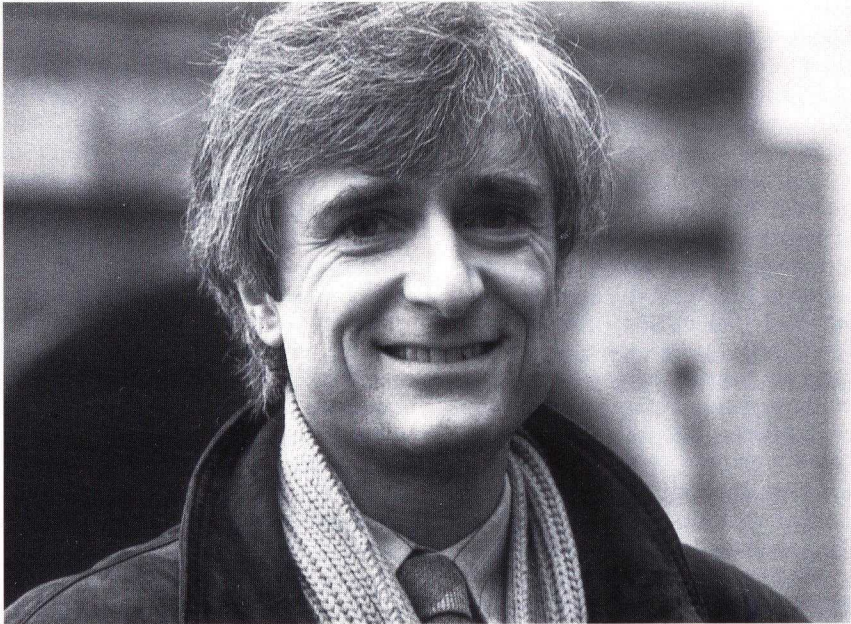


Droit des sociétés anonymes

LES LIMITES DE LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE



Peter Forstmoser
Docteur en droit
Professeur à l'Université de Zurich
Membre du conseil d'administration du Groupe Fides

La pratique et la jurisprudence en la matière ont amené Monsieur P. Forstmoser à remanier sensiblement, en la complétant, une première édition d'un ouvrage de référence. Cette version mise à jour a paru en 1987, et nous en extrayons ci-après quelques points de repère relatifs à la responsabilité d'un administrateur.

Certaines règles à observer

L'observation des principales règles suivantes devrait permettre aux membres d'un conseil d'administration d'éviter une action en responsabilité :

- agir aussi consciencieusement que le ferait un chef d'entreprise opérant sous une raison individuelle;
- veiller au respect de la minorité au sein du conseil;
- prendre fait et cause pour la SA;
- adapter l'organisation de l'entreprise aux circonstances;

- se concentrer sur l'exécution des tâches les plus importantes, et qui ne peuvent être déléguées;
- s'assurer que les prescriptions relatives à la tenue des comptes sont respectées;
- choisir un organe de contrôle qualifié;
- faire preuve de parcimonie dans la délivrance de procurations et interdire les signatures individuelles;
- se conformer aux obligations formelles liées à la vie d'une SA;
- vouer une attention particulière à l'information du public;
- dans le cas d'une activité de type fiduciaire, établir clairement les relations avec le mandant.

Un comportement d'indépendant

La jurisprudence fournit certains exemples illustrant des comportements contraires à un tel état d'esprit.

- S'adonner à des placements spéculatifs, dont l'importance présente un risque démesuré pour la société.
- Favoriser une concentration exagérée des risques commerciaux, quand bien même la qualité des débiteurs ne serait pas mise en cause.
- Ne pas faire fructifier la part du capital social sans affectation particulière.
- Transférer à l'étranger des fonds sociaux alors qu'ils devraient couvrir certaines obligations dans le pays de domicile.
- Omettre la libération totale des actions alors que la société aurait besoin de moyens supplémentaires.

- Accepter un mandat sans disposer des compétences requises ou ne pas recourir à un conseiller extérieur lorsque les connaissances font défaut dans un domaine spécifique.

Respect de la minorité

Si les actionnaires se répartissent en deux groupes qui reflètent leur poids respectif, il appartient à celui de la majorité, ou à ses délégués, de prendre en compte les intérêts du second. Cela vaut en particulier lorsque la minorité n'est pas représentée au conseil.

Deux références jurisprudentielles à cet égard, en fait de violation :

- conclure avec un groupe majoritaire des transactions préjudiciables à la société et à ses actionnaires minoritaires ;
- signer des contrats avec certains membres du conseil, ces derniers outrepassant leur compétence d'administrateur.

« Jouer le jeu » de la SA

Sont visés ici des administrateurs dont la notoriété ou l'influence personnelle tend à dépasser le cadre strict de la fonction. On pense notamment aux sociétés formées à partir d'une seule personne. Il faut le souligner : celui qui transforme son entreprise en société anonyme perd son statut d'indépendant. Il devient employé de sa société, et, en tant qu'administrateur de celle-ci, soumis à des obligations nouvelles. Dans cet ordre d'idée, le conseiller extérieur qui accepte une fonction d'administrateur fera preuve de vigilance. La SA et l'actionnaire unique (ou principal)

sont deux personnes différentes. Même lorsqu'il est mandaté par le second, le membre du conseil d'administration d'une SA est donc tenu de sauvegarder les intérêts de l'entreprise, et non ceux de son mandant.

Par ailleurs, lorsque des actes juridiques sont passés entre la société et un actionnaire unique, celui-ci doit être traité comme une tierce personne (principe du « dealing at arm's length »). On évitera, par exemple, d'accorder à des actionnaires des prêts en rapport démesuré avec les fonds propres disponibles, ou dont les garanties seraient insuffisantes. Prendre en compte les intérêts de la SA, c'est aussi, du reste, veiller à une capitalisation concordant avec l'activité effective de la société.

Quelques exemples jurisprudentiels illustreront les aspects précités :

- distraire des fonds sociaux sans contre-prestation correspondante ;
- se servir d'un actif de l'entreprise afin de garantir une dette privée ;
- souscrire des effets de change au nom de la société, mais destinés à couvrir des dettes personnelles ;
- profiter des crédits accordés à la société pour effectuer des opérations spéculatives à titre personnel.

Des structures adaptées aux circonstances

Rappelons que la délégation de fonctions à des administrateurs, des directeurs ou à des tiers est autorisée, dans une large mesure, et que si l'on y procède correctement, le conseil est mieux à même de faire valoir les limites de sa responsabilité. Il y va ici de la limitation d'un risque. Au demeurant, il appartient au conseil d'administration de choisir avec soin les person-

nes déléguées, de les instruire sur la société et d'en superviser l'activité.

Entre également dans une organisation adaptée aux circonstances l'élaboration d'un règlement qui délimite les compétences et décrit le mode de fonctionnement du conseil d'administration. Cet instrument de travail concerne tout autant le président et/ou ses délégués, la direction, les commissions éventuelles et, le cas échéant, les gérants de succursales. En fait de compétences, on distinguera soigneusement entre celles de proposer, de décider, d'informer et d'exécuter. Les questions relatives à l'organisation de l'entreprise, à son personnel et à ses finances seront couvertes par le règlement.

Des tâches principales qui ne peuvent être déléguées

En voici quelques exemples :

- les décisions touchant la stratégie de l'entreprise et la planification de ses activités ;
- le choix des collaborateurs de la direction ;
- la supervision des personnes et/ou organes à qui des tâches ont été déléguées.

Selon la jurisprudence, il y a violation, notamment :

- lorsqu'un plan financier et un budget font défaut ;
- lorsque les membres du conseil nomment un directeur sans se renseigner quant à ses antécédents, ni superviser son activité ;
- lorsque, certains membres du conseil s'étant prêtés à des irrégularités dans la conduite des affaires, aucune enquête ou mesure n'est sciemment envisagée par leurs collègues.

La tenue des comptes

Sur ce plan, la jurisprudence conclut à des violations :

- lorsque l’administration d’une société néglige la tenue des comptes indispensables ;
- lorsqu’elle ne procède pas aux amortissements nécessaires ;
- lorsque, en cas de surendettement, elle ne prend pas les mesures appropriées.

Un organe de contrôle qualifié

On doit ici dénoncer une habitude encore trop souvent répandue, principalement dans les petites entreprises : celle de confier le mandat de contrôleur à une connaissance ou à un membre de sa propre parenté. Il importe, en réalité, de faire appel à un professionnel, surtout lorsque les membres du conseil d’administration ne sont pas en mesure de remplir cette tâche eux-mêmes, soit en raison de leur formation, soit par manque de temps.

Un usage parcimonieux des procurations

Une recommandation générale : on devrait éviter les signatures individuelles et n’inscrire au registre du commerce que des procurations collectives. Pour des raisons pratiques, il peut en aller autrement dans les relations avec les banques où l’engagement individuel est possible à condition d’être assorti d’une limite financière.

Il est particulièrement délicat d’attribuer la signature individuelle à un actionnaire unique ou à l’un de ses proches, si ces personnes ne représentent aucun organe de la société, ou lorsqu’elles sont domiciliées à l’étranger. De toute manière, on veillera à ce que l’actionnaire unique ou ses bras droits ne puissent disposer à titre individuel des avoirs de l’entreprise. Un danger consisterait, par

exemple, à délivrer une procuration générale non inscrite au registre du commerce à un mandataire étranger qui ne peut agir en tant qu’organe officiel de la société.

Ne pas négliger les formes

Au sein même de la société, les décisions doivent être prises par les organes compétents, et soigneusement consignées dans un procès-verbal. Il faut, en outre, insister sur la tenue régulière d’une assemblée générale, car c’est d’elle que dépend notamment la distribution du bénéfice réalisé.

Comme le statut d’actionnaire unique ou majoritaire ne se suffit pas légalement à lui-même, il ne dispense nullement le conseil d’administration de tenir des séances et de prendre collégalement les décisions requises. Dans les petites entreprises et les sociétés affiliées à un holding, ces aspects sont fréquemment négligés parce que jugés inutilement lourds. Or, tant la doctrine que la jurisprudence le montrent : il n’est pas rare que l’inobservation de prescriptions formelles entraîne le non-respect d’obligations de fond.

Information destinée au public

En la matière, on sait que loi et jurisprudence imposent aux membres d’un conseil d’administration une responsabilité des plus sévères. Quelles que soient les opinions nourries à cet égard, il est recommandé de diffuser sur la société une information plus étendue que ne le requiert la loi.

Les relations de type fiduciaire

Deux impératifs voient ici leur signification encore renforcée :

- prendre fait et cause pour la SA ;
- veiller à ce que les dispositions formelles soient respectées.

La recommandation générale porte sur une définition claire des relations avec le mandant. Reste entendu, cependant, que les contrats fiduciaires ne protègent pas complètement d’éventuelles prétentions de la part de tiers ou de la société concernée. C’est garder à l’esprit, somme toute, que le respect des engagements dépend étroitement du sérieux des parties contractantes.

Au vu des responsabilités et recommandations brièvement rappelées dans cet article, on constate qu’en dehors de l’information destinée au public, les exigences posées à un conseil d’administration et à chacun de ses membres n’ont, tout compte fait, rien d’excessif. Quel que soit l’aspect mis en cause, au demeurant, la meilleure réponse consistera sans doute à reprendre l’image voulant qu’un bon administrateur – et, à plus forte raison, un conseil – agisse comme le ferait un chef d’entreprise indépendant.

«Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen»

Seconde édition revue et substantiellement complétée; Peter Forstmoser, Docteur en droit, avocat, professeur à l’Université de Zurich.

Première édition avec le concours de Madame Susy Moser, avocat. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1987.