

Roland Müller | Marie-Noëlle Zen-Ruffinen | Jérôme Monnier

Guide pratique du conseil d'administration

GUIDE PRATIQUE

DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Outils et modèles pour une gestion efficace

Roland Müller

Docteur en droit, professeur, avocat et notaire

Marie-Noëlle Zen-Ruffinen

Docteure en droit, professeure et avocate

Jérôme Monnier

Docteur en économie HSG, conseiller d'entreprise

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2019

Citation suggérée: ROLAND MÜLLER, MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, JÉRÔME MONNIER, *Guide pratique du conseil d'administration*, Genève/Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8644-8

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France:
Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg:
Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles;
téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek:
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Préambule

Le présent ouvrage a une vocation simple: proposer un recueil de modèles pratiques et de check-lists à l'attention des conseils d'administration et de tous ceux qui sont, d'une manière ou d'une autre, des acteurs de la gouvernance au sein des conseils (comme c'est souvent le cas du secrétaire du conseil).

Que le lecteur ne se méprenne pas; il n'existe pas de modèle prêt à l'emploi. La réalité s'accommode mal des tentatives de standardisation. Le modèle est un point de départ de la réflexion, non un aboutissement. Il doit être adapté, pensé, modifié au gré des situations particulières et des enjeux concrets. En particulier, les exigences auxquelles sont soumises les sociétés cotées divergent souvent fortement de celles auxquelles sont soumises les PME (non cotées). Afin de ne pas surcharger le recueil, nous avons renoncé à établir systématiquement un modèle pour sociétés cotées et un modèle pour PME (non cotée). Autant que possible, nous avons préféré retenir des modèles suffisamment détaillés, au motif qu'il est plus simple de retrancher que d'ajouter du contenu.

Le présent recueil tire son origine du recueil de modèles proposés par Müller/Lipp/Plüss dans l'ouvrage *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, dont il est une adaptation. La liste des modèles et check-lists n'est évidemment pas exhaustive; elle est le fruit d'une sélection qui, comme toute sélection, a sa part d'arbitraire.

Les modèles ont également une dimension didactique. Ils sont ainsi utilisés à titre d'exemples pratiques à l'occasion de la formation pour administrateurs que dispensent la Swiss Board School en coopération avec le Swiss Board Institute, HEC Lausanne, la Geneva School of Economics and Management de l'Université de Genève et l'IMP de l'Université de St-Gall. Le programme de formation s'adresse aux membres de conseils d'administration ainsi qu'aux membres de direction générale de sociétés suisses cotées ou non cotées.

Le présent recueil est précédé d'une introduction qui vise à donner une vue d'ensemble des tâches et attributions du conseil d'administration ainsi que des droits, des devoirs et de la responsabilité des administrateurs. Il ne s'agit cependant que d'un aperçu, que le lecteur peut approfondir en consultant la littérature spécialisée (parmi les ouvrages généraux, on mentionnera en particulier Zen-Ruffinen/Bauen, *Le conseil d'administration*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2017 et Müller/Lipp/Plüss, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2014).

Nous souhaitons au lecteur de trouver dans ce recueil un outil utile.

St-Gall, Genève et Lausanne, mars 2019

Roland Müller/Marie-Noëlle Zen-Ruffinen/Jérôme Monnier

Table des matières

Préambule	V
Table des matières	VII
Bibliographie sélective	XI
Abréviations	XIII
1. Introduction	1
1.1. Bases légale et statutaire	1
1.2. Bibliographie pertinente à l'attention de l'administrateur	2
2. Exigences légales	3
2.1. Sélection des administrateurs et composition du conseil d'administration	3
2.2. Constitution du conseil d'administration	5
2.3. Rémunération des administrateurs	8
2.4. Inscription de l'administrateur au registre du commerce	11
2.5. Mandat fiduciaire; lettre de confirmation de mandat	13
2.6. Examen préalable à l'acceptation du mandat	15
3. Droits et obligations de l'administrateur	17
3.1. Énumération non exhaustive en droit de la société anonyme	17
3.2. Organisation de la société (règlement d'organisation)	18
3.3. Mise en œuvre des droits et obligations	19
3.4. Droits de l'administrateur	21
3.4.1. Droits attachés à la qualité d'actionnaire	21
3.4.2. Droit à l'information	22
3.4.3. Droit de demander la convocation d'une séance du conseil ..	24
3.4.4. Droit à un procès-verbal de la séance	25
3.4.5. Droit de donner des instructions	26
3.4.6. Représentation au conseil d'administration et membres suppléants	27
3.4.7. Droit d'agir en justice	28
3.4.8. Le droit au vote sur la décharge	28
3.4.9. Droit de démissionner	29

3.5.	Obligations du conseil d'administration	29
3.5.1.	Exigences professionnelles et disponibilité suffisante	29
3.5.2.	Devoir de diligence et de fidélité	30
3.5.3.	Récusation	31
3.5.4.	Devoir de discrétion	31
3.5.5.	Devoir de s'informer	32
3.5.6.	Tenue du procès-verbal	33
3.5.7.	Tenue du registre des actions et des détenteurs d'actions au porteur	35
3.5.8.	Egalité de traitement des actionnaires	37
3.5.9.	Attributions intransmissibles et inaliénables	38
3.5.10.	Autres devoirs	49
3.5.11.	Cas particuliers	50
3.6.	Responsabilité et assurance	53
4.	Modèles et check-lists	57
4.1.	Assurances – check-list de vérification	57
4.2.	Cash pool – vérification	63
4.3.	Code de conduite	65
4.4.	Comité d'audit – règlement	75
4.5.	Comité de nomination et de rémunération – règlement	83
4.6.	Comité de risque – règlement	88
4.7.	Communication – Règlement	92
4.8.	Communication de crise	106
4.9.	Compliance management system	111
4.10.	Comptabilité – check-list	118
4.11.	Comptes annuels – check-list	129
4.12.	Conseil scientifique – règlement	142
4.13.	Convocation – séance du CA	145
4.14.	Convocation – AG PME	148
4.15.	Convocation – AG société cotée	151
4.16.	Corporate Governance – check-list	158
4.17.	Décision par voie de circulation	162
4.18.	Découverte d'infractions patrimoniales	165
4.19.	Démission du CA – lettre	167
4.20.	Description de poste – Compliance Officer	168
4.21.	Description de poste – Directeur Financier (CFO)	172

4.22. Description de poste – Directeur Général (CEO)	175
4.23. Description de poste – gestionnaire des risques	180
4.24. Description de poste – président du CA	183
4.25. Description de poste – Secrétaire CA	188
4.26. Diagramme des fonctions	192
4.27. Direction d'un groupe	197
4.28. Évaluation du CA par la DG	201
4.29. Évaluation du CA par le CA (auto-évaluation)	204
4.30. Gestion des risques – enquête	209
4.31. Management Cockpit – chiffres-clés	211
4.32. Mandat CA – check-list d'acceptation	216
4.33. Mandat CA – confirmation	221
4.34. Mandat CA – contrat	224
4.35. Mandat CA – déclaration d'acceptation	227
4.36. Master Risk List – table des matières	228
4.37. MIS – concept	230
4.38. Placement – règlement (PME)	234
4.39. Politique de risque	236
4.40. Postposition – convention	249
4.41. Préparation AG – check-list	252
4.42. Procès-verbal – AG extraordinaire	255
4.43. Procès-verbal – AG ordinaire	258
4.44. Procès-verbal – séance CA	262
4.45. Procuration de représentation des actions	278
4.46. Profil d'exigences du CA	279
4.47. Rapport de gestion – check-list	287
4.48. Rapport mensuel de la société	290
4.49. Rapport mensuel de pilotage – graphiques actualisés	294
4.50. Rapport mensuel de pilotage – graphiques statiques	296
4.51. Rapport mensuel des projets	298
4.52. Rapport mensuel du CEO	300
4.53. Rapport mensuel du CFO	302
4.54. Registre des actions (selon GAFI)	304
4.55. Règlement d'organisation	315
4.56. Révision interne – Règlement	328

Table des matières

4.57. Risk management – évaluation d’un risque individuel	333
4.58. Risk management – évaluation de risque du SCI	336
4.59. Risk management – liste des risques selon enquête	341
4.60. Risk management – aperçu périodique	345
4.61. Risk management – publication de l’évaluation des risques	350
4.62. Signatures CA et DG – règlement	352
4.63. Statuts (actions nominatives liées)	356
4.64. Statuts (clauses alternatives)	370
4.65. Stratégie du propriétaire (entreprise familiale)	374
4.66. Table des matières du classeur CA	378
4.67. Tâches du CA – check-list	379
4.68. Trésorerie – flux	386
4.69. Trésorerie – plan à 12 mois	390
4.70. Whistleblowing – règlement	393

Bibliographie sélective

AKERET FABIAN, Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren, RiU Band 16, Zürich/St.Gallen 2018

BAUEN/BERNET/ROUILLER/LASSERRE ROUILLER, La société anonyme suisse, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017 (cité: *Bauen et al.*)

BLANC MATHIEU, La Business Judgment Rule dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in *Développements récents en droit commercial VI*, CEDIDAC No. 102, Lausanne 2018, p. 49–72

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009

CHENAUX JEAN-LUC, La responsabilité du conseil d'administration dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral in *Quelques actions en responsabilité, Bohnet François* (édit.), Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (CEMAJ), Neuchâtel 2008, p. 147–197

ECONOMIESUISSE (ÉDIT.), Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, Zurich et Bâle 2016

FISCHER JOEL A., Information und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SSHW Band 345, Zürich/St.Gallen 2018

FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011

GAUCH SANDRO, Grundlage und Bedeutung der Business Judgement Rule in der Schweiz, RiU Band 14, Zürich/St.Gallen 2018

KELLER SUSANNE, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – Bedeutung und Entwicklung von zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte, dans: Jusletter 24 octobre 2011

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit suisse des sociétés, Berne 2015

MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014

MÜLLER/MONNIER, La séance du conseil d'administration – Préparation, convocation, organisation, prise de décision et tenue du procès-verbal, in *Expert Focus* 9/2018 p. 1 ss

MUSTAKI GUY, Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance in *SJ II* (2006) p. 189 ss

MUSTAKI/URBEN, La responsabilité différenciée des administrateurs en cas de répartition des tâches in *GesKR 3* (2011) p. 315 ss

OBERSON XAVIER, La responsabilité fiscale des organes dirigeants des sociétés anonymes *in* SJ II (2006) p. 293 ss

OULEVEY XAVIER, L'institution de la décharge en droit de la société anonyme, th. Fribourg 2007, Genève/Bâle/Zurich 2008

PETER HENRY, Le Corporate Governance dans les groupes de sociétés *in* *Corporate Governance en Suisse*, Dessemontet/Bohrer (édit.), publication CEDIDAC n° 54, Lausanne 2003, p. 61 ss

PHILIPPIN EDGAR, Les comités du conseil d'administration *in* Aspects actuels du droit de la société anonyme, Dessemontet/Oberson/Thévenaz/Blanc (édit.), publication CEDIDAC n° 64, LAUSANNE 2005, p. 533 ss

TERCIER/AMSTUTZ/TRIGO TRINDADE, Commentaire romand, Code des obligations II; Art. 530–1186 CO, art. 20–33 LB, avec des introductions à la LFus, à l'ORAb, à la LTI et à la loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, Bâle 2018 (cité: *Auteur*, CoRo – CO II)

TRIGO TRINDADE RITA, La répartition des tâches au sein du conseil d'administration *in* RSDA 1 (2004) p. 24 ss

URBEN LUCA, Les rémunérations des dirigeants en droit suisse de la société anonyme, th. Lausanne 2015, Lausanne 2015

VON PLANTA ANDREAS, Le rôle du comité d'audit dans le gouvernement d'entreprise *in* RSDA 1 (2004) p. 43 ss

ZEN-RUFFINEN/BAUEN, Le conseil d'administration, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2017

Abréviations

AG	Assemblée générale
al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral Suisse
CA	Conseil d'administration
CAR	Comité d'audit et des risques
CCO	Chief compliance officer
CD	Corporate design
CEO	Chief executive officer
cf.	confer
CFO	Chief financial officer
CFST	Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail
ch.	chiffre
CHF	francs suisses
CI	Corporate identity
cit.	cité
CO	Code des obligations
consid.	considérant
CP	Code pénal
CRO	Chief risk officer
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse
D&O	Directors and Officers Liability Insurance
DCA	Délégué du conseil d'administration
DCG	Directive de la SIX Swiss Exchange concernant les informations relatives à la Corporate Governance
DG	Direction générale
DRH	Directeur des ressources humaines
EBIT	Earnings before interest and taxes
EBT	Earnings before taxes
éd.	édition
ERP	Enterprise Resource Planning
et al.	et alii (et autres)
etc.	et cetera

Abréviations

EUR	Euro
év.	éventuellement
FINMA	Finanzmarktaufsicht (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers)
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
GAFI	Groupe d'action financière
GBP	British pound sterling
GMP	Good Manufacturing Practice
IAS	International Accounting Standards
IIA	Normes internationales pour la pratique professionnelle de l'audit interne
IFRS	International Financial Reporting Standards
IPSAS	International Public Sector Accounting Standards
ISO	Organisation internationale de normalisation
IT	Information technology
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LB	Loi sur les banques
LBA	Loi sur le blanchiment d'argent
LCMP	Loi sur le contrôle des métaux précieux
let.	lettre
LFus	Loi sur la fusion
LIMF	Loi sur l'infrastructure des marchés financiers
LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux
LPD	Loi sur la protection des données
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
LSA	Loi sur la surveillance des assurances
MC	Marge de contribution
MIS	Management Information System
n. a.	non available
NAS	Normes d'audit suisses
not.	notamment
NRC	Nomination and Remuneration Committee
OB	Ordonnance sur les banques
OIMF	Ordonnance sur l'infrastructure des marchés financiers

OOPA	Ordonnance sur les offres publiques d'acquisition
OPA	Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles
ORAB	Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce
p.ex.	par exemple
PCA	Président du CA
PME	petites et moyennes entreprises
RC	Règlement de cotation
RC	Registre du commerce
RGPD	Règlement européen sur la protection des données
RiU	Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen
RM	Risk Management
s./ss	suisant(e)/suisant(e)s
SA	société anonyme
SCA	Secrétaire du CA
SCI	Système de contrôle interne
SICAV	Société d'investissement à capital variable
SIX	Swiss Infrastructure and Exchange
SMC	Système de management de la compliance
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
SUVA	Schweizerische Unfallversicherung/Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
Swiss-GAAP RPC	Swiss Generally Accepted Accounting Principles of the Foundation for Financial Reporting Standards
TF	Tribunal fédéral
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
USD	United States Dollar
VR	Verwaltungsrat (Conseil d'administration)
WB	Whistleblowing

1. Introduction

1.1. Bases légale et statutaire

Les droits et obligations de l'administrateur sont régis principalement par le droit de la société anonyme, qui fait partie du Code des obligations («CO»). Les règles du droit de la société anonyme s'appliquent aussi bien aux entreprises cotées en bourse qu'aux petites et moyennes entreprises. D'autres dispositions du Code des obligations ainsi que d'autres lois et ordonnances sont également susceptibles de revêtir une importance particulière pour l'administrateur. On mentionnera en particulier:¹

- les dispositions du CO applicables aux raisons de commerce;
- les dispositions du CO régissant la comptabilité commerciale et la présentation des comptes. Les administrateurs de grandes entreprises – qui sont soumises au contrôle ordinaire – sont en particulier tenus depuis le 1^{er} janvier 2013 de respecter des exigences particulières en matière de présentation des comptes²;
- s'agissant d'entreprises cotées en bourse: la Loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) et les ordonnances y relatives (OIMF et OIMF-FINMA), l'Ordonnance sur les offres publiques d'acquisition (OOPA), l'art. 95 de la Constitution fédérale et l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb)³ et les règlements – notamment le Règlement de cotation (RC) –, directives, circulaires, recommandations et communications de la SIX Swiss Exchange⁴;
- s'agissant de banques ou de caisses d'épargne: la Loi sur les banques (LB), l'Ordonnance sur les banques (OB) ainsi que les Circulaires de la FINMA (en particulier la Circulaire FINMA 2017/1 «Gouvernance d'entreprise – banques»)⁵;
- s'agissant de sociétés d'assurance: la Loi sur la surveillance des assurances (LSA) et les ordonnances y relatives (OS et OS-FINMA) ainsi que les Circulaires de la FINMA (en particulier la Circulaire FINMA 2017/2 «Gouvernance d'entreprise – assureurs»);

1 Pour les modifications juridiques faisant autorité depuis 2000, comparez *Müller/Lipp/Plüss*, p. 2 s.

2 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 532 ss.

3 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 1205 ss.

4 *Mustaki*, p. 191.

5 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 653 s.

1. Introduction

- s’agissant d’entreprises dont les travailleurs exécutent des travaux en Suisse: l’Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (OPA);
- s’agissant d’intermédiaires financiers (p.ex. banques, caisses d’épargne, sociétés de gestion de fortune, négociants en valeurs mobilières, entreprises distribuant des parts de placements collectifs): la Loi sur le blanchiment d’argent;
- l’Ordonnance sur le registre du commerce;
- le Code pénal (on pense en particulier aux infractions en matière de poursuite pour dettes et de faillite et aux dispositions de protection du patrimoine⁶).

S’y ajoutent les dispositions qui figurent dans les statuts⁷ et dans le règlement d’organisation de l’entreprise⁸.

Pour appréhender l’environnement légal et réglementaire qui entoure la mission de l’administrateur et faire face à la complexité des tâches qui incombent à celui-ci, il est fortement recommandé de suivre une formation. Il est souhaitable également que l’administrateur consacre un temps approprié à la formation continue pour ajourner ou approfondir ses connaissances.

1.2. Bibliographie pertinente à l’attention de l’administrateur

Il existe d’innombrables publications consacrées au droit de la société anonyme et un bon nombre de monographies et articles traitent d’aspects particuliers en lien avec le conseil d’administration. Il est cependant difficile, au travers de leur consultation, de se faire rapidement une idée claire des tâches et attributions du conseil d’administration et des droits et obligations de l’administrateur.

Peu d’ouvrages présentent de manière systématique l’ensemble des normes applicables au conseil d’administration. On peut citer comme ouvrages de référence, en français, *Marie-Noëlle Zen-Ruffinen/Marc Bauen, Le conseil d’administration, 2^{ème} édition, Schulthess Zurich/Bâle/Genève 2017* et, en allemand, *Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 4^{ème} édition, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2014*, qui contient plus d’une centaine de modèles et checklists.

6 Le présent ouvrage contient une checklist d’indices qui devraient conduire à une vigilance accrue dans la détection d’éventuelles infractions (VOIR MODELE 4.18 check-list pour la découverte d’infractions contre le patrimoine).

7 VOIR MODELES 4.63 Statuts (actions nominatives liées) et évt 4.64 Statuts (clauses alternatives). Le présent ouvrage contient un exemple de modèle de statuts; différentes options (clauses alternatives) sont également présentées.

8 VOIR MODELE 4.55 Règlement d’organisation. Le présent ouvrage contient un exemple de modèle de règlement d’organisation.

2. Exigences légales

2.1. Sélection des administrateurs et composition du conseil d'administration

Le législateur a volontairement renoncé à établir un catalogue d'exigences relatif à la composition du conseil d'administration et à la sélection de ses membres.¹

Le profil d'exigences variera en effet en fonction de l'importance économique et du type de société. Il est recommandé d'établir le profil d'exigences pour le conseil d'administration dans son ensemble² et, lors d'un recrutement particulier, le profil (individuel) de compétences et expériences recherchées.³ Des fiches de description de poste devraient être établies pour le président et le secrétaire du conseil d'administration.⁴

Plusieurs critères sont importants lorsqu'il s'agit de sélectionner un administrateur:

- Les compétences professionnelles: l'administrateur devrait disposer de connaissances professionnelles et sectorielles qui complètent celles des autres membres du conseil d'administration; il devrait disposer également de connaissances de base lui permettant de comprendre et interpréter les rapports financiers (not. bilans, compte de résultat) ainsi que le rapport des réviseurs⁵;
- Les compétences entrepreneuriales: l'administrateur devrait être capable de s'identifier au but de l'entreprise, de mener une analyse et une réflexion stratégiques et de faire preuve de ténacité et de persévérance;
- Les compétences sociales: l'administrateur devrait faire preuve d'esprit d'équipe, d'esprit critique, d'indépendance d'esprit et d'objectivité;
- Les compétences personnelles: l'administrateur doit avoir une disponibilité suffisante, faire preuve de vivacité d'esprit, de flexibilité et d'intégrité et jouir d'une bonne réputation.⁶ Sous l'impulsion des bonnes pratiques (ou parfois en raison d'exigences réglementaires, notamment dans le secteur bancaire), les sociétés postulent de plus en plus souvent une exigence d'indépendance

1 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 7 ss. Voir *Böckli*, § 13 N 38 ss, pour connaître les aptitudes personnelles.

2 VOIR MODELE 4.46 Profil d'exigences du CA.

3 *Müller/Lipp/Plüss*, 24.

4 VOIR MODELES 4.24 Description de poste – Président du CA, 4.25 Description de poste – Secrétaire du CA. Le présent ouvrage contient également une liste des tâches du CA, VOIR 4.67 Tâches du CA – check-list.

5 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 16 ss.

6 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 54.

2. Exigences légales

(l'administrateur étant parfois appelé à signer une déclaration d'indépendance). Les sociétés cotées s'imposent ce type de restriction. Le Code suisse de bonnes pratiques recommande que leur conseil d'administration soit composé d'une majorité de membres indépendants.⁷ Il prescrit en outre que le comité d'audit (*audit committee*) et que le comité de rémunération se composent exclusivement de membres non exécutifs et indépendants,⁸ et que le comité de nomination se compose majoritairement de membres non exécutifs et indépendants.⁹

Depuis la révision du droit de la société anonyme de 2008, les membres du conseil d'administration ne sont plus soumis à des exigences de domicile ou de nationalité.¹⁰ Il suffit simplement que la société puisse être représentée par une personne domiciliée en Suisse; il peut s'agir d'un directeur (non membre du conseil).¹¹

La loi n'exige plus non plus que l'administrateur soit actionnaire de la société.¹²

Elle ne prévoit pas davantage de limite d'âge pour l'exercice des fonctions d'administrateur. Les statuts peuvent cependant prévoir une telle limite.¹³

La loi ne prévoit aucune restriction quant au nombre de mandats que l'administrateur peut accepter ou quant à la durée maximale (totale) des mandats d'administrateur. Les statuts peuvent cependant, respectivement doivent, dans les sociétés cotées, prévoir de telles limites (en indiquant le nombre de fonctions que les administrateurs peuvent occuper dans des organes supérieurs de direction ou d'administration).¹⁴

Par ailleurs, la loi n'exige (pour l'heure) pas un quota minimum pour la représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration;¹⁵ le Code suisse de bonnes pratiques encourage cependant un certain équilibre hommes-femmes et prévoit une recommandation en faveur de la représentation des sexes au sein du conseil.¹⁶ Le projet de révision du droit de la société anonyme de 2016 prévoit d'introduire des quotas sur le mode *comply or explain*¹⁷.

7 Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 12 al. 4.

8 Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 23 al. 1 et Annexe 1, 32 al. 2; *Philippin*, p. 360 ss.

9 Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 26 al. 1.

10 *Böckli*, § 13 N 32 ss.

11 *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 16 N 429.

12 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 28.

13 *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 16 N 457.

14 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 8 ss.

15 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 21.

16 Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 12 al. 2.

17 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 24 s.

2.2. Constitution du conseil d'administration

Sous réserve de certaines exceptions (p.ex. banques, Sicav), la loi ne fixe pas un nombre minimum et/ou maximum d'administrateurs. Elle exige uniquement que le conseil d'administration soit composé d'au moins d'un membre¹⁸ (sur le conseil d'administration unipersonnel, cf. 3.5.11.a). Les statuts prévoient cependant souvent un nombre minimum et/ou maximum d'administrateurs.¹⁹ Le conseil d'administration est en principe libre de sa propre constitution,²⁰ sous réserve de son obligation légale de désigner son président et un secrétaire.²¹ Dans les sociétés cotées en bourse, le président est élu (impérativement) par l'assemblée générale.²² Dans les sociétés non cotées, c'est en principe le conseil d'administration qui désigne son président; les statuts peuvent cependant prescrire que le président du CA (mais non le vice-président ou le délégué) soit élu par l'assemblée générale.²³

La désignation d'un vice-président n'est pas obligatoire et la loi n'y fait nullement référence.²⁴ Il est cependant recommandé d'élire un vice-président et de l'inscrire au registre du commerce.²⁵ Ainsi, lorsque le président n'est pas (ou plus) en mesure d'accomplir son mandat (p. ex. pour cause de maladie), le vice-président pourra à bref délai en reprendre les tâches (p.ex. diriger les séances du conseil, conduire l'assemblée générale, signer les demandes d'inscription au RC). Le vice-président peut aussi jouer un rôle important dans les rapports entre le président et le conseil ou la société, lorsque les intérêts de la société sont en jeu (notamment en cas de conflit d'intérêts). Il en va notamment ainsi lorsqu'il s'agit de fixer la rémunération du président.²⁶ Les modalités de désignation d'un vice-président ne sont pas prescrites par la loi. Celui-ci est désigné en principe par le conseil d'administration; ses attributions peuvent être précisées dans le règlement d'organisation.²⁷

18 *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 16 N 396 s. A fin 2017, la Suisse comptait 215'194 sociétés anonymes; or, seules environ 200'000 personnes détenaient un ou plusieurs mandats d'administrateur.

19 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 58.

20 *Böckli*, § 13 N 104.

21 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 272. A noter que le Projet de révision de 2016 ne règle plus la nomination du secrétaire.

22 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 274.

23 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 272 s.

24 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 286.

25 *Müller/Lipp/Plüss*, p. 79, et *Böckli*, § 13 N 107.

26 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 287.

27 VOIR MODELE 4.55 Règlement d'organisation.

2. Exigences légales

Il est également possible de nommer un délégué du conseil d'administration,²⁸ qui se voit déléguer toute ou partie de la gestion de l'entreprise et qui dispose du pouvoir de représentation de la société.²⁹ La délégation doit reposer sur une clause statutaire et doit être accompagnée d'un règlement d'organisation³⁰ édicté par le conseil d'administration et mettant en œuvre la délégation³¹.

À l'inverse du système dualiste allemand où le *Aufsichtsrat* et le *Vorstand* sont strictement dissociés, le système suisse n'interdit pas qu'un administrateur soit simultanément membre de la direction.³² Une séparation des fonctions du conseil d'administration et de celles de la direction n'est prescrite que pour les banques et les caisses d'épargne, les négociants en valeurs mobilières et les entreprises d'assurance privée.³³ Même si la loi ne l'interdit en principe pas, le cumul des fonctions de président de la direction générale (*chief executive officer*) et de président du conseil d'administration (*chairman*) est de plus en plus controversé.³⁴ Le Code suisse recommande depuis 2014 une dissociation des fonctions.³⁵

Dans les sociétés d'une certaine taille, une répartition du travail est indispensable pour permettre au conseil d'administration de mener à bien ses attributions. Il est ainsi fréquent que le conseil crée en son sein des comités, sur le modèle du Board-System américain, en particulier:³⁶

- Le comité d'audit (*audit committee*): il n'audite pas lui-même, mais surveille le fonctionnement de la révision.³⁷ Il procède à sa propre évaluation des révisions (internes et externes) effectuées et fait part de ses conclusions au conseil d'administration.³⁸ Il est fréquent que le comité d'audit soit également res-

28 *Philippin*, p. 338 ss. À fin 2014, environ 12'500 sociétés anonymes (soit 7%) disposaient d'un délégué du CA. Il est recommandé d'établir une fiche de description de poste du délégué du conseil.

29 *Müller/Lipp/Plüss*, p. 68 s.

30 VOIR MODELE 4.55 Règlement d'organisation.

31 *Bauen et al.*, N 460.

32 Le Tribunal fédéral a confirmé à maintes reprises qu'un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société du moment que le conseil d'administration l'y autorise, précisant que l'administrateur reste tenu de servir en premier lieu les intérêts de la société (cf. not. arrêt du TF 4C.402/1998 du 14.12.1999, arrêt du TF 4C. 234/2001 du 10.12.2001, arrêt du TF 4C.258/2003 du 9.1.2004, ATF 128 III 129).

33 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 463 ss.

34 Le rédacteur économique de la NZZ, Dr. Gerhard Schwarz, soulignait à l'occasion de la débâcle de Swissair que «Se surveiller soi-même n'est pas seulement un non-sens. C'est tout simplement impossible».

35 Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 19 al. 1.

36 *Von Planta*, p. 44 s.; code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 22 al. 1, et *Böckli*, § 13 N 411 ss.

37 Pour les fonctions d'un comité d'audit, voir *Müller/Lipp/Plüss*, p. 66 s., et *Böckli*, § 13 N 385 ss.

38 *Philippin*, p. 357 s.

ponsable de la surveillance de la compliance et de la gestion des risques³⁹ L'institution d'un comité d'audit est la règle dans les sociétés cotées et dans les sociétés d'une certaine taille; elle est obligatoire dans les banques d'une certaine importance.⁴⁰

- Le comité de rémunération (*compensation committee*): l'institution d'un comité de rémunération est obligatoire dans les sociétés cotées; elle est recommandée dans les sociétés (non cotées) d'une certaine taille.⁴¹ Le comité de rémunération fixe les principes régissant la politique de rémunération des cadres dirigeants, met en œuvre celle-ci et fixe la rémunération individuelle des dirigeants dans les limites du montant global accordé par l'assemblée générale; lorsque ces tâches ne lui sont pas déléguées avec compétence décisionnelle, il assiste le conseil dans la préparation et l'exécution des décisions y relatives. Le comité de rémunération assiste également le conseil dans toutes les tâches en lien avec la rémunération des dirigeants qui relèvent de la compétence intransmissible et inaliénable du conseil (en particulier la préparation des votes annuels des actionnaires relatifs à la somme globale des indemnités des dirigeants et l'établissement du rapport de rémunération).⁴²
- Le comité de nomination (*nomination committee*): il assiste le conseil d'administration dans la sélection des candidats à la succession de membres du CA et de la direction.⁴³ Il est fréquent que les comités de rémunération et de nomination soient regroupés en un (seul) comité. À noter que l'institution d'un comité de rémunération et nomination est obligatoire dans les banques d'une certaine importance.⁴⁴
- D'autres comités peuvent être constitués (p.ex. comité des risques, dont la constitution est obligatoire pour les banques d'une certaine importance, comité de gouvernance).⁴⁵ L'institution d'un comité stratégique, qui prépare le travail du conseil en matière de direction stratégique, ne devrait à notre avis pas être encouragée. La réflexion stratégique devrait demeurer au cœur des préoccupations de l'ensemble des membres du conseil.

Les comités devraient être exclusivement ou majoritairement composés d'administrateurs non exécutifs et indépendants; le Code suisse recommande que les comités d'audit et de rémunération soient composés exclusivement de membres

39 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 324; code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 24 al. 2.

40 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 325.

41 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 326.

42 *Peter/Cavadini*, CoRo – CO II, art. 716a CO N 62; code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 24.

43 *Peter/Cavadini*, CoRo – CO II, art. 716a CO N 63; code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 26 al. 2 et 3.

44 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 334.

45 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 335.

indépendants,⁴⁶ le comité de nomination majoritairement de membres indépendants.⁴⁷ Il incombe au conseil d'administration d'arrêter dans le règlement d'organisation ou dans un règlement séparé (*committee charter*) le rôle, la composition et le fonctionnement de chacun de ces comités.⁴⁸ Les principes régissant les tâches et les compétences du comité de rémunération des sociétés cotées doivent cependant être définis dans les statuts.⁴⁹

Il est de bonne pratique d'effectuer une évaluation de la qualité du travail du conseil d'administration et de son fonctionnement⁵⁰ (p.ex. auto-évaluation, évaluation par la direction, évaluation externe)⁵¹ ainsi que de la qualité des travaux menés par les comités (p.ex. auto-évaluation, évaluation par le conseil, évaluation externe)⁵².

2.3. Rémunération des administrateurs

Le droit de la société anonyme évoque la rémunération des administrateurs sous forme de tantièmes, c'est-à-dire d'une participation au bénéfice.⁵³ Un tel versement suppose l'affectation préalable du bénéfice à la réserve légale et la distribution préalable d'un dividende de cinq pour cent (ou plus si les statuts le prévoient) aux actionnaires.⁵⁴ Si ces conditions ne sont pas satisfaites, un versement de tantièmes constituerait un prélèvement illicite sur le bénéfice.⁵⁵ Les membres du conseil ne peuvent notamment pas percevoir de rémunération sous cette forme si la société n'enregistre que de maigres bénéfices, et ce sans égard à la contribution effective des administrateurs. Ce manque de flexibilité explique qu'aujourd'hui les tantièmes n'ont plus cours. Ils ont été remplacés par une véritable rémunération (« honoraires » d'administrateur), qui tient compte des prestations de l'administrateur. Le droit fiscal et la législation sur les assurances sociales assimilent ce type de rémunération à un salaire. Une telle rémunération est déductible comme charge auprès de la société. Elle n'est pas assujettie à la TVA.⁵⁶

46 Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 23 al. 1 et Annexe 1, 32 al. 2.

47 Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, ch. 26 al. 1.

48 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 307 ; *Peter/Cavadini*, CoRo – CO II, art. 716a CO N 19. VOIR MODELES: 4.4 Comité d'audit – règlement, 4.5 Comité de nomination et rémunération – règlement, 4.6 Comité de risque – règlement.

49 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 328.

50 *Müller/Lipp/Plüss*, p. 155 s.

51 VOIR MODELES: 4.28 Evaluation du CA par la DG, 4.29 Evaluation du CA par le CA (auto-évaluation).

52 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 307.

53 *Böckli*, § 13 N 238.

54 *Urban*, p. 139 s.

55 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 147.

56 *Chenau/Gachet*, CoRo – CO II, art. 677 CO N 32 s.

Depuis le 1^{er} janvier 2014, la rémunération des dirigeants et membres du conseil d'administration de sociétés cotées est soumise à une réglementation spécifique (ORAb) qui prime les dispositions du Code des obligations⁵⁷; le Projet de révision du droit de la société anonyme de 2016 prévoit de transposer dans le Code des obligations les dispositions de l'ORAb⁵⁸. Dans les sociétés cotées, la rémunération des administrateurs se fonde (impérativement) sur une décision de l'assemblée générale.⁵⁹ Celle-ci est habilitée à se prononcer sur les montants globaux de la rémunération du conseil d'administration; il s'agit d'une compétence intransmissible de l'assemblée générale. Le conseil conserve un pouvoir important, puisqu'il lui incombe de proposer les montants au vote des actionnaires (généralement peu enclins à les refuser) et de répartir ces sommes individuellement.⁶⁰ Les statuts doivent prévoir les modalités du vote en observant les prescriptions minimales imposées par l'ORAb: le vote de l'assemblée générale doit intervenir annuellement, il a un caractère contraignant et l'assemblée générale doit se prononcer de façon séparée sur les montants globaux accordés au conseil d'administration, à la direction et (le cas échéant) au conseil consultatif.⁶¹

La rémunération des administrateurs de sociétés non cotées reste soumise aux dispositions du Code des obligations; elle se fonde en principe sur le rapport juridique entre la société et l'administrateur. La rémunération peut également être fondée sur une base statutaire prévoyant, par exemple, que le conseil d'administration fixe le montant de l'indemnisation de ses membres. Elle peut être utilement réglée dans un règlement de rémunération. Dans les sociétés non cotées, la compétence décisionnelle en matière de rémunération des administrateurs appartient au conseil d'administration;⁶² les statuts peuvent en soi prévoir une autre solution (rare en pratique) et soumettre la rémunération du conseil au vote (consultatif ou décisionnel) de l'assemblée générale.⁶³

Le montant de la rémunération devrait être fonction de la taille de la société et, surtout, de la prestation effectivement fournie par l'administrateur (y compris de sa position au sein du conseil, de son éventuelle appartenance à un ou plusieurs comités, du risque supporté).⁶⁴ On peut se demander s'il est possible également de tenir compte de la situation économique de la société et si la rémunération des administrateurs ne peut ainsi pas, pour partie, être liée au résultat.⁶⁵ Ce n'est pas la règle (exception faite des administrateurs qui occupent aussi une fonction exécutive au sein de la société et qui reçoivent à ce titre une rémunération en partie

57 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 149.

58 *Bahar*, CoRo – CO II, art. 18 ORAb N 45.

59 *Urban*, p. 344.

60 *Urban*, p. 348.

61 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 153; *Bahar*, CoRo – CO II, art. 18 ORAb N 16 ss.

62 *Urban*, p. 335 s.

63 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 152.

64 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 156 ss.

65 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 161.

variable): en règle générale et conformément aux pratiques recommandées dans les sociétés cotées en effet, le système de rémunération des administrateurs (non exécutifs) est composé uniquement d'éléments fixes – versement de sommes d'argent et attribution d'actions.⁶⁶ À noter aussi qu'une rémunération qui serait exclusivement ou fortement liée au résultat se concilie mal avec le fait, d'une part, que l'administrateur n'est à même de déterminer la marche des affaires que dans une certaine mesure (sauf lorsqu'il est l'unique administrateur et que la gestion n'a pas été déléguée) et que, d'autre part, le mandat d'administrateur représente une charge de travail particulièrement importante dans les situations financières difficiles.

La marge d'appréciation pour fixer la rémunération des administrateurs est importante. Sur le plan juridique, la limite principale découle de l'art. 678 al. 2 CO: selon cette disposition, les administrateurs (et les personnes qui leur sont proches) sont tenus de restituer les prestations qui sont «en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société».⁶⁷ À noter que le Projet de révision du droit de la société anonyme de 2016 prévoit d'améliorer l'efficacité du régime actuel de l'action en restitution des prestations perçues indûment en permettant plus largement d'annuler des transferts d'actifs sociaux injustifiés, notamment de liquidités.⁶⁸

Selon la dernière étude de BDO menée en 2017 sur les entreprises de taille moyenne (dont les effectifs ne dépassent pas 1000 collaborateurs)⁶⁹, la rémunération brute d'un membre du conseil d'administration sans fonction additionnelle (et sans appartenance à un comité en particulier) s'élève à CHF 15'113 CHF en moyenne. Le président du conseil est rémunéré en moyenne à hauteur de CHF 30'667 (brut) par an. Les entreprises objet de l'étude représentent cependant des réalités diverses, notamment en terme d'effectifs et de chiffres d'affaires. L'étude constate que la rémunération des administrateurs d'entreprises de taille moyenne augmente de façon exponentielle lorsque les effectifs et le chiffre d'affaires sont plus élevés.

La rémunération moyenne est nettement plus élevée également dans les entreprises de taille plus importante et les entreprises cotées en bourse. Elle peut varier assez fortement selon les fonctions assumées (en particulier, la rémunération du président du conseil, qui assume des tâches plus nombreuses, est en général nettement supérieure à celle des membres du conseil).

66 Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, Annexe 1, ch. 35 al. 1.

67 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 162; *Urban*, p. 511 s.

68 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 162.

69 À noter que l'étude porte sur 600 entreprises de taille moyenne, qui ont répondu à l'enquête (sur un peu moins de 9'000 questionnaires envoyés, élevant ainsi le taux de réponse à 7%).

La rémunération des administrateurs peut, en soi, prendre de nombreuses formes (indemnité forfaitaire en espèces – par mois, trimestre, semestre, année –, rémunération selon un taux horaire fixe, jetons de présence, participation financière au chiffre d'affaires ou au bénéfice, participation au capital par l'attribution d'actions ou d'options sur actions [stock-options], crédits et prêts octroyés à des conditions avantageuses, autres revenus accessoires).⁷⁰ La rémunération des administrateurs de sociétés cotées consiste le plus souvent en un montant fixe, versé pour partie en espèces et pour partie en actions bloquées. Dans les sociétés cotées, l'octroi de prêts, crédits, prestations de prévoyance en dehors de la prévoyance professionnelle et les rémunérations liées aux résultats ne sont admis qu'à condition d'être prévus par les statuts. Il en va de même des titres de participation, des droits de conversion et des droits d'option.⁷¹ Les indemnités de départ et les indemnités anticipées sont interdites, sous peine de sanctions pénales.⁷²

2.4. Inscription de l'administrateur au registre du commerce

L'administrateur élu doit être inscrit au registre du commerce (art. 45 al. 1 lit. n ORC).⁷³ Si le nouvel administrateur a un pouvoir de signature (signature individuelle ou collective), sa signature devra être dûment légalisée par un notaire (à moins qu'elle ne soit déjà connue du registre du commerce, par exemple parce que l'administrateur est déjà administrateur d'une autre société dans le même canton) (art. 720 CO, art. 21 ORC); alternativement, l'administrateur peut apposer sa signature originale directement auprès de l'office du registre du commerce.⁷⁴ La réquisition d'inscription (qui peut être faite sur papier ou sous forme électronique) est une démarche exigeante du point de vue formel. Conformément à l'art. 119 al. 1 ORC, elle doit mentionner les indications personnelles suivantes:

- a. le nom de famille;
- b. le prénom en toutes lettres, ou les prénoms lorsque cela est nécessaire pour l'identifier;
- c. sur demande, le prénom usuel, le diminutif ou le nom d'artiste;
- d. la commune politique du lieu d'origine ou, pour les ressortissants étrangers, la nationalité;

70 *Urban*, p. 106 ss.

71 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 163.

72 *Bahar*, CoRo – CO II, art. 20 ORAb N 8 ss et art. 24 ORAb N 1 ss.

73 *Böckli*, § 13 N 52.

74 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 37.

2. Exigences légales

- e. la commune politique du domicile ou, en cas de domicile à l'étranger, le lieu et le nom du pays;
- f. s'ils sont établis, les titres universitaires suisses et les titres étrangers équivalents;
- g. la fonction assumée dans l'entité juridique;
- h. le mode de représentation ou, le cas échéant, la mention que la personne n'est pas habilitée à représenter l'entité juridique.

Le nom avant mariage et la date de naissance de l'administrateur ne doivent pas être indiqués. L'identité des personnes physiques inscrites au registre du commerce doit être vérifiée au moyen d'un passeport ou d'une carte d'identité valables ou au moyen de la copie d'un tel document (art. 24a ORC). L'office du registre du commerce peut établir une copie du document présenté pour enregistrer les indications nécessaires à l'identification d'une personne. La preuve de l'identité de personnes physiques peut également être fournie dans un acte authentique ou dans une légalisation de signature pour autant que figurent les indications suivantes:

- a. le nom de famille;
- b. le cas échéant, le nom de jeune-fille;
- c. tous les prénoms dans le bon ordre;
- d. la date de naissance;
- e. le sexe;
- f. la commune politique du lieu d'origine ou pour les ressortissants étrangers la nationalité;
- g. le type, le numéro et le pays d'émission du document d'identité.

L'inscription au registre du commerce n'a pas d'effet constitutif: le mandat d'administrateur débute dès que l'administrateur est élu par l'assemblée générale et qu'il accepte son élection.⁷⁵ L'inscription est portée au journal et inscrite au registre principal au plus tard le jour de la publication à la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Dès la publication à la FOSC⁷⁶, l'administrateur inscrit engage sa responsabilité vis-à-vis des tiers et ceux-ci peuvent légitimement se fier à l'inscription (statut de membre du conseil d'administration de la personne inscrite et pouvoir de signature inscrit).⁷⁷

⁷⁵ *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 37. En pratique, le candidat administrateur sera en principe appelé à signer une lettre d'acceptation avant sa nomination déjà. VOIR MODELE 4.35 Mandat CA - déclaration d'acceptation.

⁷⁶ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 6 N 89.

⁷⁷ *Peter/Cavadini*, CoRo – CO II, art. 718 CO N 6. Cf. *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 6 N 80 ss.

Toute modification d'indications personnelles des membres du CA inscrits doit en principe être annoncée immédiatement au registre du commerce. Par économie de coûts liés à la publication, les modifications peuvent néanmoins être rassemblées et présentées collectivement par la suite. La cessation des fonctions de l'administrateur (par suite de démission, de non-renouvellement du mandat voire de révocation) doit cependant être annoncée sans tarder. L'administrateur restant responsable jusqu'à sa radiation du registre du commerce, il lui est recommandé de procéder lui-même à la radiation si la société ne le fait pas.⁷⁸

L'administrateur (dûment) nommé par l'assemblée générale, mais qui n'est pas (ou pas encore) inscrit au registre du commerce («administrateur occulte», «*stilles Verwaltungsratsmitglied*»)⁷⁹ dispose des mêmes droits et devoirs qu'un administrateur inscrit au registre du commerce. Il est en particulier soumis au même régime de responsabilité civile et pénale.

L'administrateur qui n'est ni élu par l'assemblée générale, ni inscrit au registre du commerce mais qui agit comme organe de fait («*administrateur camouflé*», «*verdecktes Verwaltungsratsmitglied*»)⁸⁰ est lui aussi soumis au même régime de responsabilité civile et pénale qu'un administrateur inscrit au registre du commerce. Agit comme organe de fait toute personne qui, de manière autonome et durable, exerce matériellement une fonction dirigeante sans être (sur le plan formel) lié organiquement à la société; la notion d'organe de fait suppose que la personne contribue de manière déterminante à la formation de la volonté sociale. Ce peut notamment être le cas d'un actionnaire majoritaire qui s'immisce dans la gestion, ou du fiduciaire qui s'immisce dans la gestion par les instructions qu'il donne à l'administrateur fiduciaire. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le simple fait d'apporter son concours à la prise de décision ne suffit cependant pas.

2.5. Mandat fiduciaire; lettre de confirmation de mandat

Il est fréquent en pratique qu'un actionnaire (personne physique ou morale) ait le droit de désigner un administrateur au conseil et, faisant usage de cette faculté, confie un mandat fiduciaire en ce sens à la personne (physique) de son choix.⁸¹ Le contrat de mandat fiduciaire⁸² contient pour l'essentiel les éléments suivants:⁸³

78 *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 47 et 52.

79 Cf. *Böckli*, § 13 N 91.

80 Cf. *Böckli*, § 13 N 92 s.

81 *Müller/Lipp/Plüss*, 416, *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 73.

82 VOIR MODELE 4.34 Mandat CA – contrat.

83 Cf. *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 75.

2. Exigences légales

- Le mandataire se déclare prêt, sous réserve de son élection par l'assemblée générale, à exercer la fonction d'administrateur de la société concernée;
- Il s'oblige à exercer son mandat d'administrateur en conformité avec la loi et les éventuels standards professionnels;
- il s'engage à agir dans l'intérêt du mandant et à donner suite aux instructions de ce dernier, pour autant que les instructions du mandant n'entrent pas en conflit avec les devoirs de l'administrateur (en particulier le devoir de fidélité qui lui impose d'agir en premier lieu dans l'intérêt de la société);⁸⁴
- Le contrat fixe la rémunération du mandataire (et les modalités de paiement de la rémunération);
- Il prévoit en principe une exclusion de responsabilité en faveur de l'administrateur (qui permettra à celui-ci de se retourner contre le mandant si sa responsabilité est engagée);
- Il est fréquent que les parties conviennent également d'autres règles, régissant en particulier le droit d'information et de renseignement, le début et la fin du mandat, le nombre de mandats supplémentaires, le remboursement des frais;
- À noter que par le passé, avant la révision de 2008, l'administrateur se voyait transférer une action à titre fiduciaire pour satisfaire à l'exigence d'être actionnaire. Le contrat de mandat fiduciaire portait alors également sur le transfert d'une action à titre fiduciaire (que l'administrateur s'engageait à restituer à première réquisition) ainsi que sur le devoir de l'administrateur de transférer au mandant tous les droits de nature pécuniaire liés à l'action qu'il détenait et d'exercer tous les droits non patrimoniaux liés à l'action (p.ex. droit préférentiel de souscription) et le droit de vote conformément aux instructions du mandant.

Plusieurs aspects méritent par ailleurs d'être relevés du point de vue de la prévention de la responsabilité:

- Pour pouvoir conclure une assurance, il est nécessaire de prévoir dans le contrat de mandat une clause d'exonération de responsabilité clairement définie, par laquelle le mandant s'engage à indemniser le mandataire de toute prétention en responsabilité, sauf en cas de dol ou faute grave du mandataire. Les clauses d'exclusion de responsabilité n'offrent de protection appropriée que lorsqu'elles «ratissent large» et couvrent l'ensemble des tâches du mandataire. Pour cette raison, elles s'étendent en principe aux actes que le mandataire est susceptible d'accomplir non seulement comme administrateur, mais également comme fondateur, liquidateur et, le cas échéant, actionnaire.

⁸⁴ *Zen-Ruffinen/Bauen*, N 371; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 16 N 467.

- Il est possible de prévoir dans le contrat de mandat que le mandant s'engage à mettre à disposition de la société les moyens financiers nécessaires à ce que celle-ci puisse à tout moment respecter ses engagements. Ce type de clause en faveur de tiers n'est évidemment utile que si la solvabilité financière du mandant est assurée.
- En particulier, la société-mère d'un groupe peut s'engager envers la personne qu'elle mandate au conseil d'administration d'une filiale à doter la société-fille de moyens financiers suffisants. Si la responsabilité de l'administrateur de la société-fille est engagée et que la société-mère n'a pas respecté son engagement financier, l'administrateur pourra invoquer le fait que le refus de libérer les moyens financiers nécessaires, à l'origine de la mauvaise situation, est la cause des dommages survenus. Le tribunal examinera la possibilité de s'en prendre directement la société-mère et, le cas échéant, d'exonérer l'administrateur mandataire de toute responsabilité.
- Le contrat de mandat peut prévoir certaines clauses relatives à l'organisation de la société. Si les mesures d'organisation prévues ne sont pas mises en place, le mandataire ne sera cependant pas en mesure d'en demander l'exécution judiciaire, puisque la société n'est pas directement liée par le contrat mandat.

En l'absence de contrat de mandat fiduciaire, les modalités du mandat d'administrateur peuvent être prévues dans une lettre de confirmation de mandat.⁸⁵ À la différence du contrat de mandat fiduciaire, la lettre de confirmation de mandat est signée par la société elle-même.

2.6. Examen préalable à l'acceptation du mandat

Avant d'accepter un mandat, le candidat administrateur doit en analyser avec soin les aspects essentiels.⁸⁶ Il veillera en particulier à en examiner les conditions personnelles et formelles, et à se renseigner sur la composition du conseil d'administration et de la direction, la stratégie de l'entreprise, sa situation financière, la révision des comptes, l'organisation et la structure de gouvernance, les risques et la gestion des risques, le respect des normes et les mesures mises en place pour assurer la *compliance*.⁸⁷

85 VOIR MODELE 4.33 Mandat CA – confirmation.

86 Müller/Lipp/Plüss, 21 s.

87 Zen-Ruffinen/Bauen, N 970 ss.

2. Exigences légales

Le présent ouvrage contient une checklist des questions qu'il conviendrait de se poser avant d'accepter (ou non) un mandat d'administrateur.⁸⁸ L'idée n'est pas de devoir répondre de manière positive à chacune des questions, mais de se faire une idée suffisamment précise et complète de l'entreprise. Lorsque l'examen préalable à l'acceptation du mandat laisse subsister de sérieux doutes sur des points importants, il est en général préférable de renoncer au mandat.

88 VOIR MODELE 4.32 Mandat CA – check-list d'acceptation.