

**L'ORGANISATION, LA TRANSPARENCE  
ET LA GESTION DES CONFLITS  
D'INTÉRÊTS AU SEIN DU CONSEIL  
D'ADMINISTRATION**

*par*

**MICHEL JACCARD**

*Docteur en droit, avocat à Lausanne et Genève, chargé de  
cours à l'Université de Fribourg*

*et*

**THOMAS GOOSSENS**

*Licencié en droit, LLM, avocat à Genève*



## **I. INTRODUCTION**

Le 2 décembre 2005, le Conseil fédéral a publié pour consultation un Avant-Projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable (l'Avant-Projet)<sup>1</sup> ainsi qu'un rapport explicatif (le Rapport)<sup>2</sup>.

Les modifications proposées par l'Avant-Projet se comptaient par dizaines et visaient à renforcer le gouvernement d'entreprise, à adapter la structure du capital, à moderniser les règles de l'assemblée générale et à réformer le droit comptable<sup>3</sup>.

La mise en consultation de l'Avant-Projet a fait l'objet de très nombreuses prises de positions et a été, dans l'ensemble, accueillie favorablement. Ce sont notamment les dispositions relatives au renforcement du gouvernement d'entreprise qui ont prêté à controverse<sup>4</sup>, principalement en raison d'un accroissement des droits des actionnaires au détriment du conseil d'administration.

Prenant acte, pour partie du moins, des résultats de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a approuvé en date du 21 décembre 2007 un Message concernant la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable<sup>5</sup> (le Message).

---

<sup>1</sup> Avant-Projet du 2 décembre 2005 concernant la révision du Code des obligations, Droit de la société anonyme et droit comptable, disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice (rubrique thèmes, économie, législation).

<sup>2</sup> Rapport explicatif concernant l'Avant-Projet de révision du Code des obligations, Droit de la société anonyme et droit comptable du 2 décembre 2005, disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice (rubrique thèmes, économie, législation).

<sup>3</sup> Rapport, ch. 2.1, p. 8 s.

<sup>4</sup> Résumé des résultats de la procédure de consultation, Avant-Projet de révision du Code des Obligations : Droit de la société anonyme et droit comptable, Berne, février 2007, p. 6 s. (ci-après, les Résultats de la Procédure de Consultation), disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice (rubrique thèmes, économie, législation).

<sup>5</sup> Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la révision du Code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable ; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407.

Ainsi, la portée de la révision annoncée n'est pas anodine<sup>6</sup>. Si ses principales innovations sont adoptées par le Parlement fédéral, elle équivaldra matériellement à une refonte complète.

La dernière révision totale du droit de la société anonyme remonte à 1991<sup>7</sup>. Quinze ans auront donc suffi pour le rendre obsolète. Pendant cette période, il est vrai que l'environnement économique et réglementaire dans lequel les entreprises suisses et leurs dirigeants évoluent s'est considérablement modifié. On peut mentionner en particulier les facteurs suivants :

- i) Pour les grandes sociétés, le marché des capitaux en Suisse a connu une sophistication croissante, favorisée par l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) en 1997 et la mise en œuvre de plusieurs textes contraignants, sur le gouvernement d'entreprise (en 2002), la présentation des comptes (en 2004<sup>8</sup>) ou encore la transparence des transactions du management (en 2005<sup>9</sup>).
- ii) Parallèlement, les économies suisse et mondiale ont été le théâtre de mémorables débâcles qui ont mis en lumière de multiples carences<sup>10</sup>. Ces scandales ont également souligné l'implication croissante des investisseurs institutionnels et de l'actionnariat (*shareholder value*) et suscité de nombreuses discussions sur le rôle final de l'entreprise<sup>11</sup>. Concrètement, les autorités réglementaires ont adopté de nombreux textes visant un meilleur gouver-

---

<sup>6</sup> BÖCKLI qualifiait les modifications proposées dans le cadre de l'Avant-Projet de *mittelgross* ainsi que d'*Aggiornamento* (BÖCKLI Peter, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien und Rechnungslegungsrecht, Eine kritische Übersicht, GesKR 1/2006, p. 4 (cité : BÖCKLI, GesKR)).

<sup>7</sup> Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes (ci-après, Message 1983), FF 1983 II 781.

<sup>8</sup> Directive SWX concernant les exigences en matière d'établissement des rapports financiers du 29 janvier 2004, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005, disponible sur le site Internet de la SWX (rubrique admission, réglementation, directives).

<sup>9</sup> Directive SWX concernant la publicité des transactions du management (Directive sur les transactions du management ; DTM) du 7 janvier 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005, disponible sur le site Internet de la SWX (rubrique admission, réglementation, directives).

<sup>10</sup> KUNZ Peter, Permanent Umbruch im Gesellschaftsrechts, in : RSDA 2006, 151 ; Rapport, ch. 1.1, p. 2.

<sup>11</sup> FORSTMOSER Peter, Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung ? Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen, in : Mélanges SIMON, Francfort-sur-le-Main 2005, p. 207 ss.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

nement et une plus grande transparence de l'entreprise<sup>12</sup> et ont contraint plusieurs sociétés à améliorer leur fonctionnement interne<sup>13</sup>.

- iii) Faisant écho à cette mouvance, deux réglementations majeures ont vu le jour en Suisse en 2002 : d'une part, le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise d'économie-suisse (ci-après, le CSBP)<sup>14</sup>, qui contient un ensemble de recommandations non contraignante (*soft law*) s'adressant principalement aux sociétés ouvertes au public, mais également applicable par les sociétés privées qui le souhaitent et, d'autre part, la Directive SWX concernant les informations relatives à la *Corporate Governance* (la Directive SWX), révisée en dernier lieu le 29 mars 2006<sup>15</sup>.
- iv) L'adoption de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus) en 2003 a également contribué à la modification du paysage réglementaire pour les entreprises suisses.
- v) Le souci de transparence et de responsabilité s'est matérialisé par de nombreuses initiatives en matière comptable et de révision, qui ont abouti récemment – après plusieurs années de discussions – à l'adoption d'une règle sur la transparence des in-

---

<sup>12</sup> A noter en particulier : pour la Grande Bretagne, l'adoption par la bourse de Londres du *Combined Code* en 1998 et du nouveau Code de bonne pratique en 2003 ; pour les Etats-Unis, l'adoption en 1999 du *Blue Ribbon Report* soutenu par la *Securities and Exchange Commission* et en 2002 du *Sarbanes-Oxley Act* ; pour l'Allemagne, l'adoption en 2002 du *Deutscher Corporate Governance Kodex* ; pour la France, l'adoption en 1995 et 1999 des *rappports VIÉNOT I et II*.

<sup>13</sup> Voir l'exemple de la SGS : AMSTUTZ Max D., *Corporate Governance Konkret – SGS als Beispiel, Die Metamorphose einer Publikumsgesellschaft am Beispiel der SGS*, in : ST 2002, 1045 ; *contra* SALINA AMORINI Elisabeth, *Corporate Governance der SGS – Eine Replik Stellungnahme zum Beitrag von Max D. AMSTUTZ im ST 11/02*, in : ST 2003, 55.

<sup>14</sup> A noter que le CSBP a été complété le 6 septembre 2007 par une annexe contenant dix recommandations relatives à la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction (ci-après, l'Annexe 1 au CSBP). Cette annexe fait partie intégrante du CSBP et vient surtout préciser et compléter le contenu des recommandations 25 et 26 du CSBP concernant l'institution du comité de rémunération. Elle est disponible sur le site d'économiesuisse (rubrique Thèmes, Droit & Réglementation, Gouvernement d'entreprise) ; voir également à ce sujet HOFSTETTER Karl, *Fünf Jahre Swiss Code of Best Practice, Sonderbericht zur Frage der Entschädigung von Verwaltungsrat und Management in Publikumsgesellschaften*, Zürich 2007 (cité : HOFSTETTER).

<sup>15</sup> La nouvelle version est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2007.

demnités des dirigeants en octobre 2005<sup>16</sup> et de la Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR) du 16 décembre 2005<sup>17</sup>.

- vi) Enfin, surtout pour les petites et moyennes entreprises, la révision du droit de la Sàrl, adoptée en décembre 2005<sup>18</sup> et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, modifie plusieurs dizaines de dispositions dans le droit de la SA et offre d'intéressantes perspectives aux fondateurs et entrepreneurs en matière de choix de structure commerciale adaptée à leur activité<sup>19</sup>.

S'agissant plus particulièrement du sujet de la présente contribution, à savoir l'organisation du conseil d'administration et de la direction d'une société anonyme, les auteurs du Projet mettent l'accent sur un renforcement du gouvernement d'entreprise, que ce soit au sein de sociétés ouvertes au public ou de sociétés privées<sup>20</sup>. L'objectif avoué est *d'atteindre un équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société (checks and balances), une transparence suffisante des processus internes et la protection du statut juridique des actionnaires*<sup>21</sup>.

L'amélioration du gouvernement d'entreprise était déjà un des buts de la révision de 1991, notamment par le biais d'une plus grande transparence et d'une amélioration de la structure ainsi que du fonctionnement des organes<sup>22</sup>. De fait, la poursuite de cet objectif s'était essentiellement traduite à l'époque par l'adoption de l'article 716a CO, énumérant les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration

---

<sup>16</sup> Message du 23 juin 2004 relatif à la modification du Code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF 2004 4223 ; art. 663b<sup>bis</sup> CO ; BO/CN 2005 106, BO/CE 2005 538.

<sup>17</sup> FF 2005 6867 ; *cf.* également Message du 23 juin 2004 concernant la modification du Code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR, RS 221.302), FF 2004 3745.

<sup>18</sup> FF 2005 6809.

<sup>19</sup> Voir à cet égard BÖCKLI Peter/RUEDIN Roland/VON PLANTA Andreas/DUC Nicolas, *Le nouveau droit de la société à responsabilité limitée*, Urs PORTMANN (édit.), publication CEDIDAC no 70, Lausanne 2006 (cité : BÖCKLI/RUEDIN/VON PLANTA/DUC) ; JACCARD Michel/BARUH Erol, *Capital-risque et financement par étapes (staged financing) – De nouvelles perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl ?*, GesKR 3/2007, 280.

<sup>20</sup> Rapport, ch. 2.1, p. 8 ; Message, p. 1415 ss.

<sup>21</sup> Rapport, ch. 2.1, p. 10 ; Message, p. 1424.

<sup>22</sup> BÖCKLI, *Harte Stellen in Soft Law : Zum Swiss Code Of Best Practice For Corporate Governance*, in : ST 2002, p. 981 ss.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

chargé de la *haute direction* de la société<sup>23</sup>. Des modifications importantes devaient donc encore intervenir<sup>24</sup>. Le Projet s'en charge.

## **II. LES PRINCIPALES MODIFICATIONS TOUCHANT LE CONSEIL D'ADMINISTRATION ET LA DIRECTION**

Dans le cadre limité de cette contribution, nous étudierons successivement les modifications légales contenues dans le Projet sur la rémunération des dirigeants (**Section II.A.**), l'organisation du conseil d'administration et la gestion des conflits d'intérêts (**Section II.B.**), l'élection des membres du conseil (**Section II.C.**) et enfin la possibilité de prévoir une clause statutaire obligeant le conseil d'administration à soumettre certaines de ses décisions de gestion à l'approbation des actionnaires (**Section II.D.**).

Les modifications proposées en matière d'actions en responsabilité (art. 755 AP) et d'obligation des membres du conseil d'administration en cas de surendettement (art. 725 AP) sont discutées dans la contribution du Prof. PETER<sup>25</sup>.

### **A. Rémunération des dirigeants**

La rémunération des dirigeants d'entreprises (membres du conseil d'administration et de la haute direction) est un sujet sensible, qui nourrit chaque année de nombreuses déclarations au sein des assemblées générales et dans la presse<sup>26</sup>. A cet égard, une initiative populaire a été très récemment déposée à Berne et devrait être soumise au vote du peuple<sup>27</sup>. Ces

---

<sup>23</sup> BÖCKLI, De la rigueur dans le Soft Law, *in* : Corporate Governance en Suisse, François DESSEMONTET et Gaétan BOHRER (édit.), publication CEDIDAC no 54, Lausanne 2003, p. 243 ss, p. 246.

<sup>24</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 4, estime que de nombreuses mesures auraient déjà dû être adoptées lors de la révision de 1991.

<sup>25</sup> Voir p. 157.

<sup>26</sup> Voir not. NZZ du 10 mars 2007, Der Richtige Preis für Managerarbeit, p. 23 ; on mentionnera également les efforts déployés par la Fondation Ethos en relation avec la rémunération des cadres dirigeants des sociétés cotées membres du SMI.

<sup>27</sup> Initiative MINDER, « *Contre les rémunérations abusives* », déposée le 26 février 2008 avec 118'583 signatures et proposant l'adoption d'une norme constitutionnelle qui imposerait, entre autres, l'élection annuelle du conseil d'administration, un vote de

discussions sont ainsi en partie le reflet de l'inadéquation de la réglementation qui prévaut aujourd'hui et que nous commencerons par rappeler (Section II.A.1.).

## 1. Le régime actuel

Le Code des obligations ne contient aujourd'hui guère d'indications sur la question de la rémunération des dirigeants d'une société anonyme.

- i) En ce qui concerne *la rémunération de la direction*, l'article 716a ch. 1 et 4 CO se limite à indiquer qu'il appartient au conseil d'administration de la fixer.
- ii) S'agissant *des membres du conseil d'administration*, la loi permet simplement à l'assemblée générale de voter l'octroi de tantièmes aux administrateurs (art. 698 al. 2 ch. 4 CO), pour autant que les statuts de la société le prévoient (art. 627 ch. 2 CO). Peu de conseils d'administration sont cependant rémunérés aujourd'hui sur la base de tantièmes<sup>28</sup>. Outre des considérations fiscales (imposition sur le revenu), on peut penser que l'exigence de bénéfices préalables (art. 677 CO) a freiné l'introduction de tels instruments. Il est pourtant largement admis que l'activité d'un conseil d'administration peut être rémunérée indépendamment et au-delà de simples tantièmes prévus par les statuts, à savoir également en vertu d'un contrat (dans une relation d'employé ou de mandataire<sup>29</sup>) et en cas de pertes enregistrées au bilan<sup>30</sup>.

---

l'assemblée générale sur la somme globale des rémunérations des organes dirigeants, l'élection d'un comité de rémunération totalement indépendant par les actionnaires, l'interdiction des parachutes dorés et autres indemnités de départ ainsi que la menace de sanctions pénales allant jusqu'à trois ans de prison en cas d'infraction à ces dispositions.

<sup>28</sup> DAENIKER Daniel, Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumsgesellschaften – Eine Bestandaufnahme aus rechtsvergleichender Sicht, *in* : RSJ 101 (2005), p. 381 ss, (cité : DAENIKER), p. 384 ; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2004 (cité : BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht), § 12 no 5 ; HUNGERBÜHLER Ivo W., Der Verwaltungsratspräsident, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Herausgegeben von Prof. Dr. Peter FORSTMOSER, Band 219, Schulthess 2003, p. 176.

<sup>29</sup> Sur la qualification du contrat d'administrateur, *cf.* notamment : BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 13 no 88 s. ; FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996 (cité : FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL),



*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

- iii) Enfin, en ce qui concerne la *transparence*, l'article 663b<sup>bis</sup> CO prévoit notamment que les sociétés dont les actions sont cotées en bourse doivent publier en annexe à leur bilan le montant des indemnités perçues directement ou indirectement par des membres du conseil d'administration, de la direction, du conseil consultatif, des proches<sup>31</sup> ou d'anciens membres<sup>32</sup>. La même règle s'applique à tout prêt ou crédit en cours qui leur a été accordé.

Ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont toutefois véritablement posé de limites claires à la rémunération des membres du conseil d'administration au-delà des tantièmes, qui a été abordée le plus souvent sous l'angle du devoir de diligence, de fidélité et de loyauté (art. 717 CO)<sup>33</sup>.

A cet égard, dans une affaire où les statuts octroyaient à l'assemblée générale la compétence de fixer la rémunération des membres du conseil d'administration en fonction de leur *activité*, le Tribunal fédéral a jugé, il y a bientôt cinquante ans, que le juge ne devait intervenir que si le montant en cause ne pouvait se justifier raisonnablement du point de vue économique ou entamait le droit des actionnaires au dividende<sup>34</sup>.

---

§ 28 no 2 ss ; WERNLI Martin, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR II, HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf (Hrsg.), Bâle 2002, *ad art.* 710 no 9 ; ATF 130 III 213 ; ATF 128 III 129 ; ATF 125 III 78.

<sup>30</sup> Voir par exemple DAENIKER, p. 384 et les références citées ; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 13 no 239 ss ; HUNGERBÜHLER, p. 176.

<sup>31</sup> S'agissant des proches des membres du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif, l'art. 663b<sup>bis</sup> al. 1 ch. 2 CO prévoit que la publication n'intervient que lorsque les indemnités perçues ne sont pas conformes à la pratique du marché.

<sup>32</sup> S'agissant des anciens membres du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif, l'art. 663b<sup>bis</sup> al. 1 ch. 3 CO prévoit que la publication n'intervient que lorsque les indemnités perçues ne sont pas conformes à la pratique du marché ou lorsque les indemnités versées le sont en relation avec leur ancienne fonction d'organe de la société.

<sup>33</sup> Voir par exemple MUSTAKI Guy, Corporate Governance et responsabilité du conseil d'administration, *in* : RSDA 2004, 64 (cité : MUSTAKI, RSDA 2004), p. 65.

<sup>34</sup> ATF 86 II 159, 162-163 : « En principe, l'assemblée générale est libre dans la fixation de la rétribution des administrateurs. Cependant, cette liberté est restreinte par le droit des actionnaires au dividende. Le montant alloué au conseil d'administration ne doit pas, en effet, avoir pour conséquence de faire passer des intérêts particuliers avant les intérêts légitimes de la société et des actionnaires. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà exposé dans ses arrêts antérieurs, il faut donc que la rémunération fixée soit justifiée par l'activité des administrateurs. On doit examiner si le montant alloué est proportionné à leur travail, aux services qu'ils ont rendus à la société et à la situation de l'entreprise. Toutefois, s'agissant de rétribuer une « activité », ce dernier élément est secondaire. Il ne peut donc justifier, à lui seul, une augmentation de la rémunération

Dans l'optique du gouvernement d'entreprise, la question de la compétence est en outre problématique. En effet, en application de l'article 716 al. 1 CO et sous réserve d'une clause contraire des statuts, le conseil d'administration dispose d'une compétence résiduelle pour fixer la rémunération de ses membres. Cette situation est ainsi susceptible de créer des conflits d'intérêts, le conseil fixant l'étendue de sa propre rémunération<sup>35</sup>. La question de savoir si cette tâche peut être déléguée est par ailleurs controversée<sup>36</sup>.

En l'absence de dispositions légales précises, les solutions préconisées par l'économie privée revêtent une importance particulière. Ainsi, le CSBP d'économiesuisse recommande aux sociétés cotées de se doter d'un comité de rémunération permanent, formé en majorité de membres du conseil d'administration indépendants et sans activité de gestion au sein de l'entreprise<sup>37</sup>. Ce comité aurait notamment la tâche (i) d'élaborer un projet d'aménagement du système de rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction basé sur des indications fournies par le conseil d'administration, (ii) de surveiller la politique de rémunération au plus haut niveau de l'entreprise, sous l'angle de son adéquation au marché (attirer et conserver les compétences) et de son rapport avec les résultats de l'entreprise, (iii) de surveiller les plans d'option et d'actions et (iv) de surveiller les clauses de résiliation des contrats de travail conclus avec les cadres dirigeants et leur application effective (adaptation au marché, sauvegarde des intérêts sociaux)<sup>38</sup>.

La Directive SWX ne traite pas de la question de la compétence en tant que telle, mais impose aux sociétés cotées une certaine publicité de la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction générale de la société<sup>39</sup>, à laquelle il peut cependant être dérogé en applica-

---

des administrateurs que si la situation économique de la société s'est améliorée de façon sensible. [...]. Le juge ne peut fixer lui-même le montant qui doit revenir équitablement aux administrateurs. Il ne saurait intervenir, comme le Tribunal fédéral l'a déjà expliqué, que si la décision de l'assemblée générale ne peut se justifier par des considérations économiques raisonnables ».

<sup>35</sup> DAENIKER, p. 384 s.

<sup>36</sup> DAENIKER, p. 384 s. ; WATTER Rolf, Verwaltungsratausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in : Festschrift Peter FORSTMOSER, Zurich 2003, p. 196 ; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 13 no 426 ; Message, p. 21.

<sup>37</sup> Art. 25 CSBP, y compris la nouvelle Annexe 1 au CSBP.

<sup>38</sup> Art. 26 CSBP, y compris la nouvelle Annexe 1 au CSBP.

<sup>39</sup> Par direction générale, la Directive SWX entend les tiers auxquels le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion au sens de l'art. 716b CO, qui sont sous les ordres directs du conseil d'administration, sans en être membres, cf.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

tion du principe *comply or explain* conformément à la Directive SWX révisée<sup>40</sup>.

Dans ces conditions, les auteurs du Projet proposent plusieurs modifications : tout d'abord, permettre à l'assemblée générale de statuer sur la fixation du montant des indemnités (**Section II.A.2.**) ; ensuite, interdire les participations croisées au sein de sociétés cotées, dans la mesure où elles permettraient d'influer mutuellement sur le montant des indemnités (**Section II.A.3**) et introduire une obligation de transparence des indemnités perçues tant au sein des sociétés cotées qu'au sein des sociétés privées (**Section II.A.4.**) ; enfin, les critères ainsi que la qualité pour tenter une action en restitution d'indemnités indûment perçues sont également revus (**Section II.A.5.**).

## **2. Compétence statutaire de l'assemblée générale**

Les auteurs du Projet proposent de modifier l'article 627 CO en y ajoutant un chiffre 4, qui aurait la teneur suivante<sup>41</sup> :

*Ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts les dispositions concernant :*

4. *les compétences de l'assemblée générale relatives à la fixation des rémunérations perçues par les membres du conseil d'administration et les personnes qui leurs sont proches, ainsi qu'à l'octroi d'options de collaborateurs ;*

On peut d'emblée se poser la question de l'utilité véritable de la proposition. En effet, cette compétence appartient déjà à l'assemblée générale, si elle choisit de se prononcer sur la question<sup>42</sup>. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs confirmé que l'assemblée générale dispose de toute façon de la

---

Commentaire de la SWX relatif à la directive sur la *Corporate Governance*, état au 1<sup>er</sup> août 2006, p. 23 *ad* art. 4.1 ; disponible sur le site Internet de la SWX (rubrique admission, maintien de la cotation, *Corporate Governance*).

<sup>40</sup> Directive SWX, § 7, modifiée le 29 mars 2006, disponible sur le site Internet de la SWX (rubrique admission, réglementation, directives).

<sup>41</sup> Rapport ch. 3.1.3, p. 40.

<sup>42</sup> DAENIKER, p. 384 ; BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, § 12 no 5 ; HUNGERBÜHLER, p. 176 s.

compétence de fixer la rémunération du conseil d'administration si les statuts le prévoient<sup>43</sup>.

Au demeurant, l'application du principe de la primauté de l'organe supérieur ou de même niveau dans des situations de conflits d'intérêts aboutit au même résultat<sup>44</sup>, sans compter qu'il s'agit déjà d'une pratique fréquente au sein des sociétés cotées.

Ensuite, le Projet ne précise pas le contenu minimal de la clause statutaire ; on imagine ainsi volontiers que les actionnaires peuvent laisser une grande latitude au conseil d'administration et se contenter de lignes directrices ou, au contraire, déterminer précisément, de façon arithmétique, les conditions et les montants de la rémunération du conseil d'administration et de la direction. Le Projet ne fixe pas non plus de limite formelle ou matérielle à la rémunération, ni même une liste exemplative de critères qui pourraient être pris en compte pour la fixation de l'indemnité. Enfin, il n'est pas prévu que la clause statutaire soit adoptée à une majorité spécifique.

Cette modification est également critiquable dans la mesure où elle viole le principe de la parité des organes, généralement reconnu en droit suisse<sup>45</sup>, et traduit un renforcement général et unilatéral des droits des actionnaires au détriment du conseil d'administration<sup>46</sup>. Or, une telle défiance vis-à-vis du conseil d'administration ne semble absolument pas justifiée à la lumière du large éventail des moyens de contrôle et de sanctions dont disposent déjà les actionnaires sous l'égide du droit actuel – (notamment l'exigence de majorité qualifiée pour les votes relatifs à la création de capital conditionnel en relation avec des plans d'option et/ou d'actions<sup>47</sup>, le risque de non réélection<sup>48</sup> ou de révocation immédiate<sup>49</sup>, le droit de réclamer la restitution des prestations indues<sup>50</sup> ou des dommages-inté-

---

<sup>43</sup> ATF 86 II 159.

<sup>44</sup> DAENIKER, p. 385 (et les références citées) ; JACCARD Michel/BARUH Erol, L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA, Réflexions à partir des nouvelles règles sur la rémunération, l'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêts au sien du conseil d'administration, *in* : RSDA 2/2008, p. 138 (cité : JACCARD/BARUH) ; ATF 127 III 335.

<sup>45</sup> FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/NOBEL, § 20 no 12 ; MONTAVON Pascal, Droit suisse de la SA, Lausanne, 2004, p. 478 s.

<sup>46</sup> Voir aussi Section II. D. *infra*.

<sup>47</sup> Art. 704 ch. 4 CO.

<sup>48</sup> Art. 698 al. 2 ch. 2 CO.

<sup>49</sup> Art. 705 CO.

<sup>50</sup> Art. 678 CO.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

rêts<sup>51</sup>, le droit de ne pas voter la décharge<sup>52</sup> et/ou de refuser l'approbation des comptes<sup>53</sup>, le droit à l'institution d'un contrôle spécial<sup>54</sup>, l'obligation de publier dans l'annexe au bilan des sociétés cotées les indemnités perçues par les membres du conseil d'administration, les organes dirigeants et leurs proches<sup>55</sup>, etc.)<sup>56</sup>.

Par ailleurs, le Projet semble sous-estimer l'impact d'un activisme renforcé de la part de certains actionnaires, tel que constaté ces derniers temps notamment au travers des pressions exercées sur les conseils d'administration par certains *hedge funds*<sup>57</sup> et des prises de participations importantes de fonds souverains étrangers, en particulier dans des fleurons de l'industrie bancaire mondiale<sup>58</sup>.

Or, la vraie question est précisément de savoir si la compétence de fixer la rémunération des membres du conseil d'administration doit être attribuée à l'assemblée générale ; il s'agit ici d'une question débattue en doctrine, qui propose plusieurs arguments et approches – le plus souvent dans le cadre des sociétés cotées<sup>59</sup>.

En outre, la proposition est – au mieux – vague, lorsqu'elle étend cette compétence à l'octroi d'options de collaborateurs. Quel devrait être l'objet précis de la décision de l'assemblée générale (qui se prononce d'ores et déjà sur la création d'un capital conditionnel) ?

---

<sup>51</sup> Art. 754 CO.

<sup>52</sup> Art. 698 al. 2 ch. 5 CO.

<sup>53</sup> Art. 698 al. 2 ch. 4 CO.

<sup>54</sup> Art. 697a CO.

<sup>55</sup> Art. 663b<sup>bis</sup> CO.

<sup>56</sup> BÖCKLI Peter/HUGUENIN Claire/DESSEMONTET François, Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, François DESSEMONTET, Matthieu BLANC et Julien PERRIN (édit.), CEDIDAC no 59, Lausanne 2004 (cité : BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET), p. 133 ; WERLEN Thomas, Festlegung von Entschädigungen der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder durch die Generalversammlung – eine Verbesserung der Corporate Governance ?, in : RSDA 2007, 101 (cité : WERLEN, RSDA).

<sup>57</sup> KAHAN Marcel/ROCK Edward B., Hedge Funds in Corporate Governance and Corporate Control. New York University and University of Pennsylvania, Inst. for Law & Econ. Research Paper no 06-16 ; WERLEN Thomas, Hedge Fund Activism, GesKR 4/2006, p. 261 ss ; WERLEN, RSDA, p. 105 et les exemples cités, notamment les cas d'ABN Amro, Deutsche Börse, Time Warner, General Motors, etc.

<sup>58</sup> Voir notamment les exemples récents de UBS avec le Gouvernement of Singapore Investment Corporation (GIC), de Citigroup avec entre autres ce même GIC, et de Merrill Lynch avec un fonds gouvernemental koweïtien ainsi qu'un autre fonds souverain singapourien.

<sup>59</sup> DAENIKER, p. 386 ss ; WERLEN, RSDA, p. 101 ss.

Le message est également muet sur les moyens de contrôle et les sanctions envisageables en cas de violation par le conseil d'administration d'une clause statutaire fixant le mode et l'étendue de sa rémunération. Dès lors, on ne voit pas en quoi le mécanisme proposé par le Projet offre un véritable avantage aux actionnaires par rapport au droit actuel, ceux-ci bénéficiant toujours des mêmes outils de protection.

Enfin, contrairement à l'Avant-Projet, le Projet abandonne la possibilité de prévoir une compétence statutaire de l'assemblée générale pour la fixation de la rémunération des membres de la direction et de leurs proches, une compétence que l'article 716a CO attribue aujourd'hui clairement au conseil d'administration et qui, si le Projet avait repris la proposition de l'Avant-Projet, aurait constitué une ingérence importante de l'assemblée générale dans la gestion des affaires « courantes » de la SA. La doctrine quasi unanime reconnaît en effet, à juste titre selon nous, que l'on ne saurait dissocier la tâche de nommer les membres de la direction – voire d'exercer sur eux une haute surveillance – de la fixation du montant de leur rémunération<sup>60</sup>.

### 3. **Risque d'influence mutuelle au sein de conseils d'administration de sociétés cotées**

L'article 663b<sup>bis</sup> CO prévoit l'obligation pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse d'indiquer les indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction dans l'annexe au bilan<sup>61</sup>.

Par ailleurs, les auteurs du Projet proposent d'adopter un nouvel article 717 CO :

*<sup>1</sup> Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, il faut exclure toute possibilité que des membres du conseil d'administration ou de la direction qui siègent ensemble dans le conseil*

---

<sup>60</sup> WERLEN, RSDA, p. 107 s. ; DAENIKER, p. 387 ; LEU, Variable Vergütung für Manager und Verwaltungsräte, p. 113 ; VON DER CRONE Hans Caspar/CARBONARA Antonio/MAROLDA MARTINEZ Larissa, Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft, RSJ 100 (2004), 405, p. 409 ; NÖBEL Peter, Board und Management Compensation, ein Inventar rechtlicher Art, Zürich, Basel, Genf, p. 51 ; HOFSTETTER, p. 15 s. ; d'un autre avis, BERTSCHINGER Urs, Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, Festschrift für Jean Nicolas DRUEY zum 65. Geburtstag, Zurich 2002, p. 324.

<sup>61</sup> Voir Section II. A. 4. *infra*.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

*d'administration ou à la direction d'une autre société puissent influencer réciproquement le montant de leurs indemnités.*

<sup>2</sup> *En cas de violation de l'al. 1, la décision fixant les indemnités est frappée de nullité.*

Cette proposition agit directement sur le mode de fixation des rémunérations en renforçant la garantie d'indépendance des membres du conseil d'administration et de la direction ; il faut s'en réjouir. Toutefois, le Projet limite son champ d'application aux membres de conseil d'administration ou de direction de *sociétés ouvertes au public*. En effet, tant les auteurs de l'Avant-Projet que ceux du Projet considèrent qu'au sein des sociétés privées, il est fréquent et parfois *nécessaire* de nommer les membres d'une même famille dans plusieurs conseils d'administration ou à la direction d'un groupe de sociétés ; en outre, il n'existe souvent pas de comité de rémunération et, par conséquent, tous les membres du conseil d'administration seraient impliqués dans le processus de fixation des indemnités<sup>62</sup>.

Nous ne sommes pas convaincus par le choix du législateur de limiter l'interdiction des participations croisées aux seules sociétés publiques. En effet, contrairement à ce que pourraient laisser entendre les auteurs de l'Avant-Projet<sup>63</sup>, l'article 717b P-CO ne se limite pas aux seuls administrateurs ou membres de la direction faisant partie de comités de rémunération distincts : le risque d'influer réciproquement sur le montant de leurs indemnités existe également si tous les membres du conseil d'administration décident ensemble de leur rémunération.

Néanmoins, la limitation du champ d'application aux seules sociétés cotées ne doit en aucune façon impliquer qu'il serait licite pour des membres de conseil d'administration ou de la direction de sociétés privées d'influencer réciproquement sur le montant de leur rémunération. A cet égard, les auteurs du Projet reconnaissent eux-mêmes que la transparence des indemnités versées dans des sociétés privées doit également être améliorée<sup>64</sup>.

En cas de violation de ces dispositions, le Projet prévoit par ailleurs que ces décisions seront frappées de nullité (art. 717b al. 2 P-CO), les règles sur l'enrichissement illégitime<sup>65</sup> devant alors être appliquées<sup>66</sup>. Le

---

<sup>62</sup> Message, 2.1.30, p. 1507 ; Rapport, ch. 3.1.41 et 3.1.42, p. 79 ss.

<sup>63</sup> Rapport, ch. 3.1.41, p. 79.

<sup>64</sup> Message, ch. 2.1.30, p. 1507.

<sup>65</sup> Art. 62 ss CO. Message, ch. 2.1.30, p. 1507.

<sup>66</sup> Message, 1.3.2.1, p. 1429 et ch. 2.1.30, p. 1507.

Message réserve au surplus l'éventualité d'une action en restitution des prestations indûment perçues au sens de l'article 678 CO, réserve pour le moins surprenante dans la mesure où la conséquence de cette action serait l'annulabilité desdites prestations, contrairement à l'article 717b al. 2 P-CO qui prévoit la nullité absolue *ab initio* de la décision.

A noter que, contrairement au Projet, l'Avant-Projet ne prévoyait pas l'application de la règle aux membres de la direction de sociétés cotées. On peut donc saluer cette nouveauté, dans la mesure où les mêmes conflits d'intérêts peuvent y survenir et où le nouvel article sur les participations croisées est un cas d'application de la règle générale sur les conflits d'intérêts (art. 717a P-CO)<sup>67</sup>, applicable tant aux membres du conseil d'administration qu'à la haute direction des sociétés anonymes.

Dès lors, il nous semble que la véritable portée de cette proposition est de préciser la mise en œuvre de l'obligation de s'abstenir de tout conflit d'intérêts, dans le cas particulier de sa propre rémunération. Or, non seulement la règle nous paraît trop absolue, mais sa conséquence également – d'autres mesures moins incisives pouvant s'avérer suffisantes (*cf.* art. 717a P-CO).

En résumé, au sein de conseils d'administration ou de directions de sociétés cotées, la simple possibilité d'une influence doit être exclue. Au sein de conseils d'administration ou de directions de sociétés privées, les règles générales en matière de conflits d'intérêts restent applicables<sup>68</sup>.

A noter enfin que si la version française de l'article 717 P-CO semble limiter son champ d'application aux seules *indemnités* des administrateurs (par opposition à d'autres formes de rémunérations ?), les textes allemand et italien se réfèrent à une rémunération au sens large<sup>69</sup>.

#### 4. Transparence des indemnités

Le Projet contient un nouvel article 697<sup>quater</sup> CO<sup>70</sup>, qui régleme la publicité des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction des sociétés cotées<sup>71</sup>. Il reprend presque intégralement le texte de l'article 663b<sup>bis</sup> CO, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et adopté

<sup>67</sup> Rapport, ch. 3.1.41 et 3.1.42, p. 79 ss.

<sup>68</sup> Voir Section II. B. 1. *infra*.

<sup>69</sup> *Vergütungen* pour la version allemande du Projet, respectivement *retribuzioni* pour le texte italien de l'Avant-Projet (la version italienne du Projet n'étant pas encore disponible à ce jour).



*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

en priorité par les Chambres fédérales le 7 octobre 2005<sup>72</sup>. Il connaît en outre une petite amélioration, la durée des contrats prévoyant ces indemnités devant également être publiées.

Dans la mesure où le chiffre 5 de l'Annexe de la Directive SWX (non révisée) contient déjà une obligation de publicité des rémunérations des membres du conseil d'administration et de la direction générale des sociétés cotées, le projet d'article 697<sup>quater</sup> P-CO ne fait que concrétiser une pratique déjà bien établie au sein des sociétés ouvertes au public en Suisse.

Il convient de relever que ce surcroît de transparence se retrouve également à l'article 74a RC-SWX<sup>73</sup> et dans sa directive d'application (DTM)<sup>74</sup>, qui imposent aux dirigeants de sociétés cotées d'annoncer notamment toute acquisition ou aliénation directe ou indirecte de participations, de droit de conversion ou d'option de ces sociétés, ceci pour autant que la transaction ne trouve pas son fondement dans un contrat de travail ou une rémunération et qu'elle puisse être déclenchée dans une large mesure par le simple exercice de leur propre pouvoir de décision<sup>75</sup>.

A noter également l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2007 de nouveaux seuils d'annonce de participation (3 %, 15 % et 25 % des droits de vote) de sociétés dont le siège est en Suisse et dont au moins une partie des titres sont cotés en Suisse, qui se sont ajoutés aux seuils existants (5 %, 10 %, 20 %, 33 1/3 %, 50 % ou 66 2/3 %)<sup>76</sup> ainsi que la suspension judiciaire des droits de vote en cas de violation des seuils susvisés<sup>77</sup>. Le Projet réduit par conséquent de 5 % à 3 % le seuil contenu à l'article 663<sup>ter</sup>

---

<sup>70</sup> V. le texte de la disposition dans le Projet, cité en annexe au présent ouvrage.

<sup>71</sup> Message, ch. 1.3.2.1, p. 1426 et ch. 2.2.21, p. 1491 s. ; Rapport, ch. 2.2.2, p. 12 ss ; Rapport, ch. 3.1.33, p. 71 ss.

<sup>72</sup> Message du 23 juin 2004 relatif à la modification du Code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF 2004 4223 ; art. 663b<sup>bis</sup> CO ; BO/CN 2005 106, BO/CE 2005 538 ; v. ég. la proposition d'art. 663b al. 2, 3 et 4 CO du Groupe de travail « gouvernement d'entreprise » le 30 septembre 2003 (BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 105).

<sup>73</sup> Règlement de cotation SWX du 24 janvier 1996, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1996, disponible sur le site Internet de la SWX (rubrique admission, réglementation, règlement de cotation/règlements complémentaires).

<sup>74</sup> Cf. n. 9, *supra*.

<sup>75</sup> DTM, ch. 20, p. 3 ; Commentaire SWX relatif à la DTM, état au 1<sup>er</sup> juillet 2005, *ad* ch. 20, p. 14, disponible sur le site Internet de la SWX (rubrique admission, transactions du management, fondement juridique).

<sup>76</sup> Art. 20 al. 1 LBVM.

<sup>77</sup> Art. 20 al. 4<sup>bis</sup> LBVM.

CO concernant la mention des actionnaires importants dans l'annexe au bilan des sociétés cotées<sup>78</sup>.

A la suite du rapport des membres du Groupe de travail de 2003 sur le gouvernement d'entreprise<sup>79</sup> et de l'Avant-Projet<sup>80</sup>, les auteurs du Projet ont décidé d'étendre partiellement cette obligation de transparence aux indemnités perçues au sein de sociétés privées aux motifs que :

- i) La position actuelle des actionnaires minoritaires dans des sociétés privées est *précaire*, dans la mesure où il n'existe pas de droit spécifique à obtenir des renseignements sur les indemnités du conseil d'administration<sup>81</sup> ;
- ii) La connaissance de ces informations est nécessaire à l'exercice de l'action en restitution (art. 678 P-CO), et de l'action en responsabilité (art. 754 CO), et à l'institution d'un examen spécial (art. 697 P-CO) ;
- iii) Pour les sociétés privées, il n'y a pas ou très peu de « marché » de revente des titres<sup>82</sup>.

Ainsi, la révision inclut un nouvel article 697<sup>quinquies</sup> P-CO aux termes duquel tout actionnaire d'une société privée peut demander des renseignements au sujet des indemnités, des prêts et des crédits visés à l'article 697<sup>quater</sup> P-CO.

L'introduction de ce nouveau droit individuel aux renseignements représente selon certains une innovation « radicale »<sup>83</sup>.

Les auteurs du Projet ajoutent toutefois, à juste titre, que la transparence ne doit pas être nécessairement identique pour les sociétés publiques et les sociétés privées. En effet, les membres du conseil d'administration de sociétés privées ont une exigence de confidentialité légitimement plus élevée que ceux de sociétés cotées<sup>84</sup>.

Si la liste des informations relatives aux indemnités, aux prêts et aux crédits est reprise intégralement de l'article 697<sup>quater</sup> P-CO applicable aux

---

<sup>78</sup> Art. 697<sup>sexties</sup> P-CO.

<sup>79</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 120.

<sup>80</sup> Rapport, ch. 2.2.2, p. 13 s.

<sup>81</sup> Cf. néanmoins HÉRITIER-LACHAT Anne, Quelques procédures spéciales en matière de société anonyme, *in* : SJ 2006 II 1, p. 9 ss ; SJ 1992 I 340.

<sup>82</sup> Message, ch. 1.3.2.1 p. 1426.

<sup>83</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 10.

<sup>84</sup> Message, ch. 1.3.2.1 p. 1426.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

sociétés cotées, les sociétés privées ne sont pas contraintes de les divulguer dans l'annexe aux comptes annuels. Une communication n'interviendra qu'au profit des actionnaires qui en ont fait la demande, par opposition notamment aux créanciers qui pourraient justifier d'un intérêt digne de protection au sein d'une société cotée.

Pour ce qui est des moyens de mise en œuvre et du cercle des actionnaires susceptibles de bénéficier de ces informations, le Message précise que le conseil d'administration fixe lui-même la manière dont il entend donner suite à une demande de renseignement<sup>85</sup>.

Plusieurs solutions sont ainsi proposées, telles que (i) l'envoi d'une lettre individuelle à l'actionnaire en ayant fait la demande, (ii) l'envoi d'une lettre circulaire à tous les actionnaires, (iii) l'information des actionnaires dans le cadre de l'assemblée générale suivante, ainsi que (iv) la publication du renseignement dans le rapport de gestion<sup>86</sup>.

Contrairement à l'Avant-Projet qui ne prévoyait aucun délai spécifique, le Projet précise désormais que le conseil d'administration devra donner suite à la demande d'un actionnaire, ceci au plus tard dans un délai de 45 jours<sup>87</sup>.

Afin de satisfaire à la règle de l'égalité entre tous les actionnaires<sup>88</sup>, le conseil d'administration devra également faire en sorte que la réponse puisse être consultée par tous les actionnaires au plus tard lors de l'assemblée générale suivante<sup>89</sup>.

La transmission de faux renseignements par le conseil d'administration à tous les actionnaires sera passible des peines prévues à l'article 152 CP, au titre de faux renseignements sur des entreprises commerciales<sup>90</sup>.

On peut par ailleurs envisager que la fourniture intentionnelle, par les membres du conseil d'administration, de fausses informations aux actionnaires en relation avec la rémunération des dirigeants réponde à la définition de faux intellectuel dans les titres au sens de l'article 251 CP<sup>91</sup>, pour

---

<sup>85</sup> Message, ch. 2.1.20, p. 1491 ; BÖCKLI, GesKR, p. 10.

<sup>86</sup> Rapport, ch. 2.2.2, p. 13 s., resp. p. 14 ; BÖCKLI, GesKR, p. 10.

<sup>87</sup> A noter que l'art. 697 al. 1 P-CO prévoit que le conseil d'administration dispose d'un délai de 90 jours pour donner suite aux autres demandes de renseignements relatives aux affaires de la société.

<sup>88</sup> Art. 717 al. 2 CO.

<sup>89</sup> Rapport, ch. 2.2.2, p. 70 ; BÖCKLI, GesKR, p. 10.

<sup>90</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 10.

<sup>91</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 10.

autant que les tribunaux ne la considère pas comme un simple « mensonge écrit », qui n'est pas punissable en droit suisse<sup>92</sup>.

## 5. L'action en restitution

A côté de l'action en responsabilité (art. 754 CO) et de l'institution d'un examen spécial (art. 698 P-CO), l'article 678 P-CO remplit une fonction de contrôle interne fondamentale au sein de la société, qui s'étend bien au-delà de l'obligation de transparence.

En effet, il permet de requérir la restitution d'indemnités indûment perçues par les actionnaires ainsi que par les membres du conseil d'administration et de la direction. En ce qui concerne en particulier les indemnités perçues par les membres du conseil d'administration, il tend notamment à protéger les actionnaires minoritaires contre les versements exagérés que pourraient s'octroyer des actionnaires majoritaires siégeant au conseil.

Le régime actuel de restitution de prestations indues est loin d'être satisfaisant et fait l'objet de nombreuses critiques, qui portent notamment sur le choix des critères retenus par la loi et le cercle des personnes visées<sup>93</sup>.

Si la plupart de ces critiques sont justifiées, il serait cependant exagéré de minimiser l'impact de l'article 678 CO dans sa teneur actuelle pour les dirigeants d'entreprises, notamment dans le cadre de financements intra-groupes, où les prêteurs exigent des garanties qui impliquent un examen détaillé de la conformité des transactions envisagées avec l'article 678 CO (notamment les questions de *upstream loans*<sup>94</sup>).

Pour répondre à ces critiques – déjà exprimées dans le rapport du Groupe de travail de 2003<sup>95</sup> et dans l'Avant-Projet<sup>96</sup>, les auteurs du Projet préconisent de modifier l'article 678 CO comme suit :

---

<sup>92</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 10 ; SJ 2006 I 309 ; ATF 126 IV 65 ; ATF 125 IV 273.

<sup>93</sup> DAENIKER, p. 388.

<sup>94</sup> Voir BLUM Olivier, Cash Pooling : gesellschaftsrechtliche Aspekte, in : AJP/PJA 2005, p. 705 et les réf. ; TSCHÄNI Rudolf : M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, p. 197, no 52.

<sup>95</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 157 ss et p. 209 ss ; BÖCKLI/RUEDIN/VON PLAN-TA/DUC, p. 10.

<sup>96</sup> Rapport, ch. 3.1.26, p. 63.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

<sup>1</sup> *Les actionnaires, les membres du conseil d'administration et de la direction ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires, sont tenus à restitution.*

<sup>2</sup> *Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société perçues dans la mesure où elles sont en disproportion manifeste avec la contre-prestation effectuée et les résultats de la société.*

<sup>3</sup> *L'article 64 est applicable.*

<sup>4</sup> *L'action en restitution appartient à la société et à l'actionnaire ; celui-ci agit en paiement à la société.*

<sup>5</sup> *L'obligation de restitution se prescrit par cinq ans à compter de la réception de la prestation.*

Les modifications par rapport à la norme actuelle sont d'importance. En ce qui concerne les *conditions matérielles* à la restitution, elles incluent :

- i) L'abandon du critère de la *disproportion* de la prestation reçue avec la *santé économique de l'entreprise* de l'actuel article 678 alinéa 2 CO au profit des *résultats de la société*, plus à même d'appréhender la situation financière réelle d'une entreprise au cours d'un exercice donné dans la mesure où il n'est plus tenu compte d'éventuelles réserves existantes<sup>97</sup>.
- ii) L'abandon de la condition de la *mauvaise foi* de l'actuel article 678 alinéa 1 CO, laquelle est difficile à démontrer et reste étrangère à la conception des actions en enrichissement illégitime (art. 62 al. 2 CO) dont l'action en restitution de l'article 678 P-CO constitue un cas d'application, comme le rappelle expressément le nouvel article 678 alinéa 3 P-CO. Si ces raisonnements sont difficilement contestables sur le principe, il demeure que la condition de la mauvaise foi pourrait (devrait ?) être maintenue à l'encontre des actionnaires, dont l'ignorance quant à l'adéquation des dividendes reçus au regard de l'article 678 CO est généralement bien réelle<sup>98</sup>. La réglementation proposée pour la société anonyme présente également une incohérence avec l'article

---

<sup>97</sup> Message, ch. 2.1.14, p. 1483.

<sup>98</sup> Voir déjà Message 1983, p. 922 s.

611 al. 2 CO relatif à la société en commandite aux termes duquel un commanditaire n'est pas tenu de restituer les intérêts ou bénéfices perçus s'il pouvait admettre de bonne foi et sur la base du bilan qu'il n'en résultait pas une diminution du montant de la commandite.

Par ailleurs, comment traiter le cas d'un employé défendeur à l'action qui recevrait son salaire agréé ? Renoncer à l'exigence de la mauvaise foi dans ce cas serait illogique et contraire au principe *pacta sunt servanda*<sup>99</sup>.

Tenant compte d'une partie des objections formulées à cet égard, les auteurs du Projet ont expressément réservé l'application de l'article 64 CO aux termes duquel le bénéficiaire de bonne foi n'est tenu à restitution que s'il est encore enrichi au moment de la répétition.

- iii) La conservation, contrairement à l'Avant-Projet<sup>100</sup>, de la nécessité du caractère *manifeste* de la *disproportion* entre prestations de la société et contre-prestations des bénéficiaires. En supprimant cette exigence, les auteurs de l'Avant-Projet avaient en effet pris le risque d'imposer aux tribunaux la recherche d'un *justum pretium* pour les prestations des dirigeants. Face aux nombreuses critiques soulevées sur ce point durant la procédure de consultation<sup>101</sup>, les auteurs du Projet l'ont donc rétabli, de peur que le champ d'application de cette disposition ne soit ainsi trop étendu.
- iv) L'extension du *cercle des personnes visées* par l'action en restitution à tous les membres de la direction<sup>102</sup>. Cet élargissement est contestable, dans la mesure où ceux-ci ne fixent pas tous leur rémunération, qui est en principe décidée par le conseil d'administration<sup>103</sup>. Par ailleurs, si le conseil d'administration est indépendant ou si le droit à la rémunération a été négocié *at arm's*

---

<sup>99</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 22.

<sup>100</sup> Selon le Rapport, ch. 3.1.26, p. 64, cette modification était présentée comme étant de pure forme dans la mesure où la mention du caractère *évident* était déjà perçue comme étant *superflue*. A la suite de BÖCKLI, GesKR, p. 22, qui qualifie cette précision de *wertlos*, on peut se permettre d'en douter.

<sup>101</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 22 ; Résultats de la Procédure de Consultation, p. 15 ; voir également JACCARD/BARUH, p. 139 s.

<sup>102</sup> Message, ch. 2.1.14, p. 1483.

<sup>103</sup> DAENIKER, p. 384.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

*lenght*, l'article 678 CO ne devrait tout simplement pas s'appliquer (faute de disproportion entre prestation et contre-prestation) ; certes, les risques d'abus existent, mais la sanction ne devrait pas être la restitution du trop-perçu, mais l'engagement de la responsabilité du conseil d'administration.

A noter que l'Avant-Projet souhaitait étendre le *délai de prescription* pour intenter l'action de 5 ans à 10 ans, à compter de la réception de la prestation *indue*, mais compte tenu des nombreuses réactions négatives<sup>104</sup>, le Projet maintient le *statu quo*. Cette extension aurait été malheureuse, car elle était en porte-à-faux avec de nombreux délais en rapport de connexité (art. 67 CO pour l'enrichissement illégitime, art. 760 CO surtout pour les actions en responsabilité et art. 288 LP pour l'action révocatoire).

Le Projet renonce aussi, à juste titre, à l'extension initialement envisagée par l'Avant-Projet permettant aux créanciers sociaux d'intenter l'action en restitution, qui constituait certainement la nouveauté la plus controversée de l'article 678 AP<sup>105</sup>. En effet, les auteurs de l'Avant-Projet justifiaient leur point de vue en arguant du fait que l'action en restitution de l'article 678 AP avait également une *fonction de protection indirecte* des créanciers. Si cette approche était louable dans une perspective de gouvernement d'entreprise, il fallait s'interroger sur la cohérence de l'ajout préconisé avec la conception actuelle du droit suisse des sociétés – les créanciers ne subissant qu'un dommage indirect ou réfléchi tant que la société n'est pas en faillite<sup>106</sup>. De ce point de vue, l'extension proposée dans l'Avant-Projet aurait constitué une véritable rupture (*Systembruch*)<sup>107</sup>.

Par ailleurs, un des motifs invoqués par les auteurs de l'Avant-Projet à l'appui d'une plus grande transparence dans l'octroi d'indemnités était la nécessité de connaître ces montants pour pouvoir, le cas échéant, intenter

---

<sup>104</sup> Résultats de la Procédure de Consultation, p. 15.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>106</sup> Voir encore récemment CORBOZ Bernard, Note sur la qualité pour agir contre un administrateur ou un réviseur, *in* : SJ 2005 I 391 ; ATF de la 1<sup>ère</sup> cour civile du 27 juin 2006 (4C. 122/2006), cons. 3.1.2 et la jurisprudence ainsi que la doctrine citée : « Tant que la société demeure solvable, c'est-à-dire qu'elle est en mesure d'honorer ses engagements, le dommage reste dans sa seule sphère, sans toucher les créanciers sociaux, qui pourront obtenir le plein de leurs prétentions. C'est seulement lorsque les manquements des organes entraînent l'insolvabilité de la société, puis sa faillite, que le créancier subit une perte qui constitue un dommage par ricochet ».

<sup>107</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 22.

une action en restitution. Or, l'article 697<sup>quinquies</sup> P-CO – au même titre que la même disposition de l'Avant-Projet – n'offre qu'aux seuls actionnaires le droit de demander et d'obtenir de telles informations. Comment un créancier d'une société privée pourrait-il tenter une action en restitution sans avoir connaissance de l'existence ou du montant des indemnités perçues par les membres du conseil d'administration et/ou de la direction ?

Enfin, il faut aussi rappeler qu'en cas d'action en restitution, les conclusions ne peuvent être prises qu'en paiement à la société, ce qui peut décourager plus d'un mécontent. Il manque en outre dans le Projet des précisions sur la répartition des coûts : ne devrait-on pas appliquer la règle de l'article 756 al. 2 CO ?

## **B. Gestion des conflits d'intérêts / Organisation du conseil d'administration**

### **1. Gestion des conflits d'intérêts**

Le Projet propose un nouvel article 717a :

<sup>1</sup> *Les membres du conseil d'administration et de la direction qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts en informent le président du conseil d'administration sans retard et de manière complète. Si le président se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, il en fait part à son suppléant.*

<sup>2</sup> *Le président ou son suppléant informe au besoin le conseil d'administration.*

<sup>3</sup> *Le conseil d'administration adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société. La personne concernée doit se récuser lors de la décision relative à ces mesures.*

Notre Code des obligations ne contient aujourd'hui aucune disposition spécifique relative à la gestion des conflits d'intérêts au sein du conseil



*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

d'administration<sup>108</sup>, dont l'interdiction est en général déduite de l'obligation de fidélité (art. 717 CO)<sup>109</sup>.

A noter cependant le nouvel article 718b CO adopté dans le cadre de la « petite » révision du droit de la société anonyme<sup>110</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, et qui impose désormais la forme écrite à tout contrat passé entre une société anonyme et l'un de ses représentants, à moins qu'il ne s'agisse d'opérations courantes pour lesquelles la prestation de la société ne dépasse pas CHF 1'000.-.

De son côté, la jurisprudence a dégagé, en accord avec la doctrine, une série de règles applicables en matière de contrats avec soi-même et de double représentation, dont la validité est subordonnée au respect des conditions du marché ou de la ratification par un organe supérieur ou de même niveau<sup>111</sup>.

Le CSBP contient des dispositions spécifiques<sup>112</sup> et d'autres règles qui peuvent y être rattachées, notamment celles concernant la composition et l'indépendance de certains membres du conseil d'administration<sup>113</sup>.

La Directive SWX sur la publicité des transactions du management (DTM) impose en principe aux dirigeants de sociétés cotées d'annoncer notamment toute acquisition ou aliénation directe ou indirecte de participations, de droit de conversion ou d'option de ces sociétés<sup>114</sup>, pour autant que la transaction ne trouve pas son fondement dans un contrat de travail ou une rémunération et qu'elle puisse être déclenchée dans une large mesure par le simple exercice de leur seul pouvoir décisionnel.

Le Groupe de travail de 2003 s'est également penché sur la question de la gestion des conflits d'intérêts<sup>115</sup>; ses recommandations sont prises en compte par le Projet dans une large mesure<sup>116</sup>.

---

<sup>108</sup> LAZOPOULOS Michael, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, *in* : AJP/PJA 2006, 139, p. 139.

<sup>109</sup> MUSTAKI, RSDA 2004, p. 65 et les réf. ; BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 94-95 ; TRIGO TRINDADE Rita, Du devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts, *in* : SJ 1999 II 385, p. 392.

<sup>110</sup> FF 2005 6844.

<sup>111</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 113 s. ; DAENIKER et les références citées, p. 385.

<sup>112</sup> Art. 16 CSBP.

<sup>113</sup> Art. 12 et 22 CSBP.

<sup>114</sup> Cf. n. 9 et 74 *supra*.

<sup>115</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 94 s. et p. 241 s.

<sup>116</sup> Message, ch. 2.1.30, p. 1505 s. ; BÖCKLI, GesKR, p. 12.

Les auteurs de l'Avant-Projet qualifiaient l'introduction d'une *norme spécifique de grande contribution au bon gouvernement d'entreprise*<sup>117</sup>. De fait, il s'agit plutôt d'une concrétisation du devoir de fidélité<sup>118</sup> des articles 717 al. 1 CO, respectivement 321a CO<sup>119</sup>. L'article 717a P-CO institue plus un mode opératoire que de véritables règles matérielles :

- i) La survenance d'un conflit d'intérêts entraîne une obligation d'information *immédiate et complète* au président du conseil, y compris par les membres de la direction (al. 1<sup>er</sup>). Cette obligation spontanée est une véritable nouveauté<sup>120</sup>. Tenant compte de certaines critiques formulées par plusieurs auteurs<sup>121</sup> au motif en particulier que le président lui-même pourrait ne pas être neutre et indépendant, les auteurs du Projet prévoient l'obligation du président de faire part à son suppléant des conflits d'intérêts auquel lui-même est confronté.
- ii) Une fois informé, il appartient ensuite au conseil d'administration de prendre les mesures qui s'imposent afin de sauvegarder les intérêts de la société (al. 3). Le catalogue des mesures envisageables est varié et comprend des mesures de vérification, le recours à une expertise externe, la ratification par un autre organe, la récusation bien sûr, voire la démission pure et simple en cas de conflit permanent<sup>122</sup>. Le Projet n'apporte pas de nouveauté à cet égard. A noter cependant que le Projet ne semble pas faire obligation au président ou au suppléant d'informer le conseil d'administration<sup>123</sup>, ce qui nous semble critiquable étant entendu que seul le conseil d'administration est compétent pour décider des mesures à prendre.
- iii) Il importe enfin que le membre « concerné » s'abstienne de participer à un vote éventuel sur sa récusation (al. 3). L'opportunité

---

<sup>117</sup> Rapport, ch. 3.1.42, p. 80.

<sup>118</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 12.

<sup>119</sup> Message, ch. 2.1.30, p. 1505

<sup>120</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 12.

<sup>121</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 13, mentionne WATTER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR II, HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf (Hrsg. – cité : WATTER, BSK), Bâle 2002, *ad* art. 716a CO, no 3.

<sup>122</sup> Art. 16 CSBP ; BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 241 s. ; LAZOPOULOS, p. 140 ss ; TRIGO TRINDADE, p. 395 ss.

<sup>123</sup> Art. 717b al. 2 P-CO.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

de cette obligation est contestée<sup>124</sup>, notamment dans le cadre du comportement attendu du conseil d'administration en cas d'offre publique sur les titres de la société<sup>125</sup>.

A noter que le Message précise qu'il y aura notamment conflit d'intérêts au sens de l'article 717a P-CO lorsque le membre d'un organe entretient des rapports étroits avec un tiers qui entre en affaires avec la société<sup>126</sup>.

En cas de non-respect des obligations découlant de l'article 717a P-CO, les dirigeants d'une société anonyme s'exposent tout naturellement au dépôt d'une *action en responsabilité* au sens de l'article 754 CO. Néanmoins, la société, les actionnaires ou les créanciers sociaux devront toujours non seulement identifier le dommage subi (ce qui peut être déjà délicat)<sup>127</sup> mais surtout, s'agissant d'un cas de responsabilité par omission<sup>128</sup>, apporter la preuve d'un lien de causalité hypothétique<sup>129</sup>. La tâche ne sera pas aisée.

## **2. Règlement d'organisation**

La disposition pertinente est l'article 716c P-CO, qui est modifié comme suit :

<sup>2</sup> *Le règlement d'organisation fixe en particulier :*

1. *l'organisation interne et, le cas échéant, les comités du conseil d'administration ;*
2. *l'organisation de la gestion, la dénomination des postes de gestion et les tâches attachées à ces postes ;*

---

<sup>124</sup> WATTER Rolf/ROTH PELLANDA Katja, Die richtige Zusammensetzung des Verwaltungsrates, *in* : WEBER Rolf H. (Hrsg.), *Verantwortlichkeit um Unternehmensrecht III*, Zurich 2006, p. 74 ss ; VON DER CRONE Hans Caspar, Interessenkonflikte im Aktienrecht, *in* : RSDA 1994, 1, p. 5 ; LAZOPOULOS, p. 144.

<sup>125</sup> Sur ces questions, voir par exemple : GERHARD Frank, Conseil d'administration – Lorsqu'elle reçoit une proposition d'OPA, l'entreprise peut réagir différemment, *in* : L'AGEFI, 24.07.2006, p. 20 ; TSCHÄNI Rudolf/DIEM Hans-Jakob : *Übernahmekämpfe*, GesKR 1/2006 54-59.

<sup>126</sup> Message, ch. 2.1.30, p. 1506.

<sup>127</sup> Sur la qualification de dommage indirect ou réfléchi, *cf. supra*, n. 106.

<sup>128</sup> *Cf.* notamment WATTER, La responsabilité des sociétés cotées en bourse liée à leurs communications financières défailtantes, *in* : AJP/PJA 2005, 969, p. 974.

<sup>129</sup> ATF 127 III 456, cons. 5.

3. les règles d'établissement des rapports ;
4. les actes importants qui nécessitent l'approbation du conseil d'administration.

<sup>3</sup> ...

<sup>4</sup> *Le conseil d'administration informe par écrit les actionnaires qui en font la demande et, s'ils rendent vraisemblable l'existence d'un intérêt digne de protection, les créanciers au sujet de l'organisation de la gestion dans la mesure où celle-ci doit impérativement être décrite dans le règlement d'organisation.*

Les modifications préconisées par les auteurs du Projet, manifestement inspirées par le CSBP<sup>130</sup> et qui reprennent partiellement une recommandation importante du Groupe de travail de 2003<sup>131</sup>, sont d'ordre terminologique et matériel, puisque le contenu minimal d'un règlement d'organisation est désormais précisé sur les points suivants :

- i) description de la gestion interne et des éventuels comités ;
- ii) liste des actes importants qui nécessitent l'approbation du conseil d'administration.

Néanmoins, les auteurs du Projet ont entièrement abandonné la proposition du Groupe de travail de 2003 de rendre accessible le règlement d'organisation à tous les actionnaires ainsi qu'aux créanciers démontrant un intérêt digne de protection<sup>132</sup> : l'actuel article 716b al. 2 *in fine* CO a été simplement reformulé, en abandonnant le besoin d'un intérêt digne de protection pour les actionnaires qui souhaiteraient être orientés sur l'organisation de la gestion, sans toutefois leur donner accès au règlement d'organisation. Cette modification est uniquement terminologique dans la mesure où l'intérêt d'un actionnaire à être orienté sur l'organisation de la gestion de la société doit toujours être considéré, sauf abus de droit, comme étant digne de protection, cela même sous l'empire du droit actuel<sup>133</sup>. Les auteurs du Projet ne motivent pas l'abandon de la proposition du Groupe de travail de 2003. Ils se contentent de limiter l'accès aux in-

---

<sup>130</sup> Art. 11 et 21 ss CSBP.

<sup>131</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONNET, p. 126 ss. et p. 276 ; BÖCKLI, GesKR, p. 24.

<sup>132</sup> Rapport, ch. 3.1.42, p. 80.

<sup>133</sup> WATTER, BSK *ad* art. 716b no 15 ; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 13, p. 1541 ; plus nuancé : BERTSCHINGER Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zurich, 1999, no 129 ss.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

formations devant impérativement figurer au règlement d'organisation<sup>134</sup>, de peur que les entreprises ne limitent leur contenu au minimum absolu par crainte de devoir divulguer certaines informations qu'elles souhaitent conserver secrètes<sup>135</sup>.

Or, à la suite du Prof. BÖCKLI<sup>136</sup>, nous ne voyons pas ce qui pourrait justifier le maintien du secret sur le contenu exact du règlement d'organisation, en tous cas vis-à-vis des actionnaires. Au contraire, ces derniers ont un intérêt légitime à connaître la façon dont le conseil d'administration fait usage de ses compétences *intransmissibles et inaliénables*, son organisation, et à savoir quelles activités sont déployées par les dirigeants principaux de la société.

### **C. Election des membres du conseil d'administration**

Les auteurs du Projet proposent de modifier comme suit l'article 710 CO :

*<sup>1</sup> L'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration tous les ans. Chaque membre est élu individuellement.*

L'actuel article 710 CO permet aux sociétés d'élire les membres de leur conseil d'administration pour une durée de trois ans, sauf dispositions contraires des statuts. Le CSBP recommande une durée maximale des mandats de quatre ans tout en favorisant l'introduction de mandats échelonnés<sup>137</sup> et de votes distincts<sup>138</sup>.

En ce qui concerne la durée des mandats des membres du conseil d'administration, les auteurs du Projet qualifient leur proposition de *contribution majeure dans l'optique du gouvernement d'entreprise* en ce sens qu'elle permettrait une véritable évaluation annuelle des prestations des membres du conseil d'administration<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> Voir art. 717c al. 4 *in fine* P-CO.

<sup>135</sup> Message, ch. 2.1.30, p. 1505.

<sup>136</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 24.

<sup>137</sup> Art. 13 CSBP.

<sup>138</sup> Art. 7 CSPB.

<sup>139</sup> Message, ch. 2.1.30, p. 1503.

Cette proposition a soulevé une vague de protestations lors de la procédure de consultation<sup>140</sup>. Elle rendrait d'abord impossible la mise en place d'un conseil d'administration échelonné<sup>141</sup> et constituerait donc une source d'instabilité, en particulier pour les sociétés cotées, dans la mesure où elles s'exposeraient annuellement à ce que tous les membres du conseil d'administration soient révoqués<sup>142</sup>. Par ailleurs, elle aurait pour conséquence d'affaiblir le conseil d'administration par rapport à la direction, sans mentionner le risque d'une direction axée sur le court terme et le temps d'adaptation nécessaire à la compréhension de nouveaux mandats<sup>143</sup>. A cet égard, plusieurs participants à la procédure de consultation ont proposé une durée de mandat minimale de trois ans.<sup>144</sup>

On peut regretter la rigidité du Message sur cette question, qui s'accommode mal de la complexité et de la multitude de situations qui peuvent se présenter.

Nous sommes néanmoins d'avis que la réalisation des risques évoqués pas les exposants est plus liée à la composition du conseil d'administration, la personnalité de ses membres et l'activisme de l'actionnaire qu'à la durée des mandats d'administrateur. Par ailleurs, cette approche correspond plus au mode de fonctionnement moderne d'un conseil d'administration dont l'efficacité s'appuie sur l'implication active de ses membres, par opposition à la multiplication de membres serviles jouant un rôle d'observateurs passifs.

Les auteurs du Projet proposent également d'interdire de procéder, comme c'est encore souvent le cas, à une élection du conseil d'administration *in corpore*, en bloc<sup>145</sup>. Cette mesure est à saluer. On peut néanmoins regretter que l'obligation du vote individuel soit limitée à l'élection au conseil d'administration et qu'elle ne soit pas étendue à l'octroi de la décharge par exemple<sup>146</sup>.

---

<sup>140</sup> Résultats de la Procédure de Consultation, p. 22.

<sup>141</sup> Art. 13 CSBP ; Résultats de la Procédure de Consultation, p. 22.

<sup>142</sup> BÖCKLI, GesKR, p. 24.

<sup>143</sup> Résultats de la Procédure de Consultation, p. 22.

<sup>144</sup> *Id.* ; BÖCKLI, GesKR, p. 24.

<sup>145</sup> Message, p. ch. 2.1.30, p. 1503.

<sup>146</sup> HÉRITIER-LACHAT Anne, Corporate Governance : Quo Vadis ? *in* : SJ 2002 II 207.

## **D. Approbation par l'assemblée générale de décisions du conseil d'administra- tion**

Le Message dénonce une prise de contrôle progressive de la direction au détriment des actionnaires, véritables propriétaires d'une entreprise.<sup>147</sup> Ainsi, par analogie avec les modifications du droit de la Sarl entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008<sup>148</sup>, le Projet propose de laisser la possibilité aux actionnaires de soumettre statutairement certaines décisions du conseil d'administration à l'approbation de l'assemblée générale<sup>149</sup> :

<sup>1</sup> *Les statuts peuvent obliger le conseil d'administration à soumettre certaines décisions à l'approbation de l'assemblée générale. Les décisions du conseil d'administration visées à l'article 716a, al. 1, ch. 3 à 7, ne peuvent pas être soumises à l'approbation de l'assemblée générale.*

<sup>2</sup> *Le conseil d'administration doit présenter à l'assemblée générale toutes les informations d'importance en vue de la décision à prendre.*

<sup>3</sup> *L'approbation de l'assemblée générale ne restreint pas la responsabilité du conseil d'administration.*

Cette modification constitue une restriction importante au principe de parité des organes<sup>150</sup>, selon lequel chaque organe se voit attribuer des compétences qu'il assume seul et de manière indépendante.

Les modalités de fonctionnement du nouvel article 716b P-CO sont les suivantes :

- i) Le Projet prévoit d'abord qu'une telle réserve aux attributions du conseil d'administration devra être votée à la majorité qualifiée des actionnaires<sup>151</sup> et ne sera valable qu'à la condition impérative de figurer dans les statuts<sup>152</sup>. A cet égard, les auteurs du Projet précisent que les statuts devront déterminer le plus précisément possible la nature des décisions qui y seront soumises et qu'en

---

<sup>147</sup> Message, ch. 1.3.2, p. 1425.

<sup>148</sup> Art. 811 CO.

<sup>149</sup> Art. 716b P-CO.

<sup>150</sup> Message, ch. 1.3.2.1, p. 1428.

<sup>151</sup> Art. 704 al. 1 ch. 9 P-CO.

<sup>152</sup> Art. 627 ch. 14 P-CO.

cas de doute, les décisions du conseil d'administration n'y seront pas soumises, conformément à la compétence résiduelle du conseil d'administration<sup>153</sup> et au principe *in dubio contra stipulatorem*<sup>154</sup>.

- ii) Le conseil d'administration doit impérativement soumettre une proposition que l'assemblée générale n'a que la compétence de refuser ou d'accepter sans la moindre modification.<sup>155</sup>
- iii) Contrairement au nouveau droit de la Sàrl, le Projet ne prévoit pas de transfert de compétence *à la carte*, lequel est incompatible avec la nécessité de délimitation claire des compétences entre la direction et l'assemblée générale d'une société anonyme<sup>156</sup>. Ainsi, ne peuvent pas être soumises à l'approbation de l'assemblée générale, les décisions qui relèvent du conseil d'administration en sa qualité d'organe de direction, soit, d'après le Projet, les compétences définies aux chiffres 3 à 7 de l'article 716a al. 1 P-CO. Il est malheureux de constater que cette nouveauté consacre une violation expresse de la compétence *intransmissible* et *inaliénable* du conseil d'administration pour l'exercice de la *haute direction* et la *fixation de l'organisation* au sens de l'article 716a al. 1 ch. 1 et 2 CO. Même à admettre le principe d'une telle compétence d'approbation de l'assemblée générale, nous sommes d'avis qu'elle ne devrait porter que sur une limitation de la compétence générale du conseil d'administration au sens de l'article 716 al. 1 CO, l'article 716a CO ne laissant, à notre sens, aucune latitude d'interprétation sur une *aliénation* ou une *transmission* de la compétence<sup>157</sup>.
- iv) Afin de permettre aux actionnaires de se déterminer, le Projet prévoit que le conseil d'administration devra leur fournir toutes les informations d'importance en vue de la décision à prendre<sup>158</sup>. Si cette communication semble *a priori* relever d'une certaine logique, elle engendre un problème de confidentialité des informations vis-à-vis de tiers. En effet, contrairement aux membres

---

<sup>153</sup> Art. 716 al. 1 CO.

<sup>154</sup> Message, ch. 2.1.30, p. 1504.

<sup>155</sup> *Idem*.

<sup>156</sup> Pour la Sàrl, voir BLANC Mathieu, La répartition des compétences entre les associés dans le droit révisé de la Sàrl, RSJ 102 (2006) p. 221 ss (cité : BLANC), p. 223.

<sup>157</sup> BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 13 no 33.

<sup>158</sup> Art. 716b al. 2 P-CO.



*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

du conseil d'administration, les actionnaires n'ont aucun devoir de fidélité vis-à-vis d'une société. Il nous paraîtrait donc indispensable de conditionner la remise de ces informations ainsi que la participation des actionnaires au vote sur l'approbation des décisions du conseil d'administration à la signature d'un engagement de confidentialité, dont la violation pourrait entraîner des conséquences allant du paiement d'une peine conventionnelle à la déchéance pure et simple de leurs droits d'actionnaires en fonction de la gravité de la violation constatée<sup>159</sup>. A noter que même les auteurs du Projet soulèvent ce risque, mais qu'ils s'en accommodent facilement après avoir procédé à une pesée des intérêts, sans proposer la moindre solution. Au surplus, il y a lieu de relever que l'accumulation d'informations auprès de l'assemblée générale ne sera pas propice à une prise de décision rapide de sa part, sans compter que la résolution de questions complexes de gestion est souvent précédée de négociations impossibles à mener au sein d'une assemblée générale.

- v) Le Projet précise que l'approbation par les actionnaires n'aura aucune influence sur la responsabilité des administrateurs<sup>160</sup>. Il est permis d'en douter. En effet, une délégation de compétence vers le haut devrait logiquement limiter la responsabilité des membres du conseil d'administration et/ou créer un chef de responsabilité chez les actionnaires<sup>161</sup>. Comme le reconnaissent eux-mêmes les auteurs du Projet, la décision d'approbation de l'assemblée générale peut revêtir la valeur d'une décharge conformément à l'article 758 CO<sup>162</sup>, du moins à l'encontre de la société et des actionnaires qui ont voté en faveur de la décision, ces derniers ne devant être habilités à agir que s'ils parviennent à prouver qu'ils ont été faussement ou imparfaitement informés en vue de leur prise de décision conformément au principe *volenti non fit injuria*.<sup>163</sup> La question de l'application par analogie du dé-

---

<sup>159</sup> A noter le mécanisme de l'art. 681 CO en cas de demeure de l'actionnaire dans la libération de sa souscription.

<sup>160</sup> Art. 716b al. 3 P-CO.

<sup>161</sup> FORSTMOSER Peter, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, RSDA 1994, 169 (cité : FORSTMOSER, RSDA 1994), p. 171.

<sup>162</sup> Message, p. 99.

<sup>163</sup> BLANC, p. 227 ; FORSTMOSER Peter/PEYER Patrick R., Die Einwirkung der Generalversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH, RSJ 103 (2007), 429 (cité : FORSTMOSER/PEYER), p. 430 ; DUBS Dieter, Der Genehmigungsbeschluss als

lai de six mois de l'article 758 al. 2 CO aux actionnaires n'ayant pas approuvé la décision demeure également ouverte. Au surplus, ce mécanisme est également susceptible d'engendrer une situation d'*organe de fait* lorsque les actionnaires *assument des attributions du conseil d'administration et se substituent à lui sur le plan fonctionnel*<sup>164</sup>. Or, l'étendue de la substitution fonctionnelle prévue par le nouvel article 716a CO semble peu claire<sup>165</sup>. Il en résulte qu'il est raisonnable de considérer que dans tous les cas où un actionnaire approuve une décision du conseil d'administration, il risque d'être qualifié d'organe de fait pour tout effet résultant de sa décision<sup>166</sup>.

### III. APPRÉCIATION

Pour ce qui touche au conseil d'administration et à la direction des sociétés anonymes, le Projet contient de nombreuses propositions qui doivent être saluées. Il s'agit en particulier des règles sur la transparence, la publicité et le contrôle des indemnités perçues.

Par ailleurs, l'introduction d'une norme spécifique pour gérer les conflits d'intérêts comble une lacune importante au niveau du gouvernement d'entreprise. Il restera toutefois à déterminer si les règles actuelles en matière de responsabilité, dont les conditions matérielles ne sont pas remises en cause par le Projet, suffiront à assurer le respect des principes et à dissuader de les violer.

En revanche, l'exigence d'une élection individuelle pour les membres du conseil d'administration paraît trop stricte dans sa formulation et surtout incomplète, dans la mesure où elle ne s'étend pas au vote sur la décharge. De façon plus générale, il faut regretter que le Projet ne contienne

---

neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Artikel 627 Ziffer 14 E-OR, zum Vorschlag der eingeschränkten Flexibilisierung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung, in : RSDA 2/2008, p. 169.

<sup>164</sup> Message, p. 99 ; FORSTMOSER/PEYER, p. 432 ; FORSTMOSER, RSDA 1994, p. 171 ; VON DER CRONE Hans Caspar/CARBONARA Antonio/HUNZIKER Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel 2006, p. 39 ; WETTER Meinrad, Der Verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Zurich 2007, p. 16 ss ; ATF 132 III 523 ; ATF 128 III 29.

<sup>165</sup> BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 12 no 33 sur la distinction entre *deciding taking* et *decision shaping* ; pour la Sàrl, v. : BÖCKLI/RUEDIN/VON PLANTA/DUC, p. 73 ; FORSTMOSER/PEYER, p. 432 s. ; BLANC, p. 221 ss.

<sup>166</sup> BÖCKLI/RUEDIN/VON PLANTA/DUC, p. 73 ; FORSTMOSER/PEYER, p. 433.

*L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêt  
au sein du conseil d'administration selon le Projet de révision*

aucune disposition sur la composition des membres d'un conseil d'administration, à l'inverse du CSBP.

Les nombreuses controverses suscitées par le nouvel article 716b du Projet semblent parfaitement justifiées. En effet, l'obligation faite aux actionnaires de se prononcer sur l'approbation de certaines décisions qui leur sont déléguées statutairement risque surtout de déresponsabiliser les membres du conseil d'administration, tout en restreignant leur marge de manœuvre au profit de l'assemblée générale, laquelle ne semble d'ailleurs pas constituer l'organe indiqué pour prendre des décisions de *gestion courante*.

De même, les oppositions soulevées durant la phase de consultation sur la fixation de mandats limités à une année (certes renouvelable) devraient également occasionner des débats animés aux Chambres fédérales.

Enfin, nous pouvons regretter que le Projet n'aborde pas la question de l'opportunité de règles spécifiques en matière de gouvernement d'entreprise à l'usage des PME et des sociétés familiales, dont la structure et le fonctionnement sont parfois bien différents de ceux des grandes sociétés anonymes, publiques ou privées. Ce silence est d'autant plus regrettable que la doctrine a aujourd'hui formulé des propositions crédibles et précises en la matière<sup>167</sup>, que les auteurs du Projet auraient pu pour le moins proposer à la discussion.

---

<sup>167</sup> Voir par exemple BÜHLER Christoph B., *Family Business Governance*, in : AJP/PJA 3/2006, p. 317-327.

