

Marie-Noëlle Zen-Ruffinen
Marc Bauen

Le conseil d'administration

Table des matières

Avant-propos	V
Sommaire	VI
Liste des abréviations	XI
§ 1 Généralités	1
I. Remarques préliminaires	4
A. Le conseil d'administration comme organe exécutif de la société	4
B. Les modèles de corporate governance	4
C. Les conditions personnelles	7
1. L'âge	7
2. Le nombre de mandats	7
3. La durée maximale (totale) des mandats	9
4. L'indépendance	10
5. Les compétences	11
6. La diversité de genre	14
II. Le début et la fin du mandat d'administrateur	16
A. Le début du mandat	16
1. Les conditions d'éligibilité	16
a) Personne physique dotée de l'exercice des droits civils	16
b) Conditions statutaires	17
c) Incompatibilité des fonctions d'administrateur et de réviseur ...	17
d) Cumul des fonctions d'administrateur et d'employé	18
2. L'élection, la durée du mandat, la réélection	19
B. La fin du mandat	22
1. L'expiration de la durée	22
2. La révocation	22
3. La démission	23
4. Les autres motifs de fin de mandat	24
5. La radiation du registre du commerce	25
III. La composition du conseil d'administration	25
A. Le nombre d'administrateurs	26
B. La représentation de groupes au sein du conseil d'administration	28
1. La représentation de catégories d'actions	28
2. La représentation de minorités ou de groupes	29
3. La révocation du représentant de catégories d'actions, de minorités ou de groupes	30
4. La représentation des participants	30
5. La représentation de corporations de droit public	31
C. Aucune représentation de tiers	32

IV.	Questions particulières	32
A.	L'administrateur fiduciaire	32
B.	L'administrateur occulte et l'administrateur de fait	34
C.	Société sans conseil d'administration	36
D.	Nombre insuffisant d'administrateurs	37
E.	Le surnombre d'administrateurs	38
F.	La suspension d'un administrateur	38
§ 2	Les droits et les obligations de l'administrateur	41
I.	Le rapport juridique entre l'administrateur et la société	44
II.	Les droits de l'administrateur	45
A.	Le principe: égalité des droits	45
B.	Le droit de gestion et le pouvoir de représentation	46
C.	Le droit à l'information	47
1.	L'information et la responsabilité	47
2.	Le droit à l'information en général	49
3.	La communication d'informations et les rapports/les documents essentiels pour l'information de l'administrateur	50
4.	Le droit à l'information pendant les séances	53
5.	Le droit à l'information hors séances	55
6.	La préparation des séances: le droit à l'information préalable	56
7.	Le sort des documents remis à l'administrateur	56
8.	Le droit de consulter les documents	57
9.	La décision du conseil d'administration in corpore	58
10.	La digitalisation du conseil d'administration	59
D.	Le droit à une rémunération	60
1.	En général	60
2.	Le fondement de la rémunération	61
3.	Le montant de la rémunération	64
4.	La rémunération sous forme d'actions et d'options	66
5.	La publication des rémunérations	68
6.	Excursus: le traitement fiscal des rémunérations	70
a)	En général	70
b)	Administrateurs domiciliés en Suisse	71
c)	Administrateurs domiciliés à l'étranger	76
E.	Le droit à la décharge	77
F.	Le droit de participer à l'assemblée générale	78
III.	Les devoirs de l'administrateur	79
A.	Le devoir d'exécution personnelle	79
B.	Le devoir de diligence	79
1.	L'objet de la diligence	79
2.	Le degré de diligence	81

3. Le devoir de diligence et la «business judgment rule»	82
C. Le devoir de fidélité	83
1. La priorité des intérêts de la société	84
2. L'interdiction de faire concurrence	85
3. L'interdiction d'effectuer des opérations d'initiés	86
4. Le devoir de fidélité de l'actionnaire majoritaire	87
5. Le devoir de fidélité du représentant d'une minorité au sein du conseil	88
6. Le devoir de fidélité après la fin du mandat d'administrateur	89
7. Le devoir de discrétion	89
8. Le devoir de fidélité et la gestion déloyale	90
D. Le conflit d'intérêts et le devoir de récusation	91
1. En général	91
2. Les règles de conduite pratiques	92
E. Le devoir de respecter l'égalité de traitement	94
1. Le principe de l'égalité de traitement	94
2. L'égalité de traitement et la protection des actionnaires minoritaires	95
3. La mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement	96
F. Les conséquences des manquements aux devoirs	97
§ 3 L'organisation du conseil	99
I. Les principes d'organisation	103
A. L'autonomie d'organisation	103
1. Le principe	103
a) La solution légale: la gestion collective	103
b) Autres possibilités d'organisation	104
2. Les limites à l'autonomie d'organisation	105
B. La constitution du conseil d'administration	106
C. Les organes exécutifs de la société	107
1. Le président du conseil d'administration	107
a) Terminologie	107
b) Fonction de direction et de «pont» avec la direction générale ...	108
c) Révocation	110
2. Le président d'honneur	111
3. Le vice-président du conseil d'administration	111
4. Le délégué du conseil d'administration	112
5. Le lead director	113
6. Le secrétaire du conseil d'administration	114
7. Les comités du conseil d'administration	117
a) En général	117
b) Rôle des <i>non-executive directors</i>	120
c) Comité d'audit et (comité) de risques	122

d) Comité de rémunération	127
e) Comité de nomination	130
f) Autres comités	131
8. Les comités consultatifs	132
9. Les directeurs, les fondés de procuration et les mandataires	132
a) Les directeurs	132
b) Les fondés de procuration et autres mandataires	133
D. La révocation et la suspension	134
II. Les séances du conseil d'administration et les décisions	136
A. Les séances du conseil d'administration	136
1. Le rôle du président du conseil	136
2. La préparation des séances et la convocation	138
3. La tenue de la séance	139
a) Direction de la séance	139
b) Participation de personnes n'appartenant pas au conseil d'administration/huis clos	140
B. La prise de décision	141
1. Le quorum de présence	141
2. La majorité requise	142
3. Le vote à bulletin secret	143
4. La voix prépondérante du président	144
C. Le vote des membres du conseil d'administration	144
1. L'exercice du droit de vote	144
2. La représentation aux séances du conseil d'administration	145
3. Le vote par correspondance	145
4. La conférence téléphonique ou la participation à distance	146
5. Le vote de l'administrateur fiduciaire	147
D. Les décisions prises par voie de circulation	147
1. Le principe	147
2. Les exceptions	149
E. Le procès-verbal et le registre des actions	150
1. Le procès-verbal des séances du conseil	150
a) Fonction	150
b) Contenu	151
c) Procès-verbal et conseil d'administration unipersonnel	152
d) Approbation du procès-verbal et confidentialité	153
2. Les procès-verbaux des séances de comités	154
3. Le droit de consultation et la transmission du procès-verbal	154
4. La tenue du registre des actions et de la liste des détenteurs d'actions au porteur et d'ayants droit économiques annoncés à la société	155
F. La nullité des décisions du conseil d'administration	158
1. En général	158

2.	Les motifs de nullité	159
a)	En général	159
b)	Restriction du droit de contrôle des administrateurs (CO 706b ch. 2)	159
c)	Mépris des structures de base de la société ou infraction aux dispositions de protection du capital (CO 706b ch. 3)	160
d)	Nullité pour vice de forme (grave)	161
III.	La délégation de la gestion	162
A.	En général	162
1.	Le système «moniste atténué»	162
2.	Le règlement d'organisation	163
a)	Le règlement comme base de la délégation	163
b)	Contenu	164
c)	Publication	169
3.	La délégation sous réserve d'approbation («affaires réservées»)	170
B.	Les destinataires de la délégation	171
1.	Le délégué du conseil d'administration (ou «administrateur- délégué»)	171
2.	La direction	171
a)	En général	171
b)	Avantages et inconvénients	172
3.	Le cumul des fonctions de président du conseil et de CEO	173
a)	En général	173
b)	Appréciation	175
4.	Le cas particulier des banques, des négociants en valeurs mobilières et des entreprises d'assurance privées	176
a)	Banques	176
b)	Négociants en valeurs mobilières	177
c)	Entreprises d'assurance privées	177
5.	La délégation de la gestion (et des pouvoirs de représentation) à des tiers externes	177
§ 4	Les attributions du conseil d'administration	179
I.	En général	183
A.	La présomption générale de compétence	183
B.	La compétence générale de gestion	184
C.	Les autres attributions du conseil d'administration	185
II.	Les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil	186
A.	En général	186
B.	La haute direction	188
1.	En général	188
2.	La direction stratégique de la société	189

3.	Les instructions et la surveillance de la direction	193
a)	Instructions	193
b)	Surveillance de la direction	194
4.	La gestion des risques	195
5.	La fonction du président du conseil	198
6.	La haute direction du groupe	198
C.	L'organisation	199
1.	En général	199
2.	Le règlement d'organisation	201
3.	Le «controlling» comme instrument de gestion	201
4.	La surveillance et l'adaptation de l'organisation	203
5.	L'organisation inadéquate et les sanctions pénales	203
D.	La responsabilité financière	204
1.	L'organisation de la comptabilité	205
2.	Le contrôle interne	209
3.	L'établissement du plan financier	212
E.	La nomination et la révocation de la direction; la rémunération des dirigeants et l'établissement d'un rapport de rémunération	213
1.	La nomination de la direction	213
2.	La révocation de la direction	215
3.	La rémunération des dirigeants	217
4.	L'établissement d'un rapport de rémunération	224
F.	La haute surveillance	226
1.	En général	226
2.	L'exercice de la haute surveillance	227
a)	Généralités	227
b)	<i>Compliance</i>	228
c)	Rapport et « <i>management letters</i> » de l'organe de révision	234
d)	Comité d'audit (<i>audit committee</i>)	235
G.	Le rapport de gestion et la préparation de l'assemblée générale	236
1.	L'établissement du rapport de gestion	236
2.	La préparation de l'assemblée générale	240
H.	L'information au juge en cas de surendettement	242
I.	Les comités du conseil et les comités consultatifs	242
III.	Cas particuliers	243
A.	Le conseil d'administration unipersonnel	243
B.	Les conseils d'administration de PME et de sociétés de famille	244
C.	Le conseil d'administration d'une filiale	247
D.	Le conseil d'administration d'une société commune	248
E.	Le conseil d'administration d'une banque	249
F.	Le conseil d'administration d'un véhicule de placements collectifs	250
G.	L'administrateur agissant comme représentant d'une personne morale	251

H. Le conseil d'administration d'une société cible d'une OPA	252
§ 5 La représentation de la société et la responsabilité du fait des organes	253
I. La représentation de la société	255
A. En général	255
B. Le but social comme limite générale des pouvoirs de représentation ...	256
II. Les titulaires du droit de représentation	258
A. En général	258
B. La délégation de la compétence de nommer les représentants	261
III. Les restrictions aux pouvoirs de représentation	261
A. Sur le plan externe	261
B. Sur le plan interne	262
IV. La forme de la signature	263
V. La réquisition au registre du commerce et les titres susceptibles d'inscription	264
A. La réquisition au registre du commerce	264
B. Les titres susceptibles d'inscription	266
VI. Le contrat avec soi-même et la double représentation	267
VII. Cas particuliers: la représentation passive et la représentation découlant de la connaissance (<i>Wissensvertretung</i>)	269
VIII. La responsabilité de la société du fait de ses organes	270
A. En général	270
B. Les conditions spécifiques de la responsabilité	271
1. La qualité d'organe	271
2. La gestion des affaires sociales	272
C. Les autres conditions	272
D. La responsabilité du fait des auxiliaires	273
E. Sur le plan procédural	274
§ 6 Gestion de crise: la menace d'insolvabilité, la perte de capital, le surendettement et l'assainissement	275
I. Le conseil d'administration dans l'entreprise en crise	278
A. L'entreprise en crise	278
B. Le «nouveau» rôle du conseil d'administration	280
II. La menace d'insolvabilité	282
III. La perte de capital	284
A. La perte de la moitié du capital	284
1. Le calcul	284
2. Bilan intermédiaire	287

3. Le compte de résultat et le tableau des flux de trésorerie	287
B. La convocation de l'assemblée générale	288
C. L'assainissement	291
1. En général	291
2. Les mesures d'assainissement	291
IV. Le surendettement	294
A. En général	294
B. La constatation du surendettement	296
1. Le bilan intermédiaire	296
2. La vérification du bilan intermédiaire	298
C. L'assainissement extrajudiciaire	299
D. La postposition et la lettre de confort	300
1. La postposition	300
a) En général	300
b) Effet	302
2. La lettre de confort	304
V. L'ouverture et l'ajournement de la faillite (aperçu)	305
A. L'ouverture de la faillite	305
B. L'ajournement de la faillite	306
1. En général	306
2. Les effets	308
3. La désignation d'un curateur	310
4. La renonciation à publier l'ajournement	311
C. <i>Excursus</i> : le concordat	312
§ 7 La responsabilité	315
I. Généralités	319
A. L'évolution de la responsabilité	319
B. Les chefs de responsabilité	319
II. La responsabilité pour la gestion	320
A. En général	320
B. L'organe	322
1. L'organe au sens formel	322
2. L'organe au sens matériel	323
a) En général	323
b) Personne morale actionnaire	325
c) Groupe de sociétés	326
d) Actionnaire unique ou majoritaire	326
e) Résumé	327
B. La qualité pour agir	327
1. En général	327
2. La qualité pour agir hors faillite	329

a)	En cas de dommage direct subi par le créancier ou l'actionnaire	329
b)	En cas de dommage subi par la société	330
3.	La qualité pour agir dans la faillite	332
a)	En général	332
b)	En cas de dommage direct subi uniquement par l'actionnaire ou le créancier (action individuelle)	332
c)	En cas de dommage subi par la société uniquement (action collective de l'ensemble des créanciers)	333
d)	En cas de dommage direct du créancier et de la société	336
C.	Les conditions (de fond) de la responsabilité	337
1.	Le dommage	337
2.	Le lien de causalité	338
3.	La faute	339
4.	La violation d'un devoir	342
D.	La limitation de la responsabilité en cas de délégation	347
1.	Les conditions de la délégation	347
2.	L'effet de la délégation	347
E.	La limitation de la responsabilité en cas de décharge	349
F.	La solidarité et le droit de recours	351
1.	La solidarité	351
2.	Le droit de recours	353
G.	La procédure	354
1.	La prescription	354
2.	Le for	355
H.	Responsabilité et <i>corporate governance</i>	356
III.	La responsabilité pour le prospectus d'émission et la responsabilité dans les actes de fondation (aperçu)	359
A.	La responsabilité pour le prospectus d'émission	359
1.	Le cercle des responsables et la légitimation active	359
2.	Les conditions matérielles de la responsabilité	360
B.	La responsabilité dans les actes de fondation	363
1.	Le cercle des responsables et la légitimation active	363
2.	Les conditions matérielles de la responsabilité	364
IV.	La responsabilité selon la loi sur les banques (aperçu)	365
V.	La responsabilité découlant du droit public (aperçu)	366
A.	La responsabilité en droit fiscal (aperçu)	366
1.	L'impôt sur le revenu et sur la fortune	366
2.	La TVA	367
3.	L'impôt anticipé	368
B.	La responsabilité en droit des assurances sociales (aperçu)	369
VI.	La responsabilité pénale (renvoi)	372
VII.	Quelques recommandations pour limiter le risque de responsabilité	373

A. Risque accru de responsabilité	373
B. Recommandations lors de l'acceptation du mandat d'administrateur ..	375
C. Recommandations dans l'exercice du mandat d'administrateur	377
D. Recommandations en cas de démission du conseil d'administration ...	379
§ 8 L'assurance responsabilité civile	381
I. En général	383
II. Le transfert du risque sur la société	383
A. La convention d'indemnisation	383
B. Les frais de procès	384
III. Le transfert du risque sur l'actionnaire principal	386
IV. Le transfert du risque sur une assurance	387
A. Généralités	387
B. Les types de contrats	387
1. L'assurance individuelle et l'assurance collective	387
2. L'assurance D&O	388
C. Le contenu typique d'une assurance D&O	389
1. L'étendue de l'assurance	389
2. Les personnes assurées	390
3. L'extension de la couverture au groupe	391
4. La cession du droit à la prestation d'assurance	391
5. Les prétentions découlant du rapport de travail	392
6. La prise en charge des frais en matière pénale	392
7. Les frais de rétablissement de la réputation	393
8. La couverture d'assurance en cas de négligence grave	393
9. La validité temporelle	393
10. La validité territoriale	394
11. La franchise	394
12. Les restrictions et les exclusions de la couverture d'assurance	394
13. Les dispositions générales	396
D. Critique	396
§ 9 Corporate Governance	397
I. Généralités	400
A. La définition	400
B. Le contenu	401
C. Les excès	402
D. L'autoréglementation et le principe du <i>comply or explain</i>	404
II. Les influences	404
A. Généralités	404
B. L'évolution de la <i>corporate governance</i> aux Etats-Unis	406
1. Les premiers développements	406

2.	Le Blue Ribbon Report (1999): recommandations concernant l'audit committee	407
3.	Le Sarbanes-Oxley Act (2002)	409
a)	Généralités	409
b)	Contenu	410
4.	Les Listing Standards révisés de la NYSE	413
5.	Le US Dodd-Frank Act	416
C.	L'évolution de la <i>corporate governance</i> en Grande-Bretagne	418
1.	Les premiers développements	418
2.	Le Turnbull Report (1999)	419
3.	Le UK Corporate Governance Code (anciennement Combined Code)	420
4.	Le Higgs Report (2003)	420
5.	Le Smith Report (2003)	422
III.	La <i>corporate governance</i> en Suisse	423
A.	Le Code des obligations	423
1.	En général	423
2.	L'article 716a CO (attributions du conseil)	425
3.	L'article 663b ^{bis} CO (transparence des rémunérations)	427
4.	Les autres dispositions	429
B.	Le droit boursier	430
1.	En général	430
2.	La Directive Corporate Governance	430
C.	Le rôle du registre du commerce	431
D.	Le Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise	431
1.	En général	431
2.	Le contenu	433
a)	Respect des actionnaires (Code suisse, ch. 1 à 8)	433
b)	Coordination de la stratégie et des finances (Code suisse, ch. 9)	434
c)	Composition équilibrée du conseil d'administration et formation continue de ses membres (Code suisse, ch. 12 et 13)	434
d)	Auto-évaluation du conseil d'administration (Code suisse, ch. 15)	436
e)	Information du conseil d'administration (Code suisse, ch. 16) ..	436
f)	Gestion des conflits d'intérêts et traitement des informations d'initiés (ch. 17)	437
g)	Présidence du conseil d'administration et direction: cumul ou dissociation des fonctions (Code suisse, ch. 19)	438
h)	Système de contrôle interne, gestion des risques et conformité aux règles (« <i>compliance</i> ») (Code suisse, ch. 20 et 21)	439
i)	Comités du conseil d'administration (Code suisse, ch. 22)	441
j)	Indépendance des membres des comités (Code suisse, ch. 23, 25, 26 et 14)	442

k) <i>Audit committee</i> (Code suisse, ch. 23 et 24)	442
l) Comités de rémunération et de nomination (Code suisse, ch. 25 à 26)	444
m) Rémunération des organes (Annexe 1 au Code suisse, ch. 30 à 38)	444
E. La <i>corporate governance</i> au sein des entreprises non cotées	447
1. La <i>corporate governance</i> dans les grandes entreprises	447
2. La <i>corporate governance</i> dans les PME	448
a) En général	448
b) Contrôle interne, gestion des risques et conformité aux règles (<i>compliance</i>)	449
F. La révision du droit de la société anonyme	450
1. En général	450
2. La rémunération des organes: publication et droit de vote des actionnaires	452
3. Le renforcement des droits des actionnaires	455
a) Droit aux renseignements et à la consultation de certains docu- ments	456
b) Examen spécial	457
c) Droit de demander la convocation de l'assemblée générale, droit de faire inscrire des objets à l'ordre du jour et droit de proposition	458
d) Droit d'élire les administrateurs	459
e) Action en restitution de prestations indues	459
4. La représentation institutionnelle des actionnaires	461
5. La composition et l'organisation du conseil d'administration	464
6. La responsabilité de l'organe de révision	466
§ 10 Les attributions du conseil d'administration dans la loi sur la fusion (aperçu)	468
I. En général	471
II. La fusion	472
A. La notion	472
B. La procédure de fusion	473
1. Le contrat de fusion	473
2. Le rapport de fusion	475
3. La vérification de la fusion	476
C. Les attributions du conseil d'administration	477
1. La conclusion du contrat de fusion	477
2. L'établissement et l'approbation du rapport de fusion	478
3. L'information des actionnaires et la préparation de l'assemblée générale	479
4. Les mesures d'exécution	480
III. La scission	481

	A. La notion	481
	B. La procédure	482
	C. Les attributions du conseil d'administration	482
IV.	La transformation	483
	A. La notion	483
	B. La procédure	484
	1. Le projet de transformation	484
	2. Le rapport de transformation et la vérification	485
	C. Les attributions du conseil d'administration	485
V.	La procédure simplifiée pour les PME et en cas de restructuration intra-groupe	485
	A. En général	485
	B. Les allègements en cas de fusion	486
	1. En général	486
	2. Les attributions du conseil d'administration dans la procédure simplifiée	486
	C. Les allègements en cas de scission et de transformation	487
VI.	Le transfert de patrimoine	488
	A. La notion	488
	B. La procédure	489
	1. En général	489
	2. Le contrat de transfert	489
	3. L'inscription au registre du commerce	490
	4. Les autres mesures d'exécution	490
	C. Les attributions du conseil d'administration	491

§ 11 Les attributions du conseil d'administration dans le droit boursier (aperçu)

	(aperçu)	493
I.	Généralités	497
	A. Le droit boursier	497
	B. Les normes comptables	499
	C. L'établissement de rapports intermédiaires	501
II.	La publicité des participations	502
	A. L'obligation de déclarer	502
	B. La violation de l'obligation de déclarer	505
III.	La publicité des «transactions du management»	506
IV.	La publicité annuelle fondée sur la Directive <i>Corporate Governance</i>	509
	A. En général	509
	B. Aperçu des informations soumises à publicité	510
	C. La force contraignante et la mise en œuvre de la DCG	515
V.	La publicité événementielle	515
	A. En général	515

B.	Exemples de faits soumis à l'obligation de déclarer	517
C.	Les devoirs du conseil d'administration	519
D.	La violation du devoir d'informer	522
1.	Les sanctions prévues par le droit boursier	522
2.	La responsabilité civile	522
3.	Le délit d'initiés	524
VI.	L'offre publique d'acquisition	527
A.	Généralités	527
B.	Aperçu de la réglementation	531
1.	L'obligation de présenter une offre et l'opting out	531
a)	Obligation de présenter une offre	531
b)	<i>Opting out</i>	533
2.	Les dérogations à l'obligation de présenter une offre	536
3.	Le squeeze-out	539
C.	Les devoirs du conseil d'administration de la société offerante	540
1.	La décision d'acquisition	540
2.	Le respect des dispositions générales sur l'offre	541
3.	Le devoir de publier un prospectus	547
4.	L'obligation de déclarer en cours de procédure d'offre	550
5.	La publication du résultat	550
D.	Les devoirs du conseil d'administration de la société cible	551
1.	En général	551
2.	Le rapport du conseil d'administration	553
a)	En général	553
b)	Contenu du rapport	553
c)	Violation du devoir d'informer	556
3.	Les mesures de défense	557
a)	Conseil d'administration	557
b)	Assemblée générale	558
c)	Exemples de mesures de défense licites	560
d)	Exemples de mesures de défense illicites	563
e)	<i>Excursus</i> : Mesures de défense prises par des sociétés non cotées	565
	Bibliographie	567
	Répertoire alphabétique des matières	651