Nomination, révocation et surveillance de la direction

Article thématique de

Stefanie Meier-Gubser, ambassadrice du SwissBoardForum

ATTRIBUTIONS INTRANSMISSIBLES ET INALIÉNABLES | Le droit des sociétés anonymes attribue des tâches intransmissibles et inaliénables au conseil d'administration d'une société. Il les énumère dans une liste non exhaustive. Ainsi, la loi exige notamment du conseil d'administration qu'il nomme, révoque et surveille les personnes chargées de la gestion. Voici un aperçu de la signification pratique de cette obligation.

Lorsque le conseil d'administration délègue la gestion à certains de ses membres (délégués) ou à des tiers (direction), il doit le faire dans le cadre d'un règlement d'organisation.¹ Il reste responsable de la nomination et de la révocation des personnes dirigeantes ainsi que de la haute surveillance de leur activité, notamment en ce qui concerne le respect des lois, des statuts, des règlements et des instructions.

Dans le cadre de la délégation de la gestion, le conseil d'administration reste responsable

- d'une sélection minutieuse (cura in eligendo),
- de l'instruction minutieuse (cura in instruendo) et
- de la surveillance minutieuse (cura in custodiendo)

des membres dirigeants du conseil d'administration ou des membres de la direction qui lui sont directement subordonnés. Le conseil d'administration doit s'acquitter de ces tâches dans le cadre d'un processus permanent.²

En cas de manquement grave aux obligations des personnes dirigeantes, le conseil d'administration est tenu de les révoquer (obligation d'intervention stratégique). Il ne peut pas seulement révoquer les personnes fautives. Il doit les révoquer et, le cas échéant, mettre fin à leur contrat de travail (en tenant compte des dispositions contractuelles applicables).

En outre, il incombe en principe au conseil d'administration de désigner les personnes habilitées à signer (fondés de procuration, mandataires commerciaux). Dans la pratique, il est permis de déléguer à la direction, sous certaines conditions, la désignation de personnes habilitées à signer qui ne sont pas directement subordonnées au conseil d'administration.

¹ Art. 716b, al. 1 CO

² ROLAND MÜLLER / LORENZ LIPP / ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Zurich 2021, chiffre marginal 3.96

Art. 716a, al. 1 CO Attributions intransmissibles [du conseil d'administration]

¹ Le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes :

1. exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires ;
2. fixer l'organisation ;
3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société ;
4. **nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation ;**
5. **exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données ;**
6. établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions ;
7. déposer la demande de sursis concordataire et aviser le tribunal en cas de surendettement ;
8. lorsque les actions de la société sont cotées en bourse, établir le rapport de rémunération.

² [...]

Intransmissibilité et inaliénabilité des tâches

Le conseil d'administration peut prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts (présomption de compétence en faveur du conseil d'administration). Il gère les affaires de la société en tant qu'organe global, dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion à certains membres (délégués) ou à des tiers.³ Le conseil d'administration reste dans tous les cas responsable des tâches essentielles de l'art. 716a al. 1 CO.

L'intransmissibilité des tâches signifie l'interdiction, pour le conseil d'administration, de déléguer les décisions correspondantes.⁴ L'inaliénabilité des tâches interdit à d'autres organes, notamment à l'assemblée générale, d'usurper la compétence décisionnelle correspondante.⁵ En d'autres termes : le conseil d'administration doit prendre des décisions dans ce domaine de compétences obligatoire. Il n'est toutefois pas tenu d'effectuer lui-même les tâches de préparation et d'exécution.⁶ Par exemple, la compétence de nommer les personnes dirigeantes qui font partie du conseil d'administration ou qui lui sont directement subordonnées incombe au conseil d'administration in corpore. La nomination, la révocation et la surveillance des personnes habilitées à signer et des personnes dirigeantes qui ne sont pas directement subordonnées au conseil d'administration peuvent être déléguées sur la base d'un règlement d'organisation.

Nomination et révocation des personnes dirigeantes et des personnes habilitées à signer

Règlement d'organisation

Pour nommer et révoquer des personnes dirigeantes, la délégation de la gestion (étendue, organisation, reporting) doit d'abord être définie dans un règlement d'organisation.⁷ Dans ce règlement, le conseil d'administration, au minimum, régit la gestion des affaires, détermine les postes nécessaires à cet effet, définit leurs attributions et règle l'établissement des rapports. Dans la pratique, le règlement d'organisation comporte régulièrement des

³ Art. 716 CO

⁴ CHRISTOPH B. BÜHLER, CZ CO sur l'art. 716a, note 39; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, N 1174

⁵ CHRISTOPH B. BÜHLER, op. cit., note 6; GEORG KRNETA, op. cit. ;

⁶ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 9, note 345 ; CHRISTOPH B. BÜHLER, op. cit., note 39

⁷ Art. 716b, al. 1 CO

dispositions supplémentaires ou plus détaillées. Si le conseil d'administration n'édicte pas de règlement d'organisation, la gestion ne peut pas faire l'objet d'une délégation valable et le conseil d'administration reste responsable de la gestion dans son ensemble. En présence d'une délégation valable de la gestion, le conseil d'administration n'est responsable que de la sélection, de l'instruction et de la surveillance minutieuses de la direction (« cura in eligendo, instruendo et custodiendo »).⁸

Nomination de la direction

La nomination (tout comme la révocation) doit être réalisée sous la forme appropriée. En règle générale, le processus de nomination requiert une décision du conseil d'administration et la conclusion d'un contrat de travail.

Le conseil d'administration est tenu de choisir la personne dirigeante avec soin. La sélection minutieuse comprend la définition d'un profil d'exigences, un processus de recrutement adéquat ainsi qu'une vérification minutieuse concernant la personne à nommer. La personne doit disposer des compétences professionnelles, personnelles et sociales requises. Elle doit être capable et désireuse de répondre aux exigences qui lui seront posées dans la société.

Révocation de la direction

La révocation des personnes chargées de la gestion et de la représentation constitue l'une des attributions du conseil d'administration que la loi décrit comme intransmissible et inaliénable.⁹ En outre, la loi confère au conseil d'administration le droit de révoquer à tout moment les comités, délégués, directeurs et autres fondés de pouvoir et mandataires qu'il a nommés.¹⁰

Par conséquent, le conseil d'administration peut, à tout moment et sans raison particulière, révoquer ou engager avec effet immédiat les personnes qu'il a chargées de la gestion. Les droits éventuels à une indemnisation de ces personnes demeurent réservés.¹¹ Si ces personnes disposent d'un contrat de travail en complément de leur statut au regard du droit des sociétés, les dispositions contractuelles et légales correspondantes doivent être appliquées pour la résiliation de ce contrat (voir ci-dessous Fin des contrats de travail). Si le conseil d'administration a chargé certains de ses membres de la gestion (délégués), il ne peut les révoquer que dans le cadre de cette fonction. Le cas échéant, la révocation d'un membre du conseil d'administration doit impérativement être prononcée par l'assemblée générale (ordinaire ou extraordinaire).¹²

Le droit de révocation devient une obligation de révocation lorsque le conseil d'administration a connaissance de fautes graves commises par les personnes dirigeantes. Son devoir de diligence exige une intervention active et, en relation avec son droit en la matière, la révocation de la personne concernée le cas échéant. Ainsi, le Tribunal fédéral a retenu dans un arrêt de principe de l'année que le devoir de diligence du conseil d'administration aurait exigé, dans un cas concret, la révocation d'un directeur recherché par la police et dont le cas avait été évoqué dans l'émission télévisée « Aktenzeichen XY ungelöst ». ¹³

Nomination et révocation des personnes habilitées à signer

En outre, il incombe en principe au conseil d'administration de désigner les personnes habilitées à signer (fondés de procuration, mandataires commerciaux). Dans la pratique, le conseil d'administration est toutefois autorisé à déléguer à la direction, sur la base du règlement d'organisation, l'octroi et la révocation des droits de signature pour des personnes

⁸ Art. 754 al. 2 CO

⁹ Art. 716a, al. 1, ch. 4 CO

¹⁰ Art. 726 al. 1 CO

¹¹ Art. 726 al. 3 CO

¹² Art. 698, al. 2, ch. 2 en relation avec l'art. 705, al. 1 CO

¹³ ATF 122 III 195 consid. 3b (« En l'espèce, le devoir de diligence commandait à l'administrateur d'écarter J. de la direction de la société. »)

qui ne lui sont pas directement subordonnées. L'inscription au registre du commerce requiert régulièrement une décision consignée dans un procès-verbal de l'organe interne compétent pour l'octroi ainsi que la signature, à satisfaction de droit, de l'inscription par le conseil d'administration.

Fin des contrats de travail

En dehors de la fonction de dirigeant ou de personne habilitée à signer telle que définie dans le droit des sociétés, on observe régulièrement des contrats de travail conclus entre la société et les personnes concernées. Elles ne partagent pas automatiquement leur sort juridique. Le conseil d'administration doit être conscient de cette double base juridique, notamment en ce qui concerne la révocation.

Alors que la révocation en vertu du droit des sociétés est en principe possible à tout moment avec effet immédiat, les normes (de protection) légales et contractuelles correspondantes doivent être respectées en cas de cessation du contrat de travail, en particulier les dispositions relatives à la protection de l'employé·e contre le licenciement. En dehors de la résiliation du contrat de travail, il est également possible de mettre fin aux rapports de travail d'un commun accord (« convention de résiliation »). Outre la cessation effective, cette convention définit régulièrement d'autres points importants pour les parties (p. ex. indemnisation, maintien du secret, communication, etc.).

Haute surveillance des personnes dirigeantes

L'obligation du conseil d'administration d'exercer la haute surveillance des personnes à qui il a confié la gestion constitue, avec l'obligation de les nommer avec soin (et, le cas échéant, de les révoquer), une attribution permanente du conseil d'administration. On observe également un lien étroit avec le droit ou l'obligation du conseil d'administration d'édicter les instructions nécessaires pour la haute surveillance de la société.¹⁴

La haute surveillance est une attribution permanente du conseil d'administration. Il ne doit pas se contenter d'une évaluation au moment de la nomination / de l'engagement. Il doit évaluer régulièrement si les membres de la direction satisfont encore à leur mission actuelle dans un environnement qui a pu évoluer.¹⁵ À cet égard, le conseil d'administration doit notamment surveiller la direction pour s'assurer qu'elle respecte les lois, les statuts, les règlements et les directives, et qu'elle se montre parfois « compliant ». Il doit aussi porter un regard critique sur les opérations de gestion et garantir un reporting adéquat et une base d'informations suffisante. La haute surveillance du conseil d'administration et son droit ou son obligation de donner des instructions doivent être déterminés en fonction des circonstances.

Le conseil d'administration est tenu de prendre des mesures s'il constate des irrégularités ou des manquements dans le cadre de son obligation de haute surveillance des personnes dirigeantes.

¹⁴ Art. 716a, al. 1, ch. 1 CO

¹⁵ ROLAND MÜLLER / LORENZ LIPP / ADRIAN PLÜSS, op. cit.