

# Conflits d'intérêts d'employés et conventions de départ de dirigeants : arrêts récents choisis du Tribunal fédéral

Françoise MARTIN ANTIPAS

Docteur en droit, spécialiste FSA droit du travail  
Avocate associée, Resolution Legal Partners, Lausanne

## Introduction<sup>1</sup>

Lorsqu'un employé assume une autre fonction que celle de partie employée au contrat de travail, les intérêts de son employeur peuvent diverger de ceux résultant de cette fonction là. Tel peut être le cas du dirigeant préparant sa convention de départ. Les thèmes d'actualité du conflit d'intérêts et des conventions de départ occupent les acteurs du droit de l'entreprise. Nombreux sont les points de contact entre le droit des sociétés et le droit du travail. La présente contribution vise à revenir sur certaines décisions récentes du Tribunal fédéral en la matière.

## I. Point de départ : devoir(s) de fidélité

En vertu de son obligation de diligence et de fidélité, l'employé doit sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son employeur<sup>2</sup>. Dans son aspect négatif, l'obligation de fidélité implique que l'employé s'abstienne de tout comportement susceptible de léser lesdits intérêts, en particulier de causer un dommage économique à son employeur<sup>3</sup>. Le devoir de fidélité vaut de manière accrue pour les cadres<sup>4</sup>. Selon les circonstances et les responsabilités de l'employé, il comprend un devoir de renseigner l'employeur afin que celui-ci puisse prendre au besoin des mesures pour le déroulement du travail<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Etat au 1<sup>er</sup> décembre 2018.

<sup>2</sup> Art. 321a al. 1 CO.

<sup>3</sup> Jean-Philippe DUNAND, *in* Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON (éds), Berne 2013, N 14 *ad* art. 321a CO.

<sup>4</sup> Rémy WYLER/Boris HEINZER, *Droit du travail*, 3<sup>ème</sup> édition, Berne 2014, p. 76.

<sup>5</sup> TF 4A\_287/2017 du 13 octobre 2017, c. 4.2.2.

L'employé qui est en même temps organe, en particulier administrateur, est lié à la société par un double rapport<sup>6</sup>. Il doit, en plus de son obligation de fidélité en tant qu'employé, respecter l'obligation de diligence et de fidélité prévue par l'article 717 alinéa 1 CO<sup>7</sup> et sauvegarder les intérêts de la société<sup>8</sup>.

Au sein d'un groupe, le devoir de fidélité de l'article 321a CO peut obliger l'employé dirigeant à considérer les intérêts de l'ensemble de ce groupe et à sauvegarder les intérêts légitimes supérieurs du groupe en tant qu'unité économique<sup>9</sup>.

## **II. Définition des intérêts de l'employeur**

### **A. Concrétisation dans les directives internes**

#### *1. Arrêt relatif au motif prétexte et abusif du conflit d'intérêts*

Dans son arrêt du 25 juillet 2018<sup>10</sup>, le Tribunal fédéral a retenu qu'un employeur avait adopté un comportement contradictoire et résilié le contrat de son employée abusivement ; il a confirmé l'allocation de l'indemnité maximale de six mois de salaire<sup>11</sup>.

Une employée infirmière au sein d'un EMS était en même temps représentante thérapeutique<sup>12</sup> de sa tante résidente au sein dudit établissement. La perte des dentiers de cette résidente suscita des échanges entre l'EMS et l'employée en sa qualité de représentante thérapeutique. L'employeur ordonna un ultimatum à son employée en lui laissant le choix de renoncer à son emploi, ou à sa fonction de représentante, ou de placer la résidente dans un autre établissement. L'employée n'ayant pas obtempéré, l'employeur résilia le contrat de travail.

Pour le Tribunal fédéral, dans la mesure où la double casquette de l'employée était connue de l'employeur, le motif du « *conflit d'intérêts entre la fonction d'employée*

<sup>6</sup> Contractuel, en vertu du droit du travail, et organique, en vertu du droit des sociétés.

<sup>7</sup> A ce sujet, notamment Boris HEINZER, Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé, in Panorama en droit du travail : Recueil d'études réalisées par des praticiens, Rémy WYLER (éd.), Berne 2009, p. 349 ss, p. 358 ss.

<sup>8</sup> TF 4A\_55/2017 du 16 juin 2017, c. 4.2.

<sup>9</sup> ATF 130 III 213, c. 2.2.1 et 2.2.2. Selon l'approche formelle de la jurisprudence, il existe en principe une seule entité partie employeur ; notamment TF 4A\_564/2015 du 13 novembre 2015 et TF 4A\_344/2015 du 10 décembre 2015. Du côté de l'employeur, le droit d'émettre des directives n'est en principe reconnu qu'à la société ayant conclu le contrat de travail, et non aux autres sociétés du groupe, sauf si le contrat de travail prévoit des modalités différentes : Jean-Philippe DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON (éds), Berne 2013, N 10 ad art. 321d CO.

<sup>10</sup> TF 4A\_485/2017 du 25 juillet 2018.

<sup>11</sup> Art. 336a al. 2 CO.

<sup>12</sup> Au sens de l'article 378 CC.

de l'EMS et celle de représentante thérapeutique d'une résidente » invoqué par l'employeur à l'appui du licenciement n'était qu'un prétexte et apparaissait dès lors comme abusif. Si l'employeur se souciait réellement d'un conflit d'intérêts susceptible de nuire à la résidente, il pouvait envisager d'autres mesures pour éviter que la représentante thérapeutique ne doive intervenir.

## 2. Enseignements

Cet arrêt illustre qu'il est opportun que l'employeur fasse usage de son pouvoir d'émettre des directives et instructions<sup>13</sup> et qu'il définisse, dans son règlement d'entreprise ou dans une charte spécifique, la notion de conflit d'intérêts – soit ses intérêts qu'il considère comme légitimes – et les obligations de ses employés dans ce cadre, en tenant compte des règles professionnelles existantes. L'employeur ne peut ensuite rester inactif dans l'application de ses directives et spécialement s'il a connaissance d'une situation problématique.

## B. Intérêt social comme intérêt de l'employeur

### 1. Arrêt relatif à l'indemnité de départ du directeur

L'arrêt du Tribunal fédéral du 22 août 2018<sup>14</sup> ayant déjà été résumé et commenté<sup>15</sup>, nous en rappelons les éléments topiques : un employé CFO, administrateur et actionnaire au sein d'un groupe, s'était vu prévoir en sa faveur une indemnité de départ de deux ans de salaire.

Le Tribunal fédéral a retenu que l'employeur était valablement représenté lors de la modification du contrat de travail prévoyant l'indemnité précitée, vu qu'il n'existait pas de conflit entre les intérêts de la société et ceux du bénéficiaire employé : ce dernier était actionnaire unique (avec l'autre bénéficiaire CEO) de la société holding, elle-même seule propriétaire de toutes les entités du groupe, y compris de la filiale employeur, si bien que la situation était comparable à celle d'un actionnaire unique.

### 2. Réflexions

Un contrat conclu avec un dirigeant de la société peut être qualifié de contrat avec soi-même – soit une opération pour propre compte, qui représente un cas de conflit d'intérêts – lorsque ce dirigeant est contractant comme organe et employeur d'un

---

<sup>13</sup> Art. 321d CO.

<sup>14</sup> TF 4A\_645/2017 du 22 août 2018.

<sup>15</sup> Marie-Christine BALZAN, Contrat avec soi-même : L'admissibilité d'une indemnité de départ octroyée au sein d'une société à actionnaire unique – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_645/2017, Newsletter DroitDuTravail.ch, novembre 2018 ; Jean-Luc CHENAUX/Joséphine MARMY, Opérations pour propre compte au sein de sociétés unipersonnelles : une confirmation bienvenue, Bulletin CEDIDAC n° 78.

côté, et comme travailleur de l'autre<sup>16</sup>. L'opération est en principe nulle<sup>17</sup>, à moins qu'il n'y ait confusion des intérêts comme dans le cas de l'indemnité de départ objet de l'arrêt d'août 2018.

Le but social permet de circonscrire les actes de représentation de la société qui sont admissibles<sup>18</sup> ; il peut s'agir à la fois des actes utiles à la société ou usuellement nécessaires à son activité, et des actes ayant trait à des affaires inhabituelles qui ne sont pas manifestement exclus par le but social<sup>19</sup>. Quant à la répartition des compétences entre le conseil d'administration et la direction, il faut distinguer entre la conduite globale de la société et la haute direction, et la conduite opérationnelle, qui peut être déléguée selon l'article 716*b* CO<sup>20</sup>.

Un dirigeant doit respecter les dispositions légales et statutaires, et veiller à l'intérêt social. Un directeur qui modifie unilatéralement, sans décision favorable du conseil d'administration, le logo de l'entreprise, partie de sa *corporate identity*, ne respecte pas la répartition des compétences internes et viole gravement son contrat de travail ; il s'expose à un licenciement immédiat<sup>21</sup>. Ce dernier arrêt illustre que, même non concrétisée dans des directives, l'obligation de fidélité du dirigeant employé est étendue ; celui-ci doit respecter la répartition des compétences, que cette répartition découle directement de la loi ou qu'elle soit précisée dans un règlement d'organisation qui vaut directive de l'employeur<sup>22</sup>.

### **III. Perspectives quant aux conventions de départ**

Dans l'arrêt traité ci-dessus<sup>23</sup>, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'admissibilité générale, au regard de l'intérêt social, des accords prévoyant le versement d'indemnités de départ à des administrateurs ou dirigeants.

Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a examiné si une convention de séparation était conforme aux usages du marché, pour déterminer s'il existait un conflit d'intérêts évident et reconnaissable par l'employé signataire, et dès lors si un abus du pouvoir de représentation de la société pouvait lui être opposé ; il a à cette occasion notamment retenu qu'il n'y avait rien d'insolite à ce qu'un CEO soit libéré de son obligation de travailler durant son délai de résiliation de six mois<sup>24</sup>.

---

<sup>16</sup> Guy MUSTAKI/Luca URBEN, Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs, *in* SJ 2014 II, p. 109 ss, p. 143 s.

<sup>17</sup> TF 4A\_55/2017 du 16 juin 2017, c. 4.2.

<sup>18</sup> Art. 718*a* al. 1 CO.

<sup>19</sup> TF 4A\_55/2017 du 16 juin 2017, c. 5.2.1.

<sup>20</sup> TF 4A\_349/2017 du 23 janvier 2018, c. 3.1.

<sup>21</sup> TF 4A\_349/2017 du 23 janvier 2018, spécialement c. 4.3.

<sup>22</sup> *Ibidem* ; aussi Fernand CHAPPUIS, Règlement d'organisation du conseil d'administration et directives de l'employeur – Propos croisés à partir des articles 716*b* et 321*d* CO, *in* GesKR 2007, p. 68 ss, p. 70.

<sup>23</sup> TF 4A\_645/2017 du 22 août 2018.

<sup>24</sup> TF 4A\_55/2017 du 16 juin 2017, c. 5.2.3.

*Conflits d'intérêts d'employés et conventions de départ de dirigeants*

Si la convention de fin des rapports de travail constitue souvent une voie privilégiée pour une séparation avec un dirigeant, il faut, d'une part, veiller aux personnes représentant la personne morale employeur, et, d'autre part, apprécier le contenu de l'accord à la lumière non seulement du droit du travail – son économie générale et ses concessions réciproques<sup>25</sup> – mais aussi du droit des sociétés – en particulier l'intérêt social. Les enseignements de la jurisprudence valent à notre sens tant pour la rédaction des conventions de départ sous l'angle du droit du travail que pour la préparation de documents sociaux adaptés tels les règlements internes.

---

<sup>25</sup> Etant précisé que la clause par laquelle l'employé renonce au droit de faire contrôler judiciairement les concessions réciproques d'une convention de départ est nulle ; TF 4A\_13/2018 (4A\_17/2018) du 23 octobre 2018, c. 5.1.