. La participation d'une société simple n'implique pas automatiquement la position de gérant[18].

Avec la nouvelle disposition de gestion déloyale, ladite problématique pourrait être caduque, parce que l'administrateur d'une SA a toujours une obligation de veiller (voir ci-dessous).

[9] FF 1991 I 1017.
[10] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 10 ; DONATSCH, Aspekte, p. 203 s.
[11] ATF 129 IV 124 ; consid. 3.1 ; TF du 2 mars 2000 6S.604/1999, consid. 2c) ; BSK-Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 11.
[12] ATF 129 IV 124 ; consid. 3.1.
[13] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 11 s.
[14] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 12.
[15] ATF 105 IV 106, consid. 2.
[16] ATF 105 IV 106, consid. 2.
[17] DONATSCH, Aspekte, p. 203 s. ; même opinion BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 25.
[18] ATF 100 IV 33, consid. 3.

(2) Surveillance de la gestion

Selon l'art. 158 ch. 1 CP, la loi prévoit également la responsabilité pénale de celui qui doit veiller sur la gestion. Sans cette extension du cercle des auteurs, les organes de surveillance, comme le conseil d'administration d'une SA ou l'autorité de protection de l'adulte, ne seraient probablement punissable que pour la participation selon les art. 24 ss[19].

Le conseil d'administration d'une SA est obligé de surveiller les gestionnaires selon l'art. 716a al. 1 ch. 5 CO. Il est donc régulièrement un auteur possible de la gestion déloyale. Par contre, l'organe de révision de la SA selon les art. 727 ss CO ne veille pas sur les intérêts pécuniaires de la SA au sens de la gestion déloyale, parce qu'il n'a pas de pouvoir de décision[20].

(3) Gestion d'affaires sans mandat

Le gérant d'affaires sans mandat est inclus dans l'infraction de gestion déloyale par un alinéa supplémentaire. Il n'est pas listé dans l'alinéa premier parce qu'il ne détient pas une autorisation de la même manière que les autres responsables[21]. Le gérant d'affaires doit avoir les mêmes pouvoirs que le gestionnaire autorisé de l'al. 1[22].

ii. Devoirs de gérer et de veiller

Les devoirs de gérer et de veiller ne sont pas définis dans la loi. Ils varient au cas par cas[23] et doivent comporter tous les éléments essentiels de la responsabilité pénale en tant que garant[24]. Ces éléments essentiels découlent du rapport fondamental, soit les obligations légales, mais aussi d'un contrat avec le gérant, les statuts d'une SA, règlements d'une autorité, usances ou autres sources des obligations[25]. Le but social de la société est toujours déterminant[26].

iii. Déloyauté

Le comportement punissable de la gestion déloyale est la violation d'un certain devoir de loyauté[27]. Il peut s'agir d'une commission ou d'une omission parce que les conditions de devoir de garant pour une commission par omission ne sont pas plus strictes que les conditions pour l'auteur de la gestion déloyale[28]. Peut être punissable par omission celui qui est tenu à la surveillance du gestionnaire mais ne s'occupe pas de veiller sur la gestion.

La condition d'une déloyauté n'est pas automatiquement remplie à supposer qu'un dommage soit hasardé. Courir un risque représente un comportement normal pour la gestion. Il faut que les actes

[19] URBACH, p. 44 ; FF 1991 II 1018 ; voir art. 26 CP.
[20] DONATSCH, Aspekte, p. 6 ; URBACH, p. 44 s.
[21] URBACH, p. 46 ; DONATSCH, p. 277.
[22] BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 52.
[23] TF du 15 mars 2001 6S.587/2000, consid. 2 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 57 ; DUPUIS et al., PC CP, Art. 138 N 18 ; ATF 80 IV 243, consid. 1.
[24] STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, p. 467 ; DONATSCH, p. 277.
[25] DONATSCH, p. 277.
[26] DONATSCH, p. 277 ; ATF 80 IV 243 consid. 2 ; ATF 103 IV 237, consid. 5a) ; ATF 109 IV 111, consid. 2a).
[27] STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, p. 467 ; HURTADO POZO, N 1509.
[28] BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 108 ; DONATSCH, p. 277, voir aussi HURTADO POSO, Partie générale, N 1285 ss.

soient conformes au devoir (*ordnungsmässige Geschäftsführung* selon la terminologie allemande)[29]. La conformité au devoir ne peut pas être définie en termes généraux. Comme déjà indiqué, il dépend du cas particulier[30]. Par exemple, un curateur ne peut pas prendre les mêmes risques qu'un gestionnaire d'une banque d'investissement[31].

Le comportement illicite de l'infraction de base est une violation d'une obligation du droit civil. Cette obligation peut avoir sa source dans la loi, un règlement, un contrat, les statuts ou même des us et contumes[32]. Selon le Tribunal fédéral, « le terme de gestion déloyale et la définition légale de l'infraction exigent que l'obligation qu'il a violée soit liée à la gestion confiée »[33]. L'obligation du droit civil doit donc viser à la protection du patrimoine d'autrui[34].

iv. Atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui

La gestion déloyale est un délit matériel[35]. Il faut qu'un résultat pénalisant se soit produit[36]. Le résultat pénalisant, en tant qu'infraction de base de la gestion déloyale, est un dommage[37]. La notion de dommage, ou de lésion du patrimoine est la même pour toutes les infractions contre le patrimoine[38]. Le Tribunal fédéral la définit par « une diminution de l'actif », « une augmentation du passif », « une non-diminution du passif » ou « une non-augmentation de l'actif. »[39] Un préjudice passager suffit[40]. Ceci est le cas, si le dommage doit être remboursé par la responsabilité civile[41].

Une mise en danger du patrimoine est punissable, dans l'hypothèse où le patrimoine semble être diminué d'un point de vue économique. C'est le cas si, par les règles d'évaluation prudente du bilan, la déloyauté du responsable aboutit à une dépréciation ou des provisions pour charges et risques[42]. Cette approche est controversée dans la doctrine. Selon Schubarth un dommage réalisé uniquement d'un point de vue économique et une mise en danger du patrimoine qui n'est pas évaluable au bilan est une différenciation à peine déterminable et pas influençable par l'auteur[43]. Il ne voit pas un conflit avec le délit matériel, parce que l'évaluation au bilan est l'effet d'un résultat causé par l'auteur[44]. TRECHSEL considère, qu'une dépréciation et des provisions pour charges et risques sont déjà un dommage et ne constituent plus une mise en danger. Cette dernière ne suffit jamais pour une

[29] FF 1991 II 1018 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 106 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, p. 470 ; DONATSCH, Aspekte, p. 215 ; CORBOZ, p. 429 sans notion allemande ; CAPUS, p. 274 ss exige une pratique plus rigide.
[30] HONSELL, p. 234.
[31] Voir TF du 15 mars 2001 6S.587/2000, consid. 3 sur les risques acceptables par un curateur.
[32] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 58.
[33] ATF 120 IV 190, consid. 2b), p. 193.
[34] STEININGER, p. 287 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 107.
[35] ATF 129 IV 124, consid. 3.1 ; ATF 122 IV 279, consid. 2a).
[36] KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 217.
[37] HURTADO POZO, N 1513.
[38] CORBOZ, p. 429.
[39] ATF 121 IV 104 consid. 2c) ; CORBOZ, p. 429 ; HURTADO POZO, N 1513 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 110 ss ; voir STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, p. 397 ss sur la discussion dogmatique de la notion du dommage en droit pénal.
[40] ATF 121 IV 104 consid. 2c).
[41] CASSANI, p. 80 s. ; DONATSCH, Aktiengesellschaft, p. 21.
[42] ATF 122 IV 279, consid. 2a) ; DONATSCH, p. 280.
[43] SCHUBARTH, p. 72.
[44] SCHUBARTH, p. 76 ss.

punissabilité[45]. Cette opinion est partagée par la plupart des autres auteurs et la jurisprudence[46]. La doctrine majoritaire convainc : la loi exige un dommage comme résultat. Un évènement sans dommage effectif ne peut donc pas suffire.

Selon la jurisprudence, le propriétaire d'une société unipersonnelle peut se rendre punissable d'une gestion déloyale envers sa société, s'il met en danger les intérêts pécuniaires des créanciers de la SA[47].

Un dommage réalisé par omission peut aboutir à ce qu'un bénéfice suffisamment concrétisé fasse défaut[48].

v. Lien de causalité

Il faut que le dommage se réalise en causalité adéquate par rapport à la déloyauté. En cas de dommage causé par un organe, la causalité naturelle suffit si l'intention sur le comportement illicite est raisonnée par un dommage souhaité[49]. Pour un dommage causé par omission, la causalité hypothétique est déterminante[50].

b. Aspect subjectif

Le seul aspect subjectif de la gestion déloyale est l'intention. L'auteur doit agir intentionnellement à l'égard de tous les éléments constitutifs objectifs de l'infraction. Le dol éventuel suffit[51]. Quant à celui-ci, les exigences sont très strictes. Il « faut que l'auteur, non seulement ait compté sérieusement, que le résultat pourrait se produire, mais encore y ait consenti pour le cas où il surviendrait. »[52]. La négligence consciente n'est jamais suffisante[53]. La différence entre le dol éventuel et la négligence consciente est, qu'en cas de dol éventuel, l'auteur accepte la possibilité où l'acte punissable déploie ses effets, même s'ils lui sont déplaisants. En cas de négligence consciente, par contre, il a confiance que l'effet ne se réalise pas à cause d'une imprudence illicite[54].

Une initiative parlementaire du Conseiller national Daniel Jositsch visant à introduire la négligence consciente comme condition suffisante pour la gestion déloyale a été refusée par le Conseil national[55].

c. Circonstance aggravante

L'art. 158 ch. 1 al. 3 CP prévoit une peine privative de liberté d'un à cinq ans pour celui qui agit « dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime ». Le dessein d'enrichissement illégitime est un aspect subjectif[56]. La circonstance aggravante qualifie le

[45] TRECHSEL, Art. 158 N 12.
[46] ATF 121 IV 104 consid. 2c) ; ATF 122 IV 279 consid. 2a) ; BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 114 ; DONATSCH, Aspekte, p. 216 Fn. 105 ; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 158 N 5.
[47] ATF 117 IV 259 consid. 5.
[48] ATF 80 IV 243, consid. 3 ; DONATSCH, p. 280 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, p. 471 s.
[49] DONATSCH, Aspekte, p. 216 ; DONATSCH, Aktiengesellschaft, p. 22.
[50] DONATSCH, Aktiengesellschaft, p. 22 s.
[51] ATF 123 IV 17 consid. 3e).
[52] ATF 86 IV 12, consid. 6.
[53] ATF 86 IV 12, consid. 6 ; Obergericht zurichois du 2 mai 1967, in : ZR 68 (1969), p. 92 ss, 93 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 116.
[54] ATF 96 IV 99.
[55] JOSITSCH/SCHMID, p. 439.
[56] CORBOZ, p. 227 ; voir infra II. A. 2. b. ii.

comportement à un crime selon l'art. 10 al. 2 CP, parce qu'elle est passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans.

2. Abus du pouvoir de représentation

Le ch. 2 de l'art. 158 CP codifie l'abus du pouvoir de représentation (*Missbrauchstatbestand*). La disposition punit celui qui porte atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui en abusant de son pouvoir de représentation pour se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime.

a. Aspect objectif

i. Auteur

L'auteur de l'abus du pouvoir de représentation peut être celui qui a un pouvoir de représentation conféré soit par la loi, soit par un mandat officiel, soit par un acte juridique. Il s'ensuit que le cercle des auteurs possibles n'est pas le même que pour l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion : la source de la représentation est largement la même, sauf que le gestionnaire d'affaire et la surveillance de la gestion ne sont pas admissibles. Par contre, les exigences aux pouvoirs de représentation ne sont pas si strictes que pour l'infraction de base[57].

ii. Représentation

La représentation pour un seul acte juridique est suffisante, mais un pouvoir juridique est exigé[58].

Dépendant des types de représentation, les conditions d'un abus du pouvoir de représentation sont différentes. La question de savoir si un dépassement des pouvoirs de représentation selon les art. 32 ss CO constitue un abus est très controversée dans la doctrine[59]. Cependant, il faut également tenir compte des autres cas de représentation.

(1) Représentation selon les art. 32 ss. CO

La représentation selon les art. 32 ss CO est une « institution qui permet à une personne (le représentant) de faire des actes juridiques avec un tiers de manière à ce que les effets se produisent directement en la personne d'une autre (le représenté). »[60] Le représenté donne au représentant des instructions (rapport intérieur), ainsi qu'une procuration (rapport extérieur). La doctrine allemande majoritaire estime qu'il s'agit seulement d'un abus du pouvoir de représentation, si l'auteur abuse de la procuration externe, qui dépasse la procuration interne[61]. Elle traite le pouvoir de représentation strictement selon le droit civil[62]. Cette opinion n'est pas directement applicable en droit suisse, parce que le droit allemand diverge du droit suisse en matière de représentation[63]. Un dépassement de la procuration interne, qui respecte les limites du pouvoir de représentation externe, lie le représenté, si

[57] HURTADO POZO, N 1522 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 122 s.
[58] BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 124.
[59] TPF du 26 janvier 2009 SK.2008.5, consid. 3.3.1.
[60] TERCIER, §9 N 382.
[61] DONATSCH, Aspekte, p. 208 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI Art. 158 N 125 ; SCHÖNKE/SCHRÖDER – LENCKNER/PERRON § 266 N 17.
[62] DONATSCH, Aspekte, p. 209.
[63] ISENRING, p. 166.

le tiers agit de bonne foi[64]. En droit suisse, la doctrine ne distingue pas le dépassement du pouvoir de représentation externe du dépassement de la procuration interne, en arguant, que toutes les instructions du représenté sont des concrétisations de la procuration[65]. Toutefois, Stratenwerth/Jenny/Bommer suivent l'opinion de la doctrine majoritaire allemande sans discuter le maniement différent du droit de la représentation, mais également sans référence au droit allemand[66]. Le fait que le dépassement de la représentation interne dans les limites de la représentation externe est un abus au sens de l'art. 158 ch. 2 CP n'est pas controversé[67]. Par ce dépassement, le représentant abuse de la confiance du représenté et utilise sa procuration envers le tiers.

Une part de la doctrine exige que tous les dépassements de la représentation, soit interne ou externe, constituent un abus au sens de l'infraction concernée[68]. Cette interprétation est conforme avec la situation suisse, où seule la représentation interne est prise en compte pour déterminer le pouvoir de représentation[69].

Selon Niggli, cette interprétation est trop vaste : il exige que l'abus du pouvoir de représentation soit considérable, lorsque le représenté est lié juridiquement par l'acte de représentation du représentant[70]. Seulement par cette limitation de la notion d'abus est garantie, qu'un dommage pour le représenté s'est vraiment effectué. Sans pouvoir de représentation, le représenté ne peut pas être lié[71].

Dans sa thèse de 2007, Isenring se prononce pour une autre définition car les autres opinions s'orientent trop au droit allemand, même si la différenciation entre la procuration interne et externe n'existe pas en Suisse. Il vise à une violation du rapport de confiance entre le représentant et le représenté[72]. Selon lui, tous les dépassements du pouvoir de représentation, même massifs font partie d'un abus du pouvoir de représentation[73]. Pour cette raison, selon lui, il serait peu satisfaisant si celui qui abuse de son pouvoir de la sorte n'est pas punissable, alors que celui qui l'abuse de manière moindre est pénalisé[74].

La solution préférable est celle de Niggli, parce qu'en vertu de la construction comme délit spécial de l'infraction, seuls les dépassements qui sont capables de lier juridiquement le représenté au sens de l'art. 32 ss CO[75] doivent être pénalisés.

(2) Autres formes de représentation

Les autres formes de représentation ne font pas l'objet d'une si grande controverse, parce que l'étendue du pouvoir de représentation est réglée par la loi. Un type de représentation très important est l'exercice des droits civils des personnes morales par leurs organes selon l'art. 54 CC. Dans ce cas,

[64] MEDICUS/PETERSEN, p. 42 s.
[65] CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 CO N 15 ; GAUCH/SCHLUEP, N 1443 ; HUGUENIN, N 1060.
[66] STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, p. 474. ; ISENRING, 168 s.
[67] DONATSCH, Aspekte, p. 215 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 125 ss ; ISENRING, p. 169.
[68] DONATSCH, p. 283 s. ; DONATSCH, Aspekte, p. 215 s. ; URBACH, p. 139.
[69] DONATSCH, p. 283 s. ; ISENRING, p. 53 ss. ; GAUCH/SCHLUEP, N 1443.
[70] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 138.
[71] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 138 avec référence à GAUCH/SCHLUEP, N 1319.
[72] ISENRING, p. 176.
[73] ISENRING, p. 179.
[74] ISENRING, p. 179.
[75] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 138.

l'organe a une procuration générale par rapport à l'extérieur, mais peut être limité intérieurement[76]. La personne morale est liée par le contrat conclu par son organe, même si la procuration était limitée par rapport à l'intérieur[77]. Une exception à cette règle est le contrat avec soi-même, parce que lesdits contrats ne sont en principe pas valables[78].

Le fondé de procuration a une étendue de procuration bien définie par la loi (art. 479 CO). Selon l'art. 460 al. 3 CO, un dépassement des instructions internes ne limite pas les pouvoirs de représentation. Par conséquent, un tel dépassement est capable de constituer un abus de représentation[79].

iii. Dommage

L'abus de pouvoir de représentation représente pareillement un délit matériel. Quant au succès de l'infraction, il ne diffère pas du celui de l'infraction de base[80]. Ce dommage doit être en rapport de causalité adéquate avec l'abus du pouvoir.

b. Aspect subjectif

i. Intention

Analogue à l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion, l'auteur doit agir intentionnellement à l'égard de tous les éléments constitutifs[81].

ii. Dessein d'enrichissement illégitime

L'art. 158 ch. 2 CP exige un « dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime ». L'infraction doit viser un enrichissement, mais il n'est pas nécessaire, qu'il se réalise effectivement[82]. Les particularités du dessein d'enrichissement illégitime ne seront pas énoncées ici[83].

B. Concours

Dans ce paragraphe les infractions voisines de la gestion déloyales seront présentées d'une manière sommaire. Si l'infraction de l'art. 158 CP n'est pas remplie il faut examiner si l'auteur d'un conflit d'intérêts peut être puni par un autre article. En revanche, si les éléments constitutifs sont remplis, il est possible qu'une autre infraction prime.

[76] CR CC I-XOUDIS Art. 54/55 N 43.
[77] DONATSCH, p. 284 ; CR CC I-XOUDIS Art. 54/55 N 40 ss. ; RUEDIN, p. 135 s.
[78] ATF 126 III 361, consid. 3a) ; ATF 50 II 168, consid. 5, p. 181 ; ATF 63 II 173, consid. 1 ; ATF 95 II 442 consid. 5 ; ATF 89 II 321, consid. 5, p. 324 ; déjà ATF 39 II 561, consid. 3, p. 568 ; RUEDIN, N 1750 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 454.
[79] DONATSCH, p. 284.
[80] Voir supra II. A. 1. a. iv.
[81] CORBOZ, p. 431.
[82] HURTADO POZO, N 804.
[83] Voir HURTADO POZO, N 804 ss ; BSK Strafrecht II-NIGGLI, Vor Art. 158 N 61 ss.

1. Rapport entre l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion et l'abus du pouvoir de représentation

Souvent, dans l'hypothèse où un auteur possible de l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion commet un abus du pouvoir de représentation, les éléments constitutifs de l'art. 158 ch. 1 et 2 sont également remplis. En ce cas, l'infraction de base prime le ch. 2[84].

2. Abus de confiance selon l'art. 138 CP

L'abus de confiance selon l'art. 138 CP punit l'appropriation d'une chose mobilière appartenant à autrui, si elle était confiée à l'auteur, et si celui-ci agit avec un dessein d'enrichissement. L'emploi des valeurs patrimoniales d'autrui confiées à l'auteur pour son propre profit ou au profit d'un tiers est également punissable.

Une gestion déloyale commise par une disposition sur le patrimoine d'autrui représente souvent également un abus de confiance, mais seulement, si l'auteur agit pour procurer un enrichissement illégitime[85]. L'art. 138 prime l'art. 158[86].

En ce qui concerne le patrimoine confié, il faut constater, que les valeurs d'une société dotée de la personnalité juridique ne sont, selon la doctrine et la jurisprudence, pas confiées aux organes. La personne morale agit elle-même, mais par ses organes[87]. C'est pourquoi les administrateurs ne sont normalement pas des auteurs possibles d'un abus de confiance.

3. Escroquerie selon l'art. 146 CP

L'escroquerie est une infraction complexe. Il faut déclencher tout un lien causal de cinq étapes[88] : premièrement, l'auteur doit induire en erreur sa victime par des affirmations fallacieuses ou en dissimulant des faits vrais[89]. Il faut ensuite que la victime se trompe[90]. Cette erreur doit l'inciter à disposer de son patrimoine ou de celui d'un tiers[91]. Par cette disposition, un dommage doit frapper à la victime ou un tiers[92]. Enfin, il faut que l'auteur vise à réaliser un enrichissement illégitime grâce à l'acte de disposition de sa victime[93].

A supposer que l'auteur obtienne frauduleusement son mandat de gestion, l'escroquerie prime la gestion déloyale[94]. L'escroquerie qui vise seulement à éluder l'infraction selon l'art. 158, constitue un acte postérieur co-réprimé[95].

---

[84] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 153 ; DONATSCH, Aspekte, p. 218.
[85] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 155.
[86] HURTADO POZO, N 1528 ; DONATSCH, p. 281 ; BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 155.
[87] TF du 14 janvier 2013 6B.326/2012, consid. 2.5.3 ; TF du 21 novembre 2002 6S.249/2002, consid. 1.2 ; ATF 121 III 176 consid. 4d) ; BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 138 N 34b ; STEININGER, p. 282 s.
[88] DONATSCH, p. 195 s.
[89] DONATSCH, p. 196 ; HURTADO POZO N 1166 ss, N 1173 ss.
[90] DONATSCH, p. 196 ; HURTADO POZO N 1188 ss.
[91] DONATSCH, p. 196 ; HURTADO POZO N 1192 ss.
[92] DONATSCH, p. 196 ; HURTADO POZO N 1199 ss.
[93] DONATSCH, p. 196 ; HURTADO POZO N 1212 ss.
[94] ATF 111 IV 60 consid. 3a) ; BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 154 ; DONATSCH, p. 287.
[95] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 154.

4. Conclusion

Le champ d'application de l'art. 158 CP est très limité car il y a plusieurs infractions ayant une portée similaire. En 2011, 65 personnes étaient condamnées pour gestion déloyale, mais 694 pour abus de confiance et 1707 pour escroquerie[96]. Urbach explique ce phénomène par la nature complexe de la gestion et la difficulté à démontrer une gestion déloyale[97]. Une autre raison pourrait être que l'abus de confiance absorbe beaucoup des cas, avec l'effet qu'il n'y a pas de condamnation pour gestion déloyale.

La portée de l'infraction de l'abus du pouvoir de représentation est même plus petite. Le Tribunal fédéral n'a jamais eu l'occasion de trancher un cas représentant ledit abus[98].

C. Droit comparé

La gestion déloyale est une infraction du droit germanophone. Elle existe avec une portée similaire en Allemagne, en Autriche, mais aussi au Japon[99].

1. Situation en Allemagne

En Allemagne, le § 266 du StGB allemand (ci-après D-StGB) règle l'*Untreue* (l'infidélité[100]). Comme la Suisse, l'infraction d'*Untreue* en Allemagne différencie entre le *Treubruchstatbestand* et le *Missbrauchstatbestand*[101]. Le *Treubruchstatbestand* a une portée plus étroite, car la surveillance et la gestion d'affaires sans mandat ne font pas partie du cercle des auteurs. Concernant le comportement pénalisé et le succès, les deux dispositions sont très similaires[102].

2. Situation en France

En France, en Espagne et en Italie, il n'y existe pas d'infraction spéciale[103]. En France, la gestion déloyale est réglée partiellement par l'abus de confiance selon l'art. 314-1 du Code pénal français (ci-après CP-F) et l'escroquerie selon l'art. 313-1 CP-F[104]. Contrairement à la situation en Suisse, l'escroquerie en France peut être remplie « par l'abus d'une qualité vraie »[105]. Par cette étendue large de l'escroquerie, ce qui serait un abus de pouvoir de représentation selon l'art. 158 ch. 2 CP en droit suisse, peut constituer une escroquerie selon l'art. 313-1 CP-F en France. Il faut donc constater, que les éléments constitutifs de l'escroquerie en droit français sont différents de la gestion déloyale en droit suisse.

[96] OFS, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzelnen.html visité le 9 avril 2013.
[97] URBACH, p. 10.
[98] ISENRING, 238.
[99] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 1 s ; Leipziger Kommentar-SCHÜNEMANN, § 266 N 271.
[100] Traduction selon DOUCET/FLECK, Untreue.
[101] Leipziger Kommentar-SCHÜNEMANN, § 266 N 1.
[102] CAPPEL, p. 104.
[103] Leipziger Kommentar-SCHÜNEMANN, § 266 N 275.
[104] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 3 s ; Leipziger Kommentar-SCHÜNEMANN, N 274 s.
[105] Art. 313-1 al. 1 CP-F.

L'infraction de l'abus de confiance selon l'art. 314-1 CP-F exige un « détournement » de l'auteur. Le détournement n'impose ni un profit personnel, ni que l'auteur se soit approprié la chose confiée[106]. Il s'ensuit que l'application de l'abus de confiance en droit français est plus vaste qu'en droit suisse, parce qu'un dessein d'enrichissement illégitime n'est pas exigé.

Le droit pénal français connait aussi des règles spéciales pour les sociétés, codifiées dans le Code de Commerce. Elles rendent punissable un comportement similaire à la gestion déloyale en droit suisse, mais l'auteur est défini très étroitement pour les sociétés concernées[107].

3. Situation en Angleterre

En droit anglais, la gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP est principalement réglée spécifiquement dans différentes lois, par exemple le *Companies Act 2006* pour le droit de la société ou par le vol, qui est différemment défini[108]. Il y a aussi des infractions plus générales : la section 4 du *Fraud Act 2006* est similaire à l'infraction d'abus du pouvoir de représentation selon l'art. 158 ch. 2 CP ou le § 266 D-StGB, car elle protège le patrimoine d'un représenté contre l'abus du pouvoir du représentant[109].

Une gestion déloyale peut aussi être punissable par le *Theft Act 1978*, car la définition de la propriété est très large et ne se limite pas aux biens tangibles comme en Suisse[110].

III. Conflits d'intérêts

Le conflit d'intérêts sera abordé dans cette partie. Premièrement, la notion sera définie au sens général pour la délimiter dans un terme applicable aux auteurs possibles de la gestion déloyale. Ensuite des différents types, établis par la doctrine, seront présentés. Car le conflit d'intérêts est un phénomène largement discuté dans la Corporate Governance, un accent particulier sera mis sur le conseil d'administration de la SA.

A. Introduction aux conflits d'intérêts

1. Intérêts divers

Le moment où une personne physique est chargée de gérer les intérêts d'une autre personne, soit physique, soit morale, elle va subir des situations, où les intérêts de son mandant sont autres que les siennes. Ce sont des constellations inévitables, car personne n'a exactement les mêmes intérêts qu'un autre. Ce phénomène était déjà décrit par Hobbes au 17ème siècle dans son œuvre Leviathan, constatant « *whosoever beareth the person of the people, or is one of that assembly that bears it, beareth also his own natural person*. »[111] La problématique des conflits d'intérêts est bien raisonnée

[106] LEPAGE/DU CHAMBON/SALOMON, p. 76.
[107] CAPPEL, p. 107.
[108] Leipziger Kommentar-SCHÜNEMANN, N 273 ; FRENCH/MAYSON/RYAN, p. 642 ss.
[109] DU BOIS-PEDAIN, p. 342.
[110] ORMEROD, p. 796 ; DU BOIS-PEDAIN, p. 334 s.
[111] HOBBES, Leviathan, Second Pt., Chapter XIX.

par la prochaine phrase : « *And though he be careful in his politic person to procure the common interest, yet he is more, or no less, careful to procure the private good of himself, his family, kindred and friends […].* »[112]

Néanmoins, celui qui promet à un autre de gérer ses affaires, s'oblige à défendre ses intérêts[113]. Ce principe est prévu par plusieurs bases légales. Le mandataire est responsable selon l'art. 398 al. 2 CO « de la bonne et fidèle exécution »[114]. Le gestionnaire d'affaires aussi, « est tenu », selon l'art. 419 CO « de gérer conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître ». La plupart des sociétés en droit suisse a une obligation de non-concurrence pour leurs dirigeants[115]. Pour le conseil d'administration et tous ceux qui s'occupent de la gestion, le devoir de fidélité est expressément réglé par l'art. 717 al. 1 CO. Pour eux, le Tribunal fédéral exige qu'ils « orientent leur comportement en fonction des intérêts des affaires et qu'ils placent leurs propres intérêts sur un second plan »[116].

Les deux faits constatés ci-dessus sont constitutifs de la problématique des conflits d'intérêts : une personne doit observer les intérêts d'un tiers, tandis qu'il vise à maximiser son propre profit. Ces deux intérêts peuvent néanmoins interagir d'une manière constructive. Idéalement, le représentant peut gagner une rémunération en remplissant son mandat fidèlement. Parfois un administrateur d'une SA est élu pour implémenter à bon escient d'autres intérêts que les buts principaux ; cela peut être, par exemple, le représentant des employés, qui vise à optimiser les conditions de travail[117].

Il y a donc aussi des situations où le propriétaire d'une scierie est dans le conseil d'administration d'un producteur de meubles et doit décider où acheter le meilleur bois au meilleur prix. Dans ce cas-là, son propre intérêt de vendre le bois de sa scierie a une influence négative sur la décision dans l'intérêt de la société, qui souhaite acheter du bois de la manière la plus efficace.

2. Situations pathologiques

La problématique du conflit d'intérêts ne s'occupe que des situations pathologiques, où les intérêts du gérant peuvent nuire à ceux du représenté[118]. On peut distinguer trois dimensions de tels conflits : la direction du conflit (a.), l'intensité des intérêts (b.) et la collision des devoirs (c.)[119].

a. Direction du conflit

La direction du conflit est une expression de la façon dont le représentant profite de la situation, si l'intérêt du représenté n'est pas respecté[120]. Par exemple, le gestionnaire qui vend sa propre voiture à la société gagne un franc pour tous francs qu'il peut augmenter le prix envers l'acheteur. Dans ce cas-là, l'intérêt du gestionnaire est diamétralement opposé à celui du mandant. L'avocat, qui représente

[112] HOBBES, Leviathan, Second Pt., Chapter XIX.
[113] BAHAR/THÉVENOZ, p. 3 ; TRIGO TRINDADE, p. 387.
[114] Voir CR CO I-WERRO, art. 398 N 29.
[115] Pour la société simple : art. 536 CO ; Pour la société en nom collectif : art. 561 CO ; Pour la société en commandite : art. 598 al. 2 cum art. 561 CO ; Pour la société à responsabilité limitée : art. 803 al. 2 ss CO, art. 804 al. 2 ch. 13, art. 812 al. 3 CO ; voir infra III. A. 5. d.
[116] ATF 130 III 213 consid. 2.2.2, in : JdT 2004 I 228, p. 228.
[117] Voir BÖCKLI, § 13 N 635.
[118] VON DER CRONE, p. 2 ; WERRO, p. 237.
[119] BÖCKLI § 13 N 636 ss ; STEININGER, p. 100 s.
[120] BÖCKLI § 13 N 638 s.

une femme dans un litige de divorce et en même temps défend les enfants du couple, n'a pas un conflit d'intérêts diamétralement opposé, car la mère souhaite une bonne enfance et éducation pour ses enfants. Pourtant, dans certaines situations, une action pour l'une peut avoir un effet négatif pour les autres.

b. Intensité d'intérêts

L'intensité des intérêts mesure la liberté de la personne de décider en vertu du conflit d'intérêts. Si l'intérêt opposant a une grande importance pour le gérant, il va négliger celui du mandant[121]. Le fonctionnaire qui devrait exproprier la maison de sa mère en est un exemple. Cette action aura une grande intensité pour lui, tandis que si c'était un ancien voisin, l'influence sur sa décision ne serait probablement pas si grande.

c. Collision de devoirs

Un conflit d'intérêts ne présente qu'une influence subjective sur les décisions. Toutefois, les situations pathologiques de conflits d'intérêts peuvent entraîner des conséquences juridiques. En revanche, la catégorie de collision de devoirs résulte dans une violation d'une disposition légale imposant une obligation et ont toujours des conséquences juridiques[122]. La collision de devoir est le type de conflit d'intérêts le plus apparent. A titre d'exemple, un avocat, qui est administrateur d'une société alors que son mandant veut agir contre celle-ci, a une collision de devoirs : il doit garantir la bonne et fidèle sauvegarde des intérêts du mandant, et a parallèlement un devoir de fidélité envers la société. Quoi qu'il fasse, il violera un devoir et sera responsable. (Cette constellation n'est pas possible en droit suisse car il doit, selon l'art. 12 let. c LLCA, éviter tout conflit d'intérêt en vertu de son mandat).

Différents devoirs de la même personne ne sont pas toujours des situations pathologiques. Il y a aussi des constellations où les devoirs interagissent, mais n'empêchent pas une exécution consciencieuse des tâches[123].

d. Conclusion

Il n'existe donc pas de définition globale permettant de savoir quand un conflit d'intérêts est pathologique. Cela dépend plutôt de la situation. Les trois dimensions de Böckli font un bon instrument pour qualifier une situation donnée. Il faut alors bien distinguer, où un intérêt du gestionnaire a qualité pour nuire la compétence de décider au profit du mandant. Parfois, une influence des aspects hors des buts de la société est *prima vista* mal pour sa prospérité, mais exactement telles valeurs sont importantes pour être représentés dans l'entreprise. Par exemple soit noté le représentant des employés dans le conseil d'administration.

3. L'intérêt de la société

Il faut définir la notion d'intérêt de la société, car les conflits d'intérêts ont une grande portée dans les sociétés à l'égard de la représentation de leurs directeurs et administrateurs. Souvent, la distinction

[121] BÖCKLI, § 13 N 640.
[122] BÖCKLI, § 13 N 641 s.
[123] BÖCKLI, § 13 N 642.

des motifs personnels des représentants n'est pas problématique. Pour avoir un conflit, il faut donc avoir deux intérêts. C'est alors important de définir l'intérêt de la société, car elle ne peut pas exprimer son opinion d'elle-même.

Une définition générale n'existe pas[124]. L'intérêt de la société est propre à chaque société, voire même pour toutes les situations, pour lesquelles une décision est nécessaire[125]. En outre, il est aussi controversé dans la doctrine[126]. La controverse du *Shareholder*- et le *Stakeholdervalue* et toutes les autres approches de la doctrine ainsi que la jurisprudence hétérogène du Tribunal fédéral ne va pas être dissertée ici. Cela est établi d'une manière approfondie dans la thèse de Sommer[127].

Normalement, on peut bien distinguer si le comportement de l'auteur d'une décision est conforme à l'intérêt de la société en prenant en considération : premièrement, le but de la société des statuts (l'art. 626 ch. 2 CO) et deuxièmement, l'augmentation durable de la valeur de l'entreprise. Cette définition coïncide largement avec le *Shareholdervalue*[128]. Il faut préciser que le *Shareholdervalue* ne concorde pas toujours avec l'intérêt de la société. Le Tribunal fédéral a décidé que l'actionnaire unique doit veiller aux intérêts des créanciers[129] et que dans un groupe de sociétés seulement l'intérêt de la société représentée et non pas principalement celui de la société-mère est déterminant[130]. Suivant uniquement le *Shareholdervalue*, l'actionnaire unique ne pourrait jamais avoir un conflit d'intérêts avec sa société, car l'intérêt de la société serait toujours défini uniquement par lui-même. Ce serait donc une défavorisation des créanciers, car en cas de faillite de la SA, l'actionnaire n'est en principe responsable qu'à hauteur de son apport. L'intérêt de la société diffère notamment du cas où la société fille donne des prestations financières à l'actionnaire unique ou la société-mère[131]. Néanmoins, dans les limites de la protection des créanciers, la société-mère et l'actionnaire unique ont une très grande liberté pour désigner les intérêts de la société[132].

B. Différents types

La description de la problématique ci-dessus indique, que le champ d'application des conflits d'intérêts est très vaste. Sachant que tout cas est unique est doit être traité différemment, on peut quand-même différencier entre quelques types, qu'on rencontre souvent d'une manière similaire.

La plupart des cas de conflits d'intérêts concernent le conseil d'administration de la SA ou les tiers, qui s'occupent de la gestion. Pour ces destinataires, l'art. 717 al. 1 règle le devoir de fidélité, qui est, par sa composante négative, une devoir d'éviter les conflits d'intérêts[133]. Les types suivants touchent surtout les administrateurs de la SA.

[124] Voir SOMMER, p. 36 ss.
[125] LAMBERT, p. 215.
[126] LAMBERT, p. 211 ss.
[127] SOMMER, p. 36 ss.
[128] BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 16.
[129] ATF 117 IV 259 consid. 5.
[130] ATF 130 III 213 consid. 2.2.2.
[131] HANDSCHIN, p. 176.
[132] SOMMER, p. 269 s.
[133] SOMMER, p.17 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 10 ; BÖCKLI, § 13 N 600 ; MONTAVON, p. 579 s. ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 15 ; TRIGO TRINDADE, p. 387.

1. Contrat avec soi-même et les opérations apparentées

a. En général

Le contrat avec soi-même est un contrat conclu entre deux ou plusieurs parties, dont une partie est représentée par l'autre partie[134]. La double représentation en revanche, est un contrat conclu entre deux parties représentées par le même représentant, qui ne constitue pas une partie lui-même[135]. C'est alors la même personne qui agit pour les deux parties[136]. Le problème est qu'une seule personne ne peut souvent pas protéger les intérêts opposants des deux parties également. Il y a donc un grand risque de conflit d'intérêts.

Le contrat avec soi-même est un phénomène qui peut se manifester dans tous les rapports de représentation, pas seulement par les organes d'une société. En ce qui concerne la SA, l'art. 718b CO prévoit que le contrat dépassant la limite de CHF 1000 doit être conclu en la forme écrite. En cas de non-respect de cette exigence, le contrat sera nul[137].

Le Tribunal fédéral va même plus loin que cette norme juridique. Pour tous les cas concernant le contrat avec soi-même, la conséquence est la nullité, sauf si l'inégalité des prestations est exclue par la nature du contrat, ou le représenté donne son consentement[138]. Cette pratique est liée au § 181 du BGB allemand, qui interdit expressément le contrat avec soi-même[139]. Il faut alors que le contrat soit conclu par le principe *dealing at arm's length*, qui signifie qu'aucune partie ne doit être désavantagée[140]. Souvent, l'affaire va être ratifiée par un administrateur, ou, tant mieux, par l'assemblée générale[141]. Selon un arrêt du Tribunal fédéral récent, l'autorisation postérieure suffit[142]. Une autre possibilité est l'achat au prix du marché[143].

b. Rémunération des administrateurs

La rémunération des administrateurs est une affaire largement discutée récemment, qui tombe en principe sous la même problématique que le contrat avec soi-même[144]. L'initiative Minder de ce printemps a introduit un élément émotionnel à cette question. Pourtant, elle va être présentée d'une manière juridique selon le droit en vigueur.

Parce qu'il appartient aux administrateurs de cibler leurs propres rémunérations, un conflit d'intérêts est inévitable[145]. Comme statué ci-dessus[146], un contrat avec soi-même est en principe nul. Pour cette raison, Steininger exige, que la détermination de la rémunération du conseil d'administration soit

[134] CR CO II-PETER/CAVALDINI, art. 718b N 2 ; SCHWENZER, N 42.19 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 242.
[135] CR CO II-PETER/CAVALDINI, art. 718b N 2 ; SCHWENZER, N 42.19.
[136] BÖCKLI, § 13 N 602.
[137] CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718b N 7.
[138] ATF 126 III 361, consid. 3a) ; ATF 95 II 442, consid. 5 ; ATF 89 II 321, consid. 5 ; déjà ATF 39 II 561, consid. 2.
[139] ATF 39 II 561, consid. 2 ; voir STAUDINGER/SCHILKEN (2009) § 181 N 1, 4 ss.
[140] BÖCKLI, § 13 N 604 (nbp 1545) ; ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, ch. 16 al. 3 ; TRIGO TRINDADE, p. 398.
[141] BÖCKLI, § 13 N 603.
[142] TF du 3 décembre 2012 4A.360/2012, consid. 4.2.1.
[143] BÖCKLI, § 13 N 603 ; SCHWENZER, N 14.19 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 243.
[144] STEININGER, p. 83 ; DAENIKER, p. 385 ; AEPPLI, p. 273 s.
[145] STEININGER, p. 85, 93 ; AEPLI, p. 273.
[146] Voir III. B. 1. a.

déléguée à un « *compensation committee* », composé des administrateurs non-exécutifs[147]. La doctrine majoritaire et la jurisprudence acceptent le fait que le conseil d'administration cible l'honoraire pour lui-même, mais octroie quelques règles[148]. L'honoraire doit être approprié, un terme qui n'a pas une définition stricte[149]. Le même montant peut, dépendant de la prospérité de l'entreprise, être excessif ou approprié[150].

Selon la doctrine majoritaire une rémunération excessive, constituant une disproportion à la prestation des administrateurs, doit être remboursée[151]. Ce raisonnement est développé à l'égard du contrat avec soi-même, parce que le conseil d'administration doit conclure un contrat *at arm's length,* sinon il sera nul[152].

Afin de donner à l'assemblée générale une possibilité de contrôler l'adéquation de l'honoraire, l'art. 663b^{bis} CO prévoit un devoir d'indication des indemnités pour les sociétés cotées. Cette pratique était prévue déjà par les règles de bourse[153].

2. Administrateur fiduciaire

L'administrateur fiduciaire est un administrateur qui exerce son mandat comme membre du conseil d'administration en son propre nom, mais selon les instructions d'un tiers – le fiduciant[154]. Il est alors lié à deux intérêts : à celui de la société selon l'art. 717 al. 1 CO et à celui du fiduciant selon l'art. 398 al. 2 CO. Normalement, le fiduciant vise à la prospérité de la société, donc les intérêts ne seront pas en conflit. Néanmoins, il y a des situations où le mandant donne des instructions contraires à l'intérêt de la société. Ce sont des situations pathologiques avec un conflit d'intérêts de l'administrateur[155].

a. Légalité de l'administrateur fiduciaire

A cause de ces conflits, une part de la doctrine ancienne décline entièrement la légalité de l'administrateur fiduciaire[156]. Von Steiger estime : « *Man kann fiduziarischer Aktionär sein, niemals aber fiduziarischer Verwaltungsrat.* »[157] L'argumentation vise à l'opinion, que le conseil d'administration ne doit recevoir des instructions que de l'assemblée générale[158]. Il est responsable individuellement par les membres envers la société selon l'art. 754 CO. Pour cette raison, le droit suisse ne peut pas accepter un administrateur qui est la marionnette d'un tiers[159]. Cette opinion n'est donc

[147] STEININGER, p. 140.
[148] ZK-HOMBURGER, N 950 ; Böckli, § 13 N 242 ss ; ATF 86 II 159, consid. 2 ; ATF 82 II 148, p. 150 s ; autre avis : AEPPLI, p. 273.
[149] ZK-HOMBURGER, N 950.
[150] ZK-HOMBURGER, N 950, avec référence à ATF 84 II 550, consid. 2, p. 555 ; ATF 86 II 159, consid. 1, p. 164.
[151] BÖCKLI, § 13 N 242 ; ZK-HOMBURGER, N 951 ; AEPLI, p. 275 ; et autres.
[152] BÖCKLI, § 13 N 242.
[153] BÖCKLI, § 13 N 260 ss.
[154] LAZOPOULOS, p. 10.
[155] LIPS-RAUBER, p. 160 ; LAZOPOULOS, p. 37 ; BLANC, p. 200.
[156] CAFLISCH, p. 143 ss. ; PICENONI, p. 327 ; VON STEIGER, p. 37 s. ; voir le débat in LAZOPOULOS, p. 68 ss.
[157] VON STEIGER, p. 37 s.
[158] ZK-HOMBURGER, N 922.
[159] VON STEIGER, p. 37 s.

plus soutenable aujourd'hui, car elle empêcherait la réalité des groupes de sociétés[160]. Il y a donc aucun auteur qui suive cette opinion aujourd'hui[161].

L'administration dépendante dans un groupe ou par rapport à un actionnaire unique est acceptée par la doctrine récente et la jurisprudence[162]. Cette constellation s'appelle administration déterminante[163]. Elle considère que les sociétés filles doivent générer un profit pour la société mère[164]. L'argument le plus important est, que la direction du groupe doit avoir la possibilité de diriger les sociétés filles[165].

Il semble que la doctrine majoritaire accepte l'administrateur fiduciaire aussi en cas des sociétés avec un actionnariat plus large, mais elle exige des restrictions sur les instructions admissibles[166]. Le devoir de l'art. 717 al. 1 CO d'agir au sens de l'intérêt de la société prévaut toujours les instructions du fiduciant[167].

Les auteurs ne sont pas d'accord sur les circonstances et la portée des fiduciants et les instructions admissibles. Une doctrine majoritaire n'est pas déterminable[168].

A notre avis, la figure de l'administrateur fiduciaire est admissible, n'importe quel mandant donne les instructions. Le conseil d'administration a des devoirs de fidélité envers la société, exigeant, qu'il agisse toujours conformément aux intérêts de la société. La loi n'exige donc pas qu'il agisse de façon indépendante. En revanche, il faut limiter le droit à l'instruction dans la mesure où l'intérêt de la société prévaut toujours et que pour les actionnaires qui votent pour l'administrateur, le rapport fiduciaire ne soit pas caché. Cette opinion est partagée par une part de la doctrine[169].

b. Conflit d'intérêts

Il faut donc déterminer jusqu'à quelle limite les instructions du fiduciant sont admissibles et quels effets juridiques un conflit d'intérêt entraîne.

L'administrateur est dans une situation difficile : s'il exécute la directive du mandant qui est contraire aux devoirs du conseil d'administration, il est responsable auprès de la société. En revanche, s'il ne respecte pas un ordre du fiduciant qui est conforme au droit de la SA, il est responsable par le contrat de mandat[170]. On peut donc constater que le mandataire est en principe lié aux instructions du mandant. C'est une expression de fait, qu'on admet la figure de l'administrateur fiduciaire et le contrat du mandat selon l'art. 394 ss CO. Selon l'art. 717 al. 1 CO, la loi exige sans exception, que le conseil

[160] LAZOPOULOS, p. 84 s.
[161] Voir BEYELER, p. 88, nbp 256 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 3.
[162] BÖCKLI, § 13 N 623 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 3, Art. 717, N 17a ; ZK-HOMBURGER, N 938 ; TF du 14 octobre 2003 4C.143/2003, consid. 3 ; HANDSCHIN, p. 175, 177.
[163] ZK-HOMBURGER, Art. 717 N 920; LIPS-RAUBER, p. 10 ; LAZOPOULOS, p. 11 s.
[164] GRONER, p. 166.
[165] ZK-HOMBURGER, N 938.
[166] BSK-OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 3.
[167] BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 707 N 26 ; LAZOPOULOS, p. 73 ss ; LIPS-RAUBER, p. 57 ss. ; BLANC, p. 200 ; ATF 109 IV 111.
[168] Voir sur la discussion BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 3 ; LAZOPOULOS, p. 72 s ; LIPS-RAUBER, p. 52 ss.
[169] LAZOPOULOS, p. 73 ss ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 3.
[170] LIPS-RAUBER, p. 126 ss, 140 s., 161 ; LAZOPOULOS, p. 76, 172 ss, 192.

d'administration veille aux intérêts de la société, une instruction contre ces intérêts serait contre la loi et donc, selon l'art. 20 al. 1 CO, nulle[171].

Ce principe existe pour les deux, le rapport dans un groupe de sociétés et le rapport avec un tiers. La portée n'est donc pas la même, car le devoir de fidélité envers la société est différent. Dans un groupe, les instructions admissibles seront les plus larges, alors que les directives d'un tiers non-actionnaire doivent être bien contrôlées sur la conformité à l'intérêt de la société[172]. Comme la société-mère détermine largement elle-même les intérêts de la société fille, ses instructions sont alors souvent une concrétisation d'eux[173]. Le tiers en revanche, n'a pas de droit d'intervention et ne vise souvent que son propre profit[174]. Une concrétisation détaillée ne sera pas établie ici.

3. Exploitation d'informations d'initiés

Un gestionnaire, qui utilise des informations non-publiées, qu'il connait grâce à sa position dans la société cotée, pour obtenir un profit en achetant, respectivement en vendant des papiers valeurs nuit à la crédibilité de l'entreprise[175]. Il estime son propre intérêt à générer un profit plus haut que l'intérêt de la société afin de garder sa crédibilité boursière par garantir un marché propre.

Le délit d'initiés était une infraction selon l'art. 161 CP. Depuis le 1 mai 2013. Cette infraction est abrogée, mais l' « exploitation d'informations d'initiés » est inclue avec une portée similaire dans l'art. 40 de la LBVM[176]. Par l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels l'auteur ne cause pas un dommage direct à la société[177]. L'infraction de la gestion déloyale n'est alors remplie que si l'auteur surenchérie le délit d'initiés[178]. C'est pourquoi ce type de conflit d'intérêts ne sera plus traité.

4. Concurrence entre la société et ses dirigeants

La loi prévoie une prohibition de concurrence pour les directeurs de la plupart des sociétés en droit suisse[179]. La législation de la société anonyme ne la connait pas. Selon la doctrine, la concurrence entre la SA et ses dirigeants constitue quand même une violation contre le devoir de fidélité selon l'art. 717 al. 1 CO[180].

La concurrence interdite est donc à concrétiser. Deux sociétés en concurrence directe et substantielle ne peuvent pas avoir le même administrateur[181]. Ce principe est largement accepté, sauf si l'assemblée générale vote sciemment pour un tel administrateur[182]. Aux cas où la concurrence n'est pas si

[171] LIPS-RAUBER, p. 160 s. ; LAZOPOULOS, p. 75 ss, 85 ; CR CO I-WERRO, art. 397 N 8 s. ; BSK OR I-WEBER, Art. 397 N 7 ; ATF 62 II 274 consid. 1.
[172] LAZOPOULOS, p. 80.
[173] LIPS-RAUBER, p. 79 ; LAZOPOULOS, p. 80 ss.
[174] LIPS-RAUBER, p. 81 s.
[175] KOENIG, p. 5 s. ; BÖCKLI, § 13 N 616 ; TRIGO TRINDADE, p. 394 s.
[176] FF 2011 6334 ss.
[177] SCHMID, p. 197 s ; ATF 109 Ib 47, consid. 5a).
[178] Voir les exemples in SCHMID, p. 198.
[179] Pour la société simple : art. 536 CO ; Pour la société en nom collectif : art. 561 CO ; Pour la société en commandite : art. 598 al. 2 cum Art. 561 CO ; Pour la société à responsabilité limitée : art. 803 al. 2 ss CO, art. 804 al. 2 ch. 13, art. 812 al. 3 CO.
[180] BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 18 ; ZK-HOMBURGER, N 881 ; BÖCKLI, § 13 N 611.
[181] BÖCKLI, § 13 N 611.
[182] BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 18 ; TF du 1 octobre 2009 4A.317/2009, consid. 2.3 ; BERTSCHINGER, p. 28 s ZK-HOMBURGER, N 888; autre opinion : BÖCKLI, § 13 N 611.

prononcée, il faut peser les intérêts au cas par cas[183]. Pour l'administrateur-gérant, l'interdiction de concurrencer est plus stricte que pour l'administrateur extérieur[184]. Il n'est pas souhaitable de ne régler l'interdiction de concurrence que par le devoir de fidélité, car les limites de la conformité à la loi ne sont pas clairement déterminables et ainsi controversées dans la doctrine[185]. Il est donc recommandable de définir l'interdiction de concurrence dans les statuts, le contrat de mandat avec l'administrateur ou des règlements[186].

Les *corporate opportunities* sont une situation où un dirigeant prend une opportunité appartenant aux biens sociaux intangible de la société[187]. En droit suisse, la doctrine la traite avec les règles de l'interdiction de la concurrence sur le modèle du § 88 AktG du droit allemand[188]. Dans le cas où un dirigeant d'un bureau d'ingénieur a élaboré des plans pendant les loisirs en son propre compte, le Tribunal fédéral a jugé, qu'un cas de concurrence était donné[189].

IV. Pertinence pénale des conflits d'intérêts en vertu de la gestion déloyale (art. 158 CP)

Le droit suisse, dont notamment le droit pénal, exige toujours la considération du cas entier avant de tirer des effets de droit. C'est par suite de l'arrangement général et abstrait des normes. Par conséquent, la question du titre « Quels conflits d'intérêts sont-ils constitutifs de gestion déloyale (158 CP) ?» ne peut pas être répondue d'une manière générale. Les juges doivent toujours respecter tous les aspects des cas individuels. Néanmoins, les éléments caractéristiques des différents types de conflits d'intérêts seront examinés aux éléments constitutifs de l'art. 158 CP.

A. Contrat avec soi-même

Le contrat avec soi-même était présenté supra III. B. 1. a. Tout ce qui le concerne est aussi directement applicable pour la double représentation[190].

1. Auteur

Tout le monde ne peut pas être auteur de gestion déloyale selon l'art. 158 ch. 1 et 2 CP. Dans les situations de conflits d'intérêts, une certaine proximité au patrimoine d'un tiers est toujours donnée, car l'auteur doit avoir une obligation de garder les intérêts du mandant. Toutefois, la qualification comme auteur doit être examinée au cas par cas. Prenons l'exemple d'un membre du conseil

[183] BÖCKLI, § 13 N 611.
[184] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 37 ; FLEISCHER, p. 338.
[185] ZK-HOMBURGER, N 883 ss.
[186] WÜRSCH, p. 32.
[187] TRIGO TRINDADE, p. 394 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 717 N 12.
[188] BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 18 ; BÖCKLI, § 13 N 612.
[189] ATF 105 IV 307, consid. 3.
[190] ZK-HOMBURGER, N 914.

d'administration d'une SA : il sera toujours auteur admissible de la présente infraction[191]. En ce qui concerne un avocat ou un gestionnaire de fortune selon l'art. 11 LBVM, la qualification doit être examinée en fonction de ses pouvoirs[192].

2. Comportement illicite

Le comportement illicite est lié à la violation d'une obligation du droit civil[193]. La norme juridique pertinente pour un problème concernant les conflits d'intérêts des membres du conseil d'administration d'une SA est souvent l'art. 717 al. 1 CO[194]. Il faut donc concrétiser le comportement illicite pour chaque cas individuellement. Dans les prochaines sous-sections, la déloyauté typique des différents cas de conflits d'intérêts sera proposée. Le caractère individuel de chaque délit ne peut donc être oublié.

Le Tribunal fédéral a déjà décidé en 1913, qu'un contrat avec soi-même est en principe illicite[195]. Ce principe fait partie d'une pratique constante[196], même si une réglementation en droit explicite analogue au § 181 du BGB allemand manque encore aujourd'hui. Ce principe constitue un devoir de loyauté dont la violation est une déloyauté au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP, même s'il n'est pas expressément prévu par la loi. Le contrat avec soi-même n'est pas automatiquement illicite, car il y a des possibilités de légitimation, qui garantissent, que le principe *dealing at arm's length* est garanti[197]. Si le gestionnaire en tire un profit pour soi-même du déficit du pouvoir de négociation de son mandant, il viole son devoir de veiller sur le patrimoine de la société[198].

3. Dommage

Le dommage doit s'être réalisé, car la gestion déloyale est un délit matériel. Le problème réside dans le fait, que le contrat avec soi-même, qui a qualité de constituer une déloyauté au sens pénal, n'est en principe pas valable en droit civil. C'est pourquoi le contrat est nul, sauf s'il est légitimé, et il ne peut jamais prendre ses effets. Il faut donc distinguer : si le contrat nul était déjà exécuté, la société subit un dommage temporel, qui suffit pour constituer cet élément constitutif de l'infraction. Si le contrat n'est que conclu, mais n'a pas encore pris effet et aucun autre dommage pour la société, il n'y a pas de dommage et alors pas de gestion déloyale achevée selon l'art. 158 ch. 1 al. 1. Dans ce cas-là, il faudrait donc examiner la tentative[199].

4. Intention

L'intention doit exister à l'égard de tous les aspects objectifs. L'élément subjectif de l'auteur ne va jamais poser un problème, car il connait ses pouvoirs de gestionnaire. L'intention sur le comportement illicite est donc déjà plus difficile à démontrer. En général, les administrateurs d'une SA doivent

[191] DONATSCH, p. 276 ; STEININGER, p. 285 s. ; FF 1991 II 1018 ; DONATSCH, Aktiengesellschaft, p. 5 s.
[192] Voir supra II. A. 1. a. i. ; II. A. 2. a. i.
[193] Voir supra II. A. 1. a. iii ; CAPUS, p. 265.
[194] STEININGER, p. 288 s.
[195] ATF 39 II 561, consid. 2.
[196] ATF 126 III 361, consid. 3a) ; ATF 95 II 442, consid. 5 ; ATF 89 II 321, consid. 5 ; GARBARSKI, p. 141.
[197] Voir supra III. B. 1. a.
[198] Arrêt de l'Obergericht zurichois du 6 juin 1990, in : RSJ 88 (1992), p. 187 ss, consid. 1.5.2.
[199] CASSANI, p. 90.

connaitre l'illicéité du contrat avec soi-même, car il est réglé par les réglementations de *corporate governance*[200]. En revanche, un actionnaire unique qui s'octroie un prêt de la SA par sa propre signature, pourrait dire, qu'il pensait, que dans cette constellation un contrat avec soi-même est licite.

En ce qui concerne le dommage, l'intention est très difficile à démontrer. Quelqu'un qui connait la nullité d'un contrat avec soi-même, contraire au principe *at arm's length,* va l'éviter. Il va dire, qu'il s'est orienté au prix du marché. Considérant les conséquences du droit civil, personne ne va exécuter un contrat dont il sait qu'il doit rembourser toutes les prestations et payer des éventuels dommages et intérêts[201]. Les tribunaux suisses appliquent un régime très rigide en ce qui concerne l'intention, notamment le dol éventuel[202]. Il doit « être strictement caractérisé »[203].

5. Dessein d'enrichissement illégitime

Le dessein d'enrichissement illégitime constitue une circonstance aggravante de l'infraction du ch. 1. Si un gestionnaire peut négocier un contrat d'un franc plus avantageux pour lui-même, l'autre partie va perdre un franc. Dans cette constellation c'est alors à peine possible d'admettre une gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 1, mais pas de la qualification selon l'al. 3.

6. Abus du pouvoir de représentation selon le ch. 2

L'infraction de l'abus du pouvoir de représentation selon le ch. 2 a une portée très limitée, et est notamment considérable, si la qualification d'auteur n'est pas remplie. Un gestionnaire, qui peut signer un contrat pour deux parties va normalement remplir les exigences d'auteur selon le ch. 1. De plus, un contrat, qui n'a pas qualité de constituer des obligations juridiques, ne peut pas remplir les éléments constitutifs d'un abus du pourvoir de représentation[204]. C'est pourquoi cette infraction n'est plus examinée ici.

7. Concours avec l'abus de confiance selon l'art. 138 ch. 1 CP

Si l'enrichissement illégitime est rempli, l'infraction est toujours très proche de l'abus de confiance, qui prime la gestion déloyale. Comme indiqué ci-dessus[205], un organe ne peut pas constituer un abus de confiance selon l'art. 138 ch. 1 CP, parce que la société gère son patrimoine elle-même, mais par ses organes[206]. Par cette pratique, un contrat avec soi-même du CEO d'une société est traité différemment que le même contrat par l'administrateur. Ce résultat n'est pas supportable. A notre avis, si l'auteur s'approprie un avantage pécuniaire, un abus de confiance en cas de contrat avec soi-même illicite constitue un abus de confiance. La théorie, que la société gère son patrimoine par ses organes sans le confier à eux ne convainc pas.

---

[200] ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, ch. 16 al. 3.
[201] HONSELL, p. 234.
[202] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 116 ; ATF 123 IV 17, consid. 3e) ; ATF 120 IV 190, consid. 2b) ; voir CAPUS, p. 267, qui critique ce pratique.
[203] ATF 123 IV 17, consid. 3e).
[204] Voir supra II. A. 2. ii. (2) ; BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 145.
[205] Voir supra II. B. 2.
[206] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 138 N 34b ; ATF 121 III 176, consid. 4d) ; TF du 28 février 2011 6B.609/2010, consid. 4.2.2 ; TF du 14 octobre 2010 6B.446/2010, consid. 6.3 ; autre avis : DONATSCH, Aktiengesellschaft, p. 25 ; DONATSCH, p. 113 s.

8. Conclusion

Le contrat avec soi-même est un phénomène qui est abordé par les juristes depuis longtemps[207]. Il est donc principalement un problème du droit civil, qui s'occupe de la validité de tels contrats. Quant aux Cours pénales, l'Obergericht zurichois a condamné un administrateur pour l'achat des actions pour le prix de la valeur nominale par un contrat avec soi-même[208]. L'intention de porter atteinte aux intérêts pécuniaires de la société est difficile à démontrer, car les administrateurs vont souvent essayer de cacher la disproportion des prestations. Cependant il s'agit d'une marche sur la corde raide entre la nullité et la validité du contrat. Par conséquent, il représente un avantage pour la sécurité juridique, si un contrat nul n'ait pas automatiquement des conséquences pénales.

B. Rémunération des administrateurs

La rémunération des administrateurs est un problème qui a suscité, ces derniers temps, un grand intérêt du public. Elle est examinée quant à sa pertinence pénale au sens de l'art. 158 CP séparément du contrat avec soi-même en général.

1. Auteur

Comme mentionné ci-dessus, les membres du conseil d'administration d'une SA sont toujours qualifiés d'auteur d'une gestion déloyale[209].

2. Comportement illicite

Le comportement illicite est très difficile à démontrer. Le conseil d'administration a toujours la possibilité de justifier que sa rémunération est au prix du marché et la prestation en retour équivalente à son salaire. En Suisse, il n'y avait donc jamais une condamnation pénale pour une rémunération excessive dans une société cotée[210]. En cette matière, les juges allemands sont plus stricts[211].

En Suisse, il y a eu un cas très connu, où les Messieurs Barnevik et Lindahl d' ABB ont perçu CHF 148 millions pour la caisse de pension. Le ministère public n'a pas vu en ce cas un comportement illicite[212]. C'était parce qu'ils n'ont agi ni sans consentement des organes, ni par utiliser des valeurs particulièrement protégés[213].

Le nouvel al. 3 de l'art. 95 Cst. va implémenter de nouveaux devoirs du conseil d'administration concernant la rémunération dans la loi. En violation de ces devoirs, les administrateurs pourront

[207] Voir ATF 39 II 561.
[208] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 96 ; Arrêt de l'Obergericht zurichois du 6 juin 1990, in : RSJ 88 (1992), p. 187 ss, consid. 1.5.2.
[209] Voir IV. A. 1.
[210] HÄUSERMANN, N 17.
[211] Voir Mannesmann-Prozess : BGH 3 StR 470/04 – Urteil vom 21 Dezember 2005 (LG Düsseldorf), trouvé sur http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/04/3-470-04.php le 29 avril 2013 ; HÄUSERMANN, N 17 ; CAPPEL, p. 95.
[212] NZZ du 5 octobre 2005 : « Strafverfahren gegen ABB-Chefs Barnevik und Lindahl eingestellt », trouvé sur http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/newzzEEFJH0RU-12-1.175074 le 29 avril 2013 ; Le Temps du 6 octobre 2005 : « ABB : le scandal demeure », trouvé sur http://letemps.ch/Page/Uuid/974bcc52-aed9-11dd-bf59-ad3d6140ad87#.UX5qh8p1klQ le 29 avril 2013 ; CAPPEL, p. 107.
[213] NZZ du 5 octobre 2005 : « Strafverfahren gegen ABB-Chefs Barnevik und Lindahl eingestellt », trouvé sur http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/newzzEEFJH0RU-12-1.175074 le 29 avril 2013 ; CAPPEL, p. 107.

constituer une utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion selon l'art. 158 ch. 1 CP. Par conséquent, une nouvelle infraction pénale n'est en principe pas nécessaire, mais il appartient au législateur de le décider. La norme constitutionnelle n'est donc pas directement applicable, il faut une transformation dans la loi[214]. *De lege lata*, la pratique restera encore stricte à l'application de la gestion déloyale pour des salaires excessifs.

Cette pratique est fortement critiquée par les médias[215]. Du point de vue juridique, une extension de la portée de la gestion déloyale serait une violation du principe *nulla poena sine lege*[216]. Le professeur de droit civil, Heinrich Honsell, est contre l'infraction de la gestion déloyale en tant que tel. « *Der weite Treubruchtatbestand des § 266 [D-StGB] wurde in Deutschland 1933 von den Nazis eingeführt, denen vorgeblich die Treue wichtig war, ein Begriff, mit dem sie viel Schindluder getrieben haben.* »[217] *De lege lata* l'infraction ne doit être appliquée qu'à des conditions très strictes[218].

Il faut ainsi prendre en considération les statuts de la société et le contrat avec l'administrateur. Ils contiennent souvent des dispositions sur la rémunération. Un dépassement de celles-ci peut constituer un comportement illicite selon l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion[219].

3. Dommage

Par une rémunération excessive, le conseil d'administration va toujours causer un dommage pour la SA, parce que, similairement au contrat avec soi-même, c'est elle qui perd de l'argent, si ses gérants se payent un salaire sans contre-prestation adéquat.

4. Intention

La preuve de l'intention de causer un dommage par une rémunération excessive est très difficile[220]. Pour cette raison, Jositsch/Schmid veulent étendre l'infraction par la négligence grave. Ainsi, les rémunérations excessives pourraient être pénalisées sans devoir démontrer l'intention de nuire à l'intérêt de la société[221]. Comme attesté ci-dessus[222], le Parlement ne soutient pas cette idée. C'est conforme à l'opinion majoritaire de la doctrine, que l'intention doit satisfaire des critères sévères[223].

5. Dessein d'enrichissement illégitime

Une rémunération vise toujours à un profit personnel. Si elle est excessive, le dessein d'enrichissement est automatiquement rempli.

---

[214] HÄUSERMANN, N 6.

[215] Le Temps du 6 octobre 2005 : « ABB : le scandal demeure », trouvé sur http://letemps.ch/Page/Uuid/974bcc52-aed9-11dd-bf59-ad3d6140ad87#.UX5qh8p1klQ le 29 avril 2013 ; KILLIAS, Martin, in : Tagesanzeiger du 12 janvier 2013 : « Abzocker müssen bestraft werden können », trouvé sur http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Abzocker-muessen-bestraft-werden-koennen/story/26202408 le 29 avril 2013.

[216] Voir art. 1 CP ; HONSELL, p. 231 ; CAPUS, 265 ; BERNASCONI, p. 266 s.

[217] HONSELL, p. 230.

[218] HONSELL, p. 233.

[219] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 58.

[220] JOSITSCH/SCHMID, p. 438.

[221] JOSITSCH/SCHMID, p. 438 s.

[222] Voir supra II. A. 1. b.

[223] BSK Strafrecht II-NIGGLI, Art. 158 N 116.

6. Conclusion

Selon la doctrine, une rémunération excessive du conseil d'administration pourrait constituer une gestion déloyale. La jurisprudence est donc très sévère avec de tels critères, car la preuve du comportement illicite est très difficile.

Par le nouvel art. 95 al. 3 Cst. des nouvelles normes du droit civil qui règlent la rémunération des administrateurs entreront en vigueur. Elles constituent des règles de comportement des gérants, qui ont qualité de référence pour la gestion déloyale. En cas de violation de telles normes, l'administrateur peut être pénalisé par l'infraction de gestion déloyale. Une nouvelle norme pénale n'est donc en principe pas nécessaire[224].

C. Administrateur fiduciaire

L'administrateur fiduciaire agit entre l'intérêt de deux personnes[225]. La protection pénale de l'intérêt de la société est plus intéressante que celle du fiduciant. Envers le mandant, le mandataire n'a guère qualité d'auteur. L'éventuel comportement illicite du fiduciant n'est pas examiné, car ce n'est pas un problème de conflits d'intérêts.

1. Auteur

L'administrateur fiduciaire est, comme indiqué par son nom, membre du conseil d'administration d'une société. Il et donc auteur possible de la gestion déloyale. S'il n'est qu'une marionnette du fiduciant, cela ne change rien à la relation fiduciaire envers de la société[226].

2. Comportement illicite, dommage

Le respect d'une instruction du fiduciant n'est pas un comportement illicite en tant que tel. C'est toujours une décision contraire à l'intérêt de la société qui constitue une déloyauté. En ce qui concerne la pertinence pénale d'une décision illicite, l'administrateur fiduciaire n'est pas traité différemment que l'administrateur « libre », particulièrement en ce qui concerne les tâches qui ne peuvent pas être déléguées[227].

3. Aspect subjectif

a. Intention

Est-ce qu'un administrateur, qui exécute sans remise en question les instructions d'un fiduciant, agit avec intention ? La jurisprudence exige des conditions strictes pour le dol éventuel[228]. On ne peut alors pas présumer une intention en cas d'exécution naïve. Cette question n'est donc pas répondue dans la doctrine. Il existe une raison d'exclure la culpabilité de l'erreur sur l'illicéité selon l'art. 21 CP. Ce n'est donc pas applicable ici, car la typicité de l'infraction exige une intention, soit le savoir de la violation

[224] HÄUSERMANN, N 18.
[225] Voir supra III. B. 2.
[226] LIPS-RAUBER, p. 27.
[227] DONATSCH, Aktiengesellschaft, p. 12.
[228] HURTADO POZO, N 1518.

d'une obligation du droit civile[229]. Une marionnette du fiduciant, qui méconnait que l'intérêt de la société prévaut les instructions du mandant ne peut, à notre avis, rester impuni. *De lege lata*, il semble, que c'est le cas. Il faut donc constater, que certaines obligations, notamment le devoir de fidélité selon l'art. 717 al. 1 CO sont des obligations évidentes, et l'administrateur ne peut normalement pas s'excuser, qu'il n'ait pas connu cette norme juridique. Dans les cas, où ce n'est pas très claire, si les instructions du fiduciant prévalent, ou il y a un intérêt de la société en conflit, la marionnette naïve semble d'être plus privilégié par le droit pénal, que l'administrateur fiduciaire prudent.

En tout cas, si l'administrateur connait ses devoirs, il doit considérer l'intérêt prépondérant du cas particulier. Parfois, il devra décider contre l'instruction, s'il estime que l'intérêt de la société est mis en danger[230]. Sinon, il remplit intentionnellement une gestion déloyale.

b. Dessein d'enrichissement illégitime

Parfois, un fiduciant pourrait donner des instructions, qui visent à lui procurer un enrichissement illégitime. Evidemment, l'administrateur a le devoir d'éviter cet enrichissement. S'il ne concerne pas l'intérêt de la société, il ne constitue pas seulement une utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion selon l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP, mais aussi la circonstance aggravante au sens de l'al. 3. La question de savoir si l'enrichissement se réalise chez l'auteur ou chez autrui n'est pas appréciable.

D. Concurrence entre la société et ses dirigeants et corporate opportunities

La concurrence entre la société et ses dirigeants et les corporate opportunities sont examinées ensemble, parce que les deux sont des situations de concurrence[231]. Les corporate opportunities sont des actes spécifiques, tandis que la concurrence est une mise en danger constante des intérêts de la société.

1. Comportement illicite

La concurrence entre la société et ses dirigeants est contraire au devoir de fidélité selon l'art. 717 al. 1 CO. Pour des autres types de société, c'est expressément interdite par la loi[232].

Les statuts, règlements internes ou le contrat avec l'administrateur indiquent le seuil de l'intensité et les circonstances de la concurrence constituant un comportement illicite[233].

2. Dommage

La concurrence entre la société et ses dirigeants ne constitue pas automatiquement un dommage. La société peut perdre une chance, si le directeur débauche un client de la société pour son entreprise en concurrence ou s'il utilise les informations internes pour gagner un marché public.

[229] HURTADO POZO, N 1510 ; URBACH, p. 50 s.
[230] LAZOPOULOS, p. 65, 85.
[231] BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 18.
[232] Voir supra III. B. 4.
[233] ATF 105 IV 307, consid. 3a).

Le dommage n'est donc pas déjà constitué par le fait qu'un directeur est en concurrence avec la société. Il faut qu'il prenne un avantage pour profiter de sa position et gérer un avantage pour l'entreprise en concurrence au préjudice de la société.

3. Lien de causalité

La difficulté de preuve dans cette constellation de conflit d'intérêts est le lien de causalité. Le comportement illicite est évident, ainsi que la perte d'une chance, si une autre entreprise en concurrence gagne un marché. Par contre, il est difficile de démontrer, que le dommage ne se serait pas réalisé dans l'hypothèse où le directeur n'ait pas été en concurrence. En revanche, en cas de *corporate opportunities* le lien de causalité n'est pas problématique, parce que la société a été frustrée d'un marché à cause du comportement du directeur.

En cas de concurrence directe des entreprises, le lien de causalité peut être supposé, la situation est en effet insoutenable[234].

4. Consentement

Dans le cas, où l'assemblée générale a élu un organe d'une société en concurrence, dans le conseil d'administration, elle pourrait avoir donné son consentement. En ce cas, l'administrateur a encore les mêmes devoirs de fidélité envers la société. Il est élu pour intensifier les relations entre les entreprises et non pour les nuire. Car une gestion déloyale est toujours un cas spécifique, au moment où un dommage se réalise, l'élection consciente d'un tel administrateur n'est pas un consentement à causer un dommage.

E. Synthèse

Dans un arrêt du Tribunal fédéral, les juges ont décidé, qu'un gestionnaire, qui a travaillé en concurrence de son employeur, « *hat er sich diesem gegenüber der Untreue im Sinne des Art. 159 [aCP] schuldig gemacht, denn innerhalb des Geschäftsführungsbereichs ist es dem Geschäftsführer untersagt, eigene Interessen zu verfolgen; diese sind den Interessen des Geschäftsherrn hintanzustellen* »[235]. Le comportement illicite d'un gestionnaire dans la situation de conflit d'intérêts est alors, qu'il agit contre l'intérêt de la société. Toutefois, le problème est, que par cette définition, toutes les violations du devoir de fidélité selon l'art. 717 al. 1 CO pourraient ainsi constituer une infraction pénale selon l'art. 158 CP. Selon le teneur de la loi, ceci est effectivement le cas pour l'aspect objectif. Cependant, la gestion déloyale est un délit intentionnel. C'est pourquoi il faut démontrer l'intention de l'auteur, ce qui, selon la jurisprudence, doit répondre aux critères stricts[236]. En revanche, pour la responsabilité civile, la négligence, même la faute légère, suffit[237].

[234] BÖCKLI, § 13 N 611.
[235] ATF 105 IV 307, consid. 3b).
[236] ATF 123 IV 17, consid. 3e).
[237] CR CO II-CORBOZ, art. 754, N 37.

V. Conclusion

La gestion déloyale selon l'art. 158 contient deux infractions séparées, l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion et l'abus du pouvoir de représentation. L'infraction de base est constituée par un auteur qui a le devoir de gérer le patrimoine d'autrui ou de surveiller la gestion. Le comportement illicite est réalisé par une violation d'une obligation du droit civil. Cette obligation peut avoir différentes sources, c'est pourquoi l'infraction est parfois critiquée à l'égard du principe *nulla poena sine lege certa*. La jurisprudence répond à ces préoccupations, en posant des exigences strictes pour la preuve de l'intention. Par conséquent, l'auteur doit savoir que son comportement est illicite et qu'il cause un dommage. Le dommage est le résultat de cette infraction.

Le dessein d'enrichissement illégitime constitue une circonstance aggravante de l'infraction. Dans la plupart des cas, il est rempli, parce que les auteurs ont rarement une intention de nuire à la société sans avoir un profit personnel. A notre avis, la systématique du droit pénal ne permet pas la condamnation d'un gestionnaire, qui a fait une faute de gestion. Le caractère condamnable ne devrait être rempli que s'il vise à se procurer un profit illégitime[238]. La violation d'un contrat appartient au droit civil. Ceci est donc un problème politico-juridique.

L'abus du pouvoir de représentation est la deuxième infraction de l'art. 158 CP. Elle est une disposition subsidiaire à l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion. Elle a pour but de condamner des représentants, qui n'ont pas de qualité d'auteur de l'infraction de base. En ce qui concerne les directeurs d'une SA elle n'a guère de signification.

Les infractions de gestion déloyale rendent condamnable un acte, soit par commission, soit par omission, dont résulte un dommage. Une situation latente, qui met en danger le patrimoine n'est pas comme tel punissable. C'est pourquoi une situation conflictuelle des intérêts n'a pas de conséquences pénales, jusqu'il y a un acte de l'auteur qui manifeste ce conflit. Les divers types de conflits d'intérêts ont des différents dangers de constituer une gestion déloyale.

Avec un contrat avec soi-même l'auteur cause un dommage par un contrat favorisant une partie par des prestations non-équilibrées. La difficulté lie dans la preuve de l'inégalité du contrat. Une déloyauté selon l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP n'est constituée que si le contrat est nul selon les exigences du Tribunal fédéral. Un contrat avec soi-même qui ne respecte pas le principe *dealing at arm's length* est une déloyauté qui résulte dans un dommage. Il a alors qualité de constituer une utilisation déloyal d'un pouvoir de gestion.

La rémunération excessive des administrateurs est un cas similaire au contrat avec soi-même. *De lege lata* il n'y a pas de normes juridiques dont la violation peut constituer une déloyauté. Le prix du marché n'est pas une valeur utilisable pour un juge pénal, parce que le salaire des administrateurs est à déterminer pour chaque cas individuellement. Aujourd'hui une condamnation selon l'art. 158 CP pour la rémunération excessive est rarement possible.

Un cas de conflit d'intérêts très différent est le cas de l'administrateur fiduciaire. Il a toujours les mêmes devoirs de fidélité que les administrateurs « libres », mais en même temps il a aussi une obligation de loyauté envers le fiduciant. En ce qui concerne la gestion déloyale, un administrateur

[238] Ainsi HONSELL, p. 236.

fiduciaire, qui agit selon les instructions du mandant, en violant des devoirs envers la société, remplit l'aspect objectif de l'utilisation déloyale d'un pouvoir de gestion. Cependant, si la déloyauté n'est pas évidente, il peut manquer d'intention et donc rester impuni. Par conséquent, un administrateur prudent est plus facilement condamnable qu'une marionnette naïve du fiduciant.

La concurrence entre la société et ses dirigeants est une mise en danger constante des intérêts de la société. Pour une condamnation pour gestion déloyale, il faut qu'un dommage se réalise causé par une favorisation de l'entreprise en concurrence de l'administrateur. En cas de concurrence directe des entreprises, le lien de causalité est supposé, car la situation conflictuelle est insoutenable.

La gestion déloyale, dont notamment le ch. 1, fait punissable tout comportement des membres du conseil d'administration opposant l'intérêt de la société. Pour garantir que non tous les actes résultant dans une action civile sont ainsi condamnable de droit pénal, la jurisprudence a des exigences strictes pour l'intention. Il faut notamment bien distinguer le dol éventuel de la négligence consciente.

Bibliographie

AEPPLI, Viktor, Zur Entschädigung des Verwaltungsrates, in : RSDA 2002, p. 269 ss.

BERNASCONI, Paolo, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung – Relevanz von neuen Verhaltensnormen und neuen Anlagerisiken für die Anwendbarkeit von Art. 158 StGB, in : ACKERMANN, Jürg-Beat, DONATSCH, Andreas, REHBERG, Jörg (édit.), Wirtschaft und Strafrecht – Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2001, p. 255 ss.

BERTSCHINGER, Urs, Führung und Verantwortung in der Aktiengesellschaft – Aktuelle Fragen und Perspektiven für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleistung, in : LUTERBACHER, Thierry (édit.), Verantwortlichkeits-, Zivilprozess- und Versicherungsrecht, Bd 1 « Versicherung in Wissenschaft und Praxis, Sonderdruck, Zurich, St. Gall (Dike), 2012.

BEYELER, Karin, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, th., Zurich (Schulthess), 2004.

BLANC, Mathieu, Corporate Governance dans les groupes de sociétés – De l'organisation équilibrée des organes dirigeants dans les groupes de sociétés, th., Zurich, St. Gall (Dike), 2010.

BÖCKLI, Peter, Schweizer Aktienrecht – mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4ème éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2009.

CAFLISCH, Silvio, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, th., Zurich (Schulthess), 1961.

CAPPEL, Alexander, Der Straftatbestand der Untreue (§266 StGB) in europäischer Perspektive : Ein Fall europäischer Entkriminalisierung?, in : KritV 2008 p. 94 ss, Baden-Baden (Nomos), 2008.

CAPUS, Nadja, Wann ist riskantes Geschäften kriminell? – Zur Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts im Rahmen von Art. 158 Ziff. 1 StGB, in: RPS 128 (2010), p. 258 ss.

CASSANI, Ursula, La protection pénale du patrimoine – autonomie et détermination par le droit civil, th., Lausanne (Payot), 1988.

CORBOZ, Bernard, Les infractions en droit suisse – Volume I, 3ème éd., Berne (Stämpfli), 2010.

VON DER CRONE, Hans Caspar, Interessenkonflikte im Aktienrecht, in : RSDA 1994, p. 1 ss.

DAENIKER, Daniel, Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumsgesellschaften – Eine Bestandesaufnahme aus rechtsvergleichender Sicht, in : RSJ 101 (2005), p. 381.

DONATSCH, Andreas : Strafrecht III – Delikte gegen den Einzelnen, 9ème éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2008.

DONATSCH, Andreas, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, in : RPS 114 (1996), p. 200 ss.
(cit. DONATSCH, Aspekte).

DONATSCH, Andreas, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft, in : RPS 120 (2002), p. 1 ss.
(cit. DONATSCH, Aktiengesellschaft).

DOUCET, Michael, FLECK, Klaus E.W., Dictionnaire juridique et économique Allemand – Français, tome 2, 7ème éd., Munich, Bâle, Vienne (C.H. Beck, Helbing Lichtenhahn, MANZ), 2012.

DU BOIS-PEDAIN, Antje, Die Strafbarkeit untreueartigen Verhaltens im englischen Recht, in: ZStW 122 (2010), p. 325 ss, Berlin, New York (De Gruyter).

DUPUIS, Michel, GELLER, Bernard, MONNIER, Gilles, MOREILLON, Laurent, PIGUET, Christophe, BETTEX, Christian, STOLL, Daniel (édit.), Code pénal, Petit Commentaire, Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2012.
(cit. DUPUIS et al., PC CP, Art. x N y).

FLEISCHER, Holger, Wettbewerbs- und Betätigungsverbote für Vorstandsmitglieder im Aktienrecht, in : Die Aktiengesellschaft 50 (2005) p. 336 ss, Cologne (Otto Schmidt).

FORSTMOSER, Peter, MEIER-HAYOZ, Arthur, NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Berne (Stämpfli), 1996.

FRENCH, Derek, MAYSON, Stephen, RYAN, Christopher, Company Law, 26ème éd., Oxford (Oxford), 2009.

GARBARSKI, Andrew M., La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, th., Zurich (Schulthess), 2006.

GAUCH, Peter, SCHLUEP, Walter R, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9ème éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2008.

GRONER, Roger, Treuepflicht im Konzern (BGE 130 III 213), in : recht 2004, p. 160 ss.

HANDSCHIN, Lukas, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidfindung, in : VON DER CRONE, Hans Caspar, WEBER, Rolf H., ZÄCH, Roger, ZOBL, Dieter (édit.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2003, p. 169 ss.
(cit. HANDSCHIN, FS Forstmoser).

HÄUSERMANN, Daniel, Strafrechtliche Konsequenzen der « Abzocker »-Initiative, in : Jusletter du 11 février 2013.

HOBBES, Thomas, Leviathan, 1651.

HOMBURGER, Eric, Art. 706-725, in : GAUCH, Peter, SCHMID, Jörg (édit.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Zurich (Schulthess), 1997.
(cit. ZK OR-HOMBURGER).

HONSELL, Heinrich, Entwicklungstendenzen im strafrechtlichen Vermögensschutz, in : ACKERMANN, Jürg-Beat, DONATSCH, Andreas, REHBERG, Jörg (édit.), Wirtschaft und Strafrecht – Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2001.

HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, WATTER, Rolf (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II – Art. 530 – 964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 4ème éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2012.
(cit. BSK OR II-AUTEUR/AUTRICE, Art. x N y).

HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, WIEGAND, Wolfgang (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I – Art. 1 – 529 OR, 5ème éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2011.
(cit. BSK OR I-AUTEUR/AUTRICE, Art. x N y).

HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2012.

HURTADO POZO, José, Droit pénal – Partie spéciale, nouvelle éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2009.

ISENRING, Bernhard, die Strafbarkeit des direkten bürgerlichen Stellvertreters nach Art. 158 Ziff. 2 StGB – Mit einer ausführlichen Darstellung des bürgerlichen Stellvertretungsrechts, th., Zurich (Schulthess), 2007.

JOSITSCH, Daniel, SCHMID, Julia, Neue Tendenzen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe, in : PJA 2010 p. 435 ss.

KILLIAS, Martin, in : Tagesanzeiger du 12 janvier 2013 : « Abzocker müssen bestraft werden können », trouvé sur http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Abzocker-muessen-bestraft-werden-koennen/story/26202408 le 29 avril 2013.

KILLIAS, Martin, KUHN, André, DONGOIS, Nathalie, AEBI, Marcelo F., Précis de droit pénal général, 3ème éd., Berne (Stämpfli), 2008.

KOENIG, Daniela, Das Verbot von Insiderhandel – Eine rechtsvergleichende Analyse des schweizerischen Rechts und der Regelungen der USA und der EU, th., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2006.

LAMBERT, Claude, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, th., Berne (Stämpfli), 1992.

LAUFHÜTTE, Heinrich Willhelm, RISSING-VAN SAAN, Ruth, TIEDEMANN, Klaus (édit.), Leipziger Kommentar StGB, Band 9/Teil 1, §§ 263-266, 12ème éd., Berlin, Boston (De Gruyter), 2012.
(cit. Leipziger Kommentar-AUTEUR/AUTRICE).

LAZOPOULOS, Michael, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, th., Zurich (Schulthess), 2004.

Le Temps du 6 octobre 2005 : « ABB : le scandale demeure », trouvé sur http://letemps.ch/Page/Uuid/974bcc52-aed9-11dd-bf59-ad3d6140ad87#.UX5qh8p1klQ le 29 avril 2013.

LIPS-RAUBER, Christina, Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, th., Zurich (Schulthess), 2005.

MEDICUS, Dieter, PETERSEN, Jens, Bürgerliches Recht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 23ème éd., Munich (Vahlen), 2011.

MEIER-HAYOZ, Arthur, FORSTMOSER, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht – mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10ème éd., Berne (Stämpfli), 2007.

MONTAVON, Pascal, Droit suisse de la SA, 3ème éd., Lausanne (éditions juridiques AMC), 2004.

NIGGLI, Marcel Alexander, WIPRÄCHTIGER, Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht II – Art. 111 – 392, 2ème éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2007.
(cit. BSK StGB II-AUTEUR/AUTRICE Art. x N y).

NZZ du 5 octobre 2005 : « Strafverfahren gegen ABB-Chefs Barnevik und Lindahl eingestellt », trouvé sur http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/newzzEEFJH0RU-12-1.175074 le 29 avril 2013.

OFS, Condamnations d'adultes pour crime ou délit du code pénal (CP), depuis 1984, trouvé sur http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzelnen.html le 9 avril 2013.

ORMEROD, David, Smith and Hogan's Criminal Law, 13ème éd. Oxford (Oxford), 2011.

PICENONI, Vito, Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit, in : RSJ 51 (1955), p. 321 ss.

PICHONNAZ, Pascal, FOËX, Bénédict (édit.), Commentaire romand, Code civil I – Art. 1-359 CC Commentaire, Bâle (Helbing-Lichtenhahn), 2010.
(cit. CR CC I-AUTEUR/AUTRICE, Art. x N y).

RUEDIN, Roland, Droit des sociétés, 2ème éd., Berne (Stämpfli), 2007.

SCHMID, Niklaus, Schweizerisches Insiderstrafrecht – ein Kommentar zu Art. 161 des Strafgesetzbuches : Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen, Berne (Stämpfli), 1988.

SCHÖNKE, Adolf, SCHRÖDER, Horst (édit.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 27ème éd., Munich (Beck), 2006.
(cit. SCHÖNKE/SCHRÖDER – AUTEUR/AUTRICE § x N y).

SCHUBARTH, Martin, Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung, in : SCHMID, Niklaus, KILLIAS, Martin (édit.), Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, Berne (Stämpfli, RPS), 1996, p. 71 ss.

SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6ème éd., Berne (Stämpfli), 2012.

SOMMER, Christa Alexandra, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, th., Zurich, St. Gall (Dike), 2010.

VON STAUDINGER, J, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), éd. 2009, Berlin (Sellier, de Gruyter), 2009.
(cit. STAUDINGER/AUTEUR (2009) § x N y).

VON STEIGER, Fritz, Zur Frage der rechtlichen Stellung des « abhängigen Verwaltungsrates », in : SAG 27 (1954/1955), p. 33 ss.

STEININGER, Thomas Alexander, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, th., Zurich (Schulthess), 2011.

STRATENWERTH, Günter, JENNY, Guido, BOMMER, Felix : Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil I : Straftaten gegen Individualinteressen, 7ème éd., Berne (Stämpfli), 2010.

TERCIER, Pierre, Le droit des obligations, 4ème éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 2009.

TERCIER, Pierre, AMSTUTZ, Marc (édit.), Commentaire romand, Code des obligations II – Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion, Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2008.
(cit. CR CO II-AUTEUR/AUTRICE, art. x. N y).

THÉVENOZ, Luc, WERRO, Franz (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I – Art. 1-529 CO, 2ème éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2012.
(cit. CR CO I-AUTEUR/AUTRICE, art. x N y).

TRECHSEL, Stephan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess), 1997.

TRIGO TRINDADE, Rita, De devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts, in : SJ 1999 II, p. 385 ss.

URBACH, Guido, Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, th., Zurich (Schulthess), 2002.

WERRO, Franz, Les conflits d'intérêts de l'avocat, in : FELLMANN, Walter, HUGUENIN JACOBS, Claire, POLEDNA, Tomas, Schwarz, Jörg (édit.), Droit suisse des avocats, Berne (Stämpfli), 1998.

WÜRSCH, Daniel, Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft – Seine rechtliche Stellung sowie mögliche Massnahmen zur Verhinderung einer Schädigung von Gesellschaft und Mitaktionären, th., Zurich (Schulthess), 1989.

Jurisprudence

Arrêts du Tribunal fédéral publiés

ATF 39 II 561.
ATF 50 II 168.
ATF 62 II 274.
ATF 63 II 173.
ATF 80 IV 243.
ATF 82 II 148.
ATF 84 II 550.
ATF 86 II 159.
ATF 86 IV 12.
ATF 89 II 321.
ATF 95 II 442.
ATF 95 II 442.
ATF 96 IV 99.
ATF 100 IV 33.
ATF 103 IV 237.
ATF 105 IV 106.
ATF 105 IV 307.
ATF 109 Ib 47.
ATF 109 IV 111.
ATF 111 IV 60.
ATF 117 IV 259.
ATF 120 IV 190.
ATF 121 III 176.
ATF 121 IV 104.
ATF 122 IV 279.
ATF 123 IV 17.
ATF 126 III 361.
ATF 129 IV 124.
ATF 130 III 213 in : JdT 2004 I 228.

Arrêts du Tribunal fédéral non-publiés

TF du 2 mars 2000 6S.604/1999.
TF du 15 mars 2001 6S.587/2000.
TF du 21 novembre 2002 6S.249/2002.
TF du 14 octobre 2003 4C.143/2003.
TF du 1 octobre 2009 4A.317/2009.
TF du 14 octobre 2010 6B.446/2010.
TF du 28 février 2011 6B.609/2010.
TF du 3 décembre 2012 4A.360/2012.
TF du 14 janvier 2013 6B.326/2012.

Arrêt du Tribunal pénal fédéral

TPF du 26 janvier 2009 SK.2008.5.

Arrêts des cours cantonaux

Arrêt de l'Obergericht zurichois du 2 mai 1967, in : ZR 68 (1969), p. 92 ss.

Arrêt de l'Obergericht zurichois du 6 juin 1990, in : RSJ 88 (1992), p. 187 ss.

Arrêt étranger

BGH 3 StR 470/04 – Urteil vom 21. Dezember 2005 (LG Düsseldorf), trouvé sur http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/04/3-470-04.php le 29 avril 2013.

Bordereau des matériaux

Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2751) geändert worden ist, Deutsches Aktiengesetz, AktG allemand, trouvé sur http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf le 26 mai 2013.

Botschaft vom 18. Juni 1991 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) sowie betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Landesversorgung (Strafbestimmungen), BBl 1991 II 969 ss.

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909 ; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 7. Mai 2013 (BGBl. I S. 1122) geändert worden ist, Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, BGB allemand, trouvé sur http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf le 26 mai 2013.

Code de commerce, Code de commerce français, trouvé sur http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=ECB53E84BA009EB40448D508551802E8.tpdjo14v_2?dateTexte=20130526&cidTexte=LEGITEXT000005634379&fastReqId=1052716894&fastPos=1&oldAction=rechCodeArticle le 26 mai 2013.

Code pénal, Code pénal français, CP-F, trouvé sur http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=ECB53E84BA009EB40448D508551802E8.tpdjo14v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20130526 le 26 mai 2013.

Companies Act 2006 – Chapter 46, Companies Act 2006 anglais, CA 2006, trouvé sur http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf le 26 mai 2013.

ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, 2007, trouvé sur http://www.economiesuisse.ch/fr/PDF%20Download%20Files/pospap_swiss-code_corp-govern_20080221_fr.pdf le 26 mai 2013.

Fraud Act 2006 – Chapter 35, Fract Act 2006 anglais, trouvé sur http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/pdfs/ukpga_20060035_en.pdf le 26 mai 2013.

Message du 18 juin 1991 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Infractions contre le patrimoine et faux dans les titres) ainsi que la modification de la loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays (dispositions pénales), FF 1991 II 933 ss.

Message du 27 septembre 2011 relatif à la modification de la loi sur les bourses (Délits boursiers et abus de marché), FF 2011 6329 ss.

OFS, Code pénal – condamnation selon articles du CP, trouvé sur http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/03/key/straftaten/delikte_im_einzelnen.html le 9 avril 2013.

Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 8. April 2013 (BGBl. I S. 734) geändert worden ist, Deutsches Strafgesetzbuch, D-StGB, trouvé sur http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf le 26 mai 2013.

Theft Act 1978 – Chapter 31, Theft Act 1978 anglais, trouvé sur http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/31/pdfs/ukpga_19780031_en.pdf le 26 mai 2013.