
A quoi faut-il faire attention en cas de délégation de la gestion ?

Article de blog de

Jan Zen-Ruffinen, M.A. HSG in Law and Economics, avocat

Claudio Gür, M.A. HSG in Law and Economics, avocat

Domenig und Partner Rechtsanwälte AG | Partenaire premium

Cet article a été rédigé en exclusivité pour le SwissBoardForum par notre partenaire premium Domenig & Partner Rechtsanwälte AG. Il offre aux membres du conseil d'administration une orientation pratique sur la délégation de la gestion des affaires.

Introduction

La délégation de la gestion n'est pas seulement un instrument de gestion optionnel pour les conseils d'administration, mais une nécessité structurelle dans de nombreuses PME. Malgré cela, il manque souvent dans la pratique une séparation conséquente entre la responsabilité stratégique globale du conseil d'administration et la gestion opérationnelle par la direction.

Ci-après, les bases juridiques de la délégation de la gestion sont classées, la mise en œuvre pratique est approfondie et des recommandations d'action concrètes sont formulées. Cet article sert d'orientation aux conseils d'administration qui souhaitent assumer leur responsabilité organisationnelle de manière efficace et sans engager leur responsabilité.

A qui incombe la gestion de la société ?

Selon l'art. 716b al. 5 du Code des obligations (CO), la gestion des affaires incombe à tous les membres du conseil d'administration, pour autant qu'elle n'ait pas été déléguée. Cela signifie que tous les membres du conseil d'administration sont conjointement responsables de la gestion et l'exercent collectivement. Cette attribution légale de la gestion peut être modifiée par une délégation de la gestion.

Cela veut dire que la direction de l'entreprise revient au conseil d'administration en tant que collectif jusqu'à ce qu'elle soit valablement déléguée.

Comment déléguer la gestion ?

Une délégation juridiquement valable de la gestion n'est possible que si aucune attribution intransmissible (cf. art. 716a CO) n'est concernée et si les statuts n'interdisent ni ne limitent une telle délégation.

Si une délégation est en principe possible, le conseil d'administration peut déléguer la gestion à certains de ses membres ou à une direction.

Pour que cette délégation soit juridiquement valable, le conseil d'administration doit, selon l'art. 716b al. 1 CO, édicter au préalable un règlement d'organisation (règlement interne). Cela se fait par une décision du conseil d'administration, qui doit être consignée par écrit.

Outre les conditions formelles, certaines exigences de fond (art. 716b al. 3 CO) doivent être remplies pour que la délégation soit juridiquement valable. Le règlement d'organisation (règlement interne) doit définir les tâches à déléguer, les compétences qui y sont liées ainsi que les mécanismes de rapport et de contrôle.

En résumé, une délégation de gestion juridiquement valable n'est effective que si

- elle n'est pas exclue par la loi ou les statuts,
- elle est décidée en bonne et due forme par le conseil d'administration et consignée par écrit (par exemple dans un règlement d'organisation (règlement interne)) et
- que son contenu règle tous les aspects essentiels des compétences, de la responsabilité et du contrôle.

Pourquoi la délégation juridiquement valable est-elle importante ?

La responsabilité personnelle du conseil d'administration est réduite lorsqu'une délégation est faite en bonne et due forme. Selon l'art. 754 al. 2 CO, la responsabilité du conseil se limite, en cas de délégation juridiquement valable, à choisir soigneusement les destinataires de la délégation, à les instruire correctement et à surveiller régulièrement leur activité. La délégation juridiquement valable permet donc au conseil d'administration de réduire son risque de responsabilité.

Une délégation juridiquement valable réduit la responsabilité des membres du conseil d'administration aux points suivants :

- Sélection soigneuse : les connaissances professionnelles, la fiabilité et l'expérience doivent être vérifiées.
- Instruction : définition claire des objectifs, des compétences et des obligations.
- Surveillance : établir des rapports réguliers et vérifier que les personnes s'acquittent correctement des tâches déléguées.

Ces obligations ne peuvent pas être déléguées et nécessitent une exécution documentée. Cela comprend par exemple : des cahiers des charges écrits, des processus de sélection consignés et des formats de rapport périodiquement contrôlés.

Quelles sont les erreurs typiques que nous voyons dans la pratique ?

Gestion de fait sans délégation formelle

Souvent, le président du conseil d'administration ou un autre membre assure de fait la direction, tandis que les autres membres n'ont qu'un rôle consultatif ou partiel. Toutefois, en l'absence d'une délégation juridiquement valable de la gestion des affaires, la responsabilité et notamment le risque de responsabilité continuent d'être partagés par tous les membres du conseil d'administration.

Nouveaux directeurs sans délégation juridiquement valable

Un cas fréquent : Le fondateur d'une société, qui a longtemps été lui-même gérant, engage un nouveau gérant et se retire des affaires opérationnelles. Certes, la nouvelle personne est souvent inscrite au registre du commerce en tant que « gérant », mais les documents et réglementations nécessaires pour transférer valablement la direction font défaut.

Juridiquement, la direction de l'entreprise continue à relever juridiquement du fondateur et éventuellement d'autres membres du conseil d'administration.

Règlement d'organisation incomplet ou manquant

Dans la pratique, les mécanismes de rapport et de contrôle ne sont souvent pas ou insuffisamment réglés dans le règlement d'organisation (règlement interne). Il s'agit d'un élément central pour une délégation juridiquement valable. Sans réglementation des mécanismes de rapport et de contrôle, le conseil d'administration continue d'assumer l'entière responsabilité.

Réserve de l'approbation

Les règlements d'organisation contiennent souvent des réserves d'approbation du conseil d'administration pour certaines affaires importantes. Dans ce cas, la gestion de ces affaires n'est pas déléguée d'un point de vue juridique. Le conseil d'administration se réserve ces affaires et en est entièrement responsable.

Exemple de pratique

E. était vice-président du conseil d'administration de la X. SA. Pendant son mandat, H. a dirigé de fait les affaires, bien qu'il n'y ait eu ni règlement d'organisation (règlement interne) ni protocole lui conférant ce pouvoir par écrit. H. a causé un dommage total d'environ CHF 2,6 millions par des actes contraires à ses obligations.

Dans le même cadre temporel, la société familiale Y a accordé à la X. SA un prêt de CHF 2 millions. Comme la X. SA ne disposait pas des liquidités nécessaires, elle n'a pas pu rembourser le prêt, ce qui a conduit à la faillite de la X. AG a dû être ouverte. La société familiale Y alors assigné en justice les membres du conseil d'administration de la X. SA et H. Les membres du conseil d'administration ont fait valoir qu'ils avaient délégué les pouvoirs nécessaires au directeur H. sur la base d'une clause statutaire autorisant la délégation, de sorte que leur responsabilité était supprimée. Toutefois, comme cette délégation ne reposait ni sur une décision du conseil d'administration consignée dans un procès-verbal ni sur un règlement d'organisation (règlement interne) au contenu suffisant, le Tribunal fédéral a conclu qu'il s'agissait d'une délégation non autorisée. Les membres du conseil d'administration, y compris H., ont donc été déclarés responsables du dommage causé dans le cadre de la faillite (cf. TF 4A_501/2007 du 22 février 2008).

Learning : Si le conseil d'administration a délégué la gestion sans fixer formellement la délégation de compétences dans le règlement d'organisation (règlement interne), le comportement contraire aux obligations de la personne à laquelle il a fait appel lui est directement imputable.

Conclusion

La délégation de la gestion est un instrument de contrôle central du conseil d'administration, indispensable d'un point de vue organisationnel et important d'un point de vue stratégique. Un règlement d'organisation (règlement interne) bien conçu et activement appliqué apporte de la clarté, protège contre la responsabilité et renforce la direction de l'entreprise. Tant que la direction n'a pas été déléguée valablement, elle incombe au conseil d'administration en tant que collectif.

Les conseils d'administration sont bien avisés de ne pas se contenter de décider correctement de la délégation de la gestion, mais d'y réfléchir en permanence et de la vivre activement.

Test pratique : votre règlement d'organisation (règlement interne) est-il sur le cap ?

- ☐ Existe-t-il une décision formelle de délégation du conseil d'administration dans le cadre d'un règlement d'organisation (règlement interne) ?
Le conseil d'administration doit décider de la délégation par écrit et en dresser le procès-verbal (art. 716b al. 1 CO).
- ☐ La délégation est -elle autorisée par la loi ?
Il ne doit pas s'agir de compétences intransmissibles du conseil d'administration (art. 716a CO).
- ☐ La délégation est-elle autorisée par les statuts ?
La délégation ne doit pas être limitée ou empêché par les statuts.
- ☐ Le contenu du règlement d'organisation (règlement interne) est-il conforme aux dispositions légales (art. 716b al. 3 CO) ?
 - ☐ Les tâches de gestion déléguées sont-elles concrètement désignées ?
 - ☐ Les organismes nécessaires et leurs compétences respectives sont-ils clairement identifiés ?
 - ☐ L'obligation de rendre compte au conseil d'administration est-elle clairement définie (étendue, fréquence, contenu et forme du rapport) ?
- ☐ Le règlement d'organisation (règlement interne) est-il à jour et correspond-il à la structure réelle de l'entreprise ?

Mini-guide : élaboration d'un règlement d'organisation (règlement interne) efficace

Un règlement d'organisation (règlement interne) robuste devrait au moins contenir les éléments suivants :

Introduction

L'introduction expose les bases juridiques contenues dans la loi et les statuts et formule l'objectif du règlement.

Constitution

Le règlement fixe la manière dont le conseil d'administration se constitue.

Comités du conseil d'administration

S'il existe des comités, une section spécifique règle leur constitution, leurs attributions, leurs compétences décisionnelles et renvoie à des règlements séparés pour chaque comité.

Position des membres particuliers du conseil d'administration

Des dispositions spéciales pour le président, le vice-président et, le cas échéant, les délégués définissent leurs tâches, leurs responsabilités et leurs inscriptions au registre du commerce.

Quorum

Le règlement doit prévoir des quorums de présence et des majorités pour les décisions, par exemple une majorité absolue ou qualifiée pour certains domaines d'activité. Il doit également inclure des règles pour les décisions par voie de circulaire et les prises de décision électroniques.

Tâches du CA et délégation de la gestion

La structure, l'étendue et les attributions déléguées à la direction y sont décrits.

Rémunération

La question de savoir si et dans quelle mesure les membres du conseil d'administration sont rémunérés peut être fixée par les statuts ou par le règlement.

L'essentiel est de déterminer si le montant de la rémunération relève de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, sauf disposition statutaire contraire.

Dispositions communes à tous les organes

Cette section résume les dispositions qui s'appliquent de la même manière à tous les organes (conseil d'administration et direction), comme la confidentialité et le devoir de loyauté.

Dispositions finales

Enfin, le règlement contient des dispositions relatives à l'entrée en vigueur, à la modification, à la révision périodique et à la validité de la version actuelle.