

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

L'administrateur non directeur
de la société anonyme
en droit suisse et américain

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT
ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR
MARIE-FRANCE BERSET

IMPRIMÉ PAR CABÉDITA, MORGES

1988

**L'administrateur non directeur
de la société anonyme
en droit suisse et américain**

*Mademoiselle Marie-France BERSET est autorisée à
imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée
«L'administrateur non directeur de la société anonyme
en droit suisse et américain».*

*Elle assume seule la responsabilité
des opinions énoncées.*

Neuchâtel, 3 mars 1988

Le doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
Philippe Bois

A mes parents

TABLE DES MATIERES

Abréviations Partie Suisse	xx
Abréviations Partie Etats-Unis	xxi

Partie Suisse

CHAPITRE 1: INTRODUCTION	1
1.1 Bref historique législatif	1
1.2 Evolution des faits	2
1.2.1 Evolution des rapports entre l'assemblée générale et le conseil d'administration	2
1.2.2 Evolution des rapports entre le conseil d'administration et la direction	2
1.2.3 Diversité des formes d'organisation du conseil d'administration	3
1.3 Role et importance des administrateurs non directeurs	3
1.4 Modifications apportées à la structure organique de la société anonyme par le projet de loi tendant à la révision partielle du titre vingt-sixième du CO	4
1.5 Conclusions	4

CHAPITRE 2:	ORGANISATION DE L'ADMINISTRATION ET ESPECES D'ADMINISTRATEURS	5
2.1	Organisation de l'administration	5
2.2	Espèces d'administrateurs	6
2.2.1.	L'administrateur président du conseil d'administration	6
2.2.2	L'administrateurs vice-président du conseil d'administration	9
2.2.3	L'administrateur-délégué (sens étroit)	10
2.2.4	L'administrateur membre d'un comité du conseil d'administration	13
2.2.5	L'administrateur directeur	14
2.2.6	L'administrateur non directeur	17
2.2.7	Cas particulier de l'"administrateur" président d'honneur	18
2.3	Définitions utiles	19
CHAPITRE 3:	REPRESENTATION D'INTERETS AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION	20
3.1	Situation actuelle	20
3.1.1	Intérêts à représenter selon la loi	20
3.1.2	Intérêts représentés en fait	22
3.1.2.1	Généralités	22
3.1.2.2.	Intérêts de la collectivité publique	23
3.1.2.3	Intérêts des travailleurs	24
3.1.2.4	Intérêts des créanciers	24
3.1.2.5	Ordre de priorité des intérêts	25

3.1.2.6	Personnalité des représentants des intérêts "nouveaux"	26
3.2	De lege ferenda: intérêts dont la loi pourrait imposer la représentation aux administrateurs non directeurs	26
3.2.1	Représentants des travailleurs	27
3.2.2	Représentants de la collectivité publique	27
CHAPITRE 4:	DELEGATION	28
4.1	Généralités	28
4.1.1	Définition	28
4.1.2	Sous-délégation	28
4.1.3	Effets	29
4.2	Développement et causes de la délégation	30
4.2.1	Développement	30
4.2.2	Causes	30
	4.2.2.1 Approche synthétique, idées nouvelles et connaissances hautement spécialisées	31
	4.2.2.2 Représentation d'intérêts diversifiés	31
	4.2.2.3 Utilisation optimale du temps des délégants	32
4.3	Base juridique de la délégation	32
4.4	Etendue de la liberté de déléguer	34
4.4.1	Définitions/généralités	34
4.4.2	Liberté de déléguer: très limitée	35
	4.4.2.1 Doctrine	35
	4.4.2.2 Critique	37

4.4.3	Liberté de déléguer: limitée à très limitée	45
4.4.3.1	Doctrines	45
4.4.3.2	Critique	47
4.4.4	Liberté de déléguer: limitée	47
4.4.4.1	Doctrines	47
4.4.4.2	Critique	55
4.4.5	Liberté de déléguer: large	57
4.4.5.1	Doctrines	57
4.4.5.2	Critique	59
4.4.6	Liberté de déléguer: très large	59
4.4.6.1	Doctrines	59
4.4.6.2	Critique	60
4.5	Attributions inaliénables du conseil d'administration in corpore, singulièrement des administrateurs non directeurs	60
4.5.1	Introduction	60
4.5.2	Haute direction	62
4.5.2.1	Politique de l'entreprise	62
4.5.2.1.1.	Généralités	62
4.5.2.1.2	Analyse du concept de "politique de l'entreprise"	64
4.5.2.1.3	Distinction entre politique de l'entreprise et planification à long terme	69
4.5.2.2	Nomination et révocation des délégués	70
4.5.2.3	Instructions aux délégués	71
4.5.2.4	Coordination des activités des délégués	73

4.5.3	Haute surveillance	73
4.5.3.1	Définition	73
4.5.3.2	Distinctions entre surveillance et contrôle	75
4.5.3.2.1	Surveillance et contrôle exercé par l'organe de contrôle	75
4.5.3.2.1.1	Notions	75
4.5.3.2.1.2	Buts	75
4.5.3.2.1.3	Tâches	75
4.5.3.2.1.4	Qualités personnelles	76
4.5.3.2.1.5	Moyens respectifs	77
4.5.3.2.1.6	Moment de l'exécution des tâches	78
4.5.3.2.2	Surveillance et contrôle exercé par des experts, comptables étrangers à la gestion de la société (art. 723 CO) (Cf. aussi infra 6.2.2)	78
4.5.3.2.3	Surveillance et contrôle exercé par des commissaires spéciaux ou des experts (art. 731 al. 2 CO)	78
4.5.3.2.4	Conclusions	79
4.5.3.3	Etendue de la surveillance	79
4.5.3.4	Obligation de se renseigner/moyens	82
4.6	Propositions, en matière de délégation, du projet de loi tendant à modifier le droit de la société anonyme	84
4.6.1	Principes fondamentaux	84
4.6.2	Attributions inaliénables selon l'art. 716 a al. 1, ch. 1 à 8	85

4.6.2.1	Haute direction de la société/établissement des instructions nécessaires (art. 716 a al. 1, ch.1)	85
4.6.2.2	Etablissement d'un règlement d'organisation (art. 716 a al. 1, ch. 2 et art. 716 b al. 1 et 2)	87
4.6.2.3	Attributions de nature financière: approbation du plan financier, détermination des principes de la comptabilité et du contrôle financier (art. 716 a al. 1, ch. 3)	89
4.6.2.4	Nomination et révocation des personnes chargées de la gestion (art. 716 a al. 1, ch. 4)	90
4.6.2.5	Nomination et révocation des réviseurs des comptes de groupe (art. 716 a al. 1, ch. 5)	90
4.6.2.6	Haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion (art. 716 a al. 1, ch. 6)	91
4.6.2.7	Etablissement du rapport annuel, préparation de l'assemblée générale et exécution des décisions de l'assemblée générale (art. 716 a al. 1, ch. 7)	91
4.6.2.8	Action judiciaire en annulation des décisions de l'assemblée générale et information au juge en cas de surendettement (art. 716 a al. 1, ch. 8)	92
4.7.	Conclusion générale	93
CHAPITRE 5: DEVOIRS DE FIDELITE ET DE DILIGENCE		95
5.1	Généralités	95
5.2	Devoir de fidélité	95
5.2.1	Base légale et définition	95

5.2.2	Etendue	95
5.2.3	Comportement conforme au devoir de fidélité	96
5.3	Devoir de diligence	96
5.3.1	Base légale et définition	96
5.3.2	Etendue	97
5.3.3	Comportement conforme au devoir de diligence	98
5.3.3.1	Généralités	98
5.3.3.2	Devoir particulier de discrétion	98
CHAPITRE 6: RAPPORTS ENTRE LES ADMINISTRATEURS NON DIRECTEURS ET LES AUTRES ORGANES SOCIAUX		99
6.1	Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'assemblée générale	99
6.1.1	Nomination et révocation des administrateurs non directeurs	99
6.1.2	Approbation du compte de pertes et profits, du bilan et du rapport de gestion	100
6.1.3	Détermination de l'emploi du bénéfice	101
6.1.4	Décharge	101
6.1.5	Information	101
6.2	Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'organe (et les formes dérivées) de contrôle (organe de révision selon le projet de loi)	102
6.2.1	Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'organe de contrôle	102
6.2.2	Rapports avec le contrôle exercé par des experts-comptables étrangers à la gestion de la société (art. 723 CO)	103

6.2.3	Rapport avec le contrôle exercé par les réviseurs des comptes de groupe (art. 731 a du projet de loi)	103
6.3	Rapports entre les administrateurs non directeurs et les délégués	104
6.3.1	Rapports entre les administrateurs non directeurs et les délégués, lorsque ceux-ci sont nommés par l'assemblée générale	104
6.3.2	Rapports entre les administrateurs non directeurs et les délégués, lorsque ceux-ci sont nommés par le conseil d'administration	105
CHAPITRE 7:	LA RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATEUR NON DIRECTEUR	106
7.1	Introduction	106
7.2	Illicéité	107
7.2.1	Généralités	107
7.2.2	Délégation illicite	107
7.2.3	Illicéité dans le cadre de la délégation autorisée	108
	7.2.3.1 Principe de responsabilité et exonération	108
	7.2.3.2 Culpa in custodiendo	108
7.3	Conséquences de la délégation sur la responsabilité des délégués en relation avec celle des délégués	111
7.3.1	Introduction	111
7.3.2	Responsabilités respectives des délégués et délégués	112
	7.3.2.1 Généralités	112
	7.3.2.2 Distinction en matière de responsabilité selon la qualité du délégué	112

7.3.2.3	Distinction résultant de la faculté ou de l'absence de faculté de sous-déléguer	112
7.3.2.4	Distinction résultant de la supériorité hiérarchique des délégants originaires (hypothèse où la sous-délégation est autorisée)	113
7.4	Solidarité	114
7.4.1	Introduction	114
7.4.2	Facteurs susceptibles d'influencer le montant des dommages et intérêts requis de l'administrateur non directeur	115
7.4.3	Responsabilité pour le dommage global ou pour le dommage effectivement causé?	117
7.4.4	Recours interne	119
7.5	Proposition, en matière de responsabilité des administrateurs non directeurs, du projet de loi tendant à modifier le droit de la société anonyme	120
7.5.1	Présentation de la solution du projet de loi	120
7.5.2	Critique de la solution du projet de loi	123
7.6	Conclusion générale	125

Partie Etats-Unis

CHAPITRE 1: INTRODUCTION	127
1.1 Généralités	127
1.2 Origines de l'administrateur non directeur	129
1.3 Définition de l'administrateur non directeur	129
1.4 Portrait de l'administrateur non directeur	130

CHAPITRE 2:	ORGANISATION DE L'ADMINISTRATEUR ET ESPECES D'ADMINISTRATEURS	132
2.1	Organisation de l'administration	132
2.2	Espèces d'administrateurs	132
2.2.1.	Généralités	132
2.2.2	Administrateurs directeurs	133
2.2.3	Administrateurs non directeurs	135
2.2.3.1	Sélection des candidats	135
2.2.3.2	Critères de sélection	135
2.2.3.3.	Durée du mandat	136
2.2.3.4	Rôle	136
	2.2.3.4.1 Cadre légal général	136
	2.2.3.4.2 Rôle des administrateurs non directeurs au sein du conseil d'administration	137
	2.2.3.4.3 Cas particulier de l'adminis- trateur professionnel	138
2.2.4	Arguments relatifs aux deux espèces d'administrateurs	140
2.2.4.1	Arguments relatifs aux administrateurs non directeurs	140
2.2.4.2	Arguments relatifs aux administrateurs directeurs	141
2.2.4.3	Conclusions	141

CHAPITRE 3: REPRÉSENTATION D'INTERETS AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION	143
3.1 Intérêts à représenter en droit	143
3.1.1 Intérêts à représenter selon la loi	143
3.1.2 Intérêts à représenter selon la doctrine	143
3.2 Intérêts représentés en fait	144
3.2.1 Intérêts de l'actionnaire majoritaire	144
3.2.2 Intérêts des banques commerciales et des banques d'investissement	144
3.2.3 Intérêts des travailleurs	145
3.2.4 Intérêts d'autres entités	145
3.3 Ordre de priorité des intérêts	146
3.4 Pressions extérieures visant à modifier la forme actuelle de la représentation d'intérêts	146
3.5 Conclusions	146
CHAPITRE 4: DELEGATION	147
4.1 Généralités	147
4.1.1 Définition	147
4.1.2 Effets	147
4.2 Développement et causes de la délégation	149
4.3 Base juridique de la délégation	149
4.4 Etendue de la liberté de déléguer	151
4.5 Pouvoirs indélégués en pratique	153

CHAPITRE 5: DEVOIRS DE FIDELITE ET DE DILIGENCE	154
5.1 Introduction	154
5.2 Devoir de fidélité	155
5.3 Devoir de diligence	157
5.3.1 Généralités	157
5.3.2 Recours à des informations préparées par des tiers	160
5.3.3 "Business Judgment Rule"	160
 CHAPITRE 6: RAPPORTS ENTRE LES ADMINISTRATEURS NON DIRECTEURS ET LES AUTRES ORGANES SOCIAUX	 168
6.1 Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'assemblée générale	168
6.2 Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'organe de contrôle	168
6.3 Rapports entre les administrateurs non directeurs et les administrateurs directeurs	169
6.4 Rapports entre les administrateurs non directeurs et le CEO	170
 CHAPITRE 7: LA RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATEUR NON DIRECTEUR	 172
7.1 Introduction	172
7.2 Droit étatique	172
7.2.1 Lacunes du droit des sociétés	172
7.2.2 Différences entre les réglementations étatiques	172
7.2.3 Domaines particuliers du droit des sociétés	173

7.2.4	Blue-Sky Laws	173
7.2.5	Illicéité	174
7.2.5.1	Généralités	174
7.2.5.2	Délégation illicite	176
7.2.5.3	Illicéité dans le cadre de la délégation autorisée	176
7.2.6	Solidarité	176
7.2.7	Recours interne	177
7.3	Droit fédéral	177
7.3.1	Introduction	177
7.3.2	"Federal Securities Laws"	178
7.3.2.1	Base de responsabilité	179
7.3.2.2	Définition de "security"	179
7.3.2.3	"Securities Act" de 1933 (SA)	180
7.3.2.4	"Securities Exchange Act" de 1934 (SEA)	180
7.3.2.5	Sanctions prévues par le "Securities Act" et le "Securities Exchange Act"	185
7.3.2.6	Responsabilité civile des administrateurs basée sur le "Securities Act" et le "Securities Exchange Act"	185
7.3.2.7	Questions procédurales	186
7.3.2.8	Domages et intérêts	186
7.3.2.9	Actions basées sur l'"equity"	186
7.3.2.10	"Investment Company Act" de 1940	186
7.3.2.11	"Trust Indenture Act" de 1939	187
7.3.3	"Employee Retirement Income Security Act" de 1974 (ERISA)	187

7.3.4	"Foreign Corrupt Practices Act" de 1977 (FCPA)	188
7.3.5	Section 8 du "Clayton Act" et section 5 du "Federal Trade Commission Act" ("interlocking directorates")	189
7.3.6	Conclusions	189
7.4	Jurisprudence et décisions administratives	190
7.4.1	Introduction	190
7.4.2	Section 11 SA	190
7.4.3	Règle 10b-5	191
	7.4.3.1 Opérations d'initiés	191
	7.4.3.2 Autres actions	193
	7.4.3.3 Notion de "scierter"	194
7.4.4	Section 14 SEA	194
7.4.5	Section 16 SEA	194
7.4.6	"Investment Company Act"	195
7.4.7	Rapports de la SEC	195
7.4.8	"Consent Decrees" de la SEC	197
7.4.9	Conclusions	200
CHAPITRE 8:	MOUVEMENTS DE REFORME	201
8.1	Etat général d'insatisfaction	201
8.2	Objet des propositions de modification	202
8.3	Initiateurs possibles des changements	202
8.3.1	Revendications des actionnaires	203
8.3.2	Pressions du public	204

8.3.3	Pressions des organisations privées	204
8.3.4	Intervention des agences gouvernementales et du Congrès	205
8.3.5	Cas particulier des représentants d'intérêts spéciaux	206
CHAPITRE 9: REACTIONS AU NIVEAU INTERNE		207
9.1	Volonté de remédier à la situation	207
9.2	Mesures prises à ces fins	207
9.2.1	Nomination des administrateurs non directeurs	207
9.2.2	Informations liminaires prodiguées aux administrateurs non directeurs ("outside director's orientation")	208
9.2.3	Informations en cours de vie sociale	209
9.2.3.1	Rôle et responsabilité de la direction	209
9.2.3.2	Rôle et responsabilité des administrateurs non directeurs	211
9.2.4	Création de commissions du conseil d'administration	211
9.2.4.1	Généralités	211
9.2.4.2	Différences sur le plan interne	212
9.2.4.3	Raisons ayant motivé la création de commissions	212
9.2.4.4	Types de commissions	212
9.2.4.5	Statistiques relatives aux commissions les plus fréquentes	213
9.2.4.6	Examen des quatre commissions les plus importantes	215
9.2.4.6.1	"Audit committee"	215

	9.2.4.6.2	"Compensation committee"	218
	9.2.4.6.3	"Executive committee"	219
	9.2.4.6.4	"Nominating committee"	219
	9.2.4.7	Avantages présentés par les commissions	220
	9.2.4.8	Responsabilité des membres des commissions	221
	9.2.4.9	Conclusions	221
9.2.5		Elaboration de guides, cahiers des charges, check-lists	221
9.3		Autres mesures proposées	223
9.3.1		Accroissement des exigences relatives aux administrateurs non directeurs	223
9.3.2		Rémunération correspondant aux responsabilités et travail effectifs	223
9.3.3		Personnel à temps complet mis à la disposition exclusive des administrateurs non directeurs	224
9.3.4		Avocat externe mis à la disposition des administrateurs non directeurs	225
9.3.5		"Peer directors, advisory council"	225
CHAPITRE 10: FONCTIONS REQUERANT L'INTERVENTION ACCRUE DES ADMINISTRATEURS NON DIRECTEURS			226
10.1		Plan interne	226
10.1.1		Nomination et révocation des personnes chargées de la gestion	226
10.1.2		Détermination de la rémunération des personnes chargées de la gestion	226
10.1.3		Aspects particuliers de la planification stratégiques	227

10.1.4	Approbation de transactions dans lesquelles certains administrateurs ont un intérêt pécuniaire	227
10.1.5	Examen des situations où un administrateur (ou un dirigeant) mérite une sanction	228
10.1.6	Surveillance	228
10.1.6.1	Surveillance des comptes et autres questions financières	228
10.1.6.2	Surveillance de la gestion: aspects particuliers	229
10.2	Plan externe	230
10.2.1	Décision de ne pas donner suite à une demande en réparation d'un dommage dans le cadre d'une action dérivative	230
10.2.2	Décision en cas de fusion	230
10.2.3	Décision en cas d'offre (hostile) d'achat d'un nombre important d'actions d'une société par une autre société	232
10.3	Relations avec les agences gouvernementales	234
CHAPITRE 11: RECENTS DEVELOPPEMENTS		235
Comparaison de la situation de l'administrateur non directeur en Suisse et aux Etats-Unis		239
CHAPITRE 1: INTRODUCTION		239
CHAPITRE 2: ORGANISATION DE L'ADMINISTRATION ET ESPECES D'ADMINISTRATEURS		240

CHAPITRE 3:	REPRESENTATION D'INTERETS AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION	241
CHAPITRE 4:	DELEGATION	242
4.0	Introduction	242
4.1	Définition/notion	242
4.2	Développement et causes de la délégation	243
4.3	Base juridique de la délégation	243
4.4	Etendue de la liberté de déléguer	244
4.5	Effets de la délégation	245
CHAPITRE 5:	DEVOIRS DE FIDELITE ET DE DILIGENCE	246
CHAPITRE 6:	RAPPORTS ENTRE LES ADMINISTRATEURS NON DIRECTEURS ET LES AUTRES ORGANES SOCIAUX	247
6.1	Rapports entre administrateurs non directeurs et assemblée générale	247
6.2	Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'organe (et les formes dérivées) de contrôle	247
6.3	Rapports entre les administrateurs non directeurs et les délégués (Suisse) / les administrateurs directeurs et le CEO (Etats-Unis)	248
CHAPITRE 7:	RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATEUR NON DIRECTEUR	249
7.1	Illicéité	249
7.1.1	Illicéité de la délégation	249
7.1.1.1	Illicéité résultant de l'absence de base juridique	249
7.1.1.2	Illicéité de la délégation de tâches inaliénables	249

7.1.2	Illicite dans le cadre de la délégation autorisée	250
7.2	Solidarité	250
7.3	Recours interne	250
CHAPITRE 8: MOUVEMENTS DE REFORME		251
8.1	Situation en Suisse	251
8.2	Situation aux Etats-Unis	251
8.3	Conclusions	252
Bibliographie - Partie Suisse		253
Bibliographie - Partie Etats-Unis		269

Abréviations

Partie Suisse

al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Bâle 1954 et ss
CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RSLF 210)
ch.	chiffre
cf.	confer
CO	Code des obligations des 30 mars 1911 / 18 décembre 1936 (RSLF 220)
Comp.	comparer
éd.	édition
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses, Genève
JT	Journal des Tribunaux, Lausanne 1853 et ss
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934, révisée le 11 mars 1971 (RSLF 952.0)
lit.	littera, lettre
N.	numéro
not.	notamment
ORC	Ordonnance du Conseil fédéral sur le registre du commerce, du 7 juin 1937, révisée à plusieurs reprises (RSLF 221.411)
RDS	Revue de Droit Suisse, N.S. Bâle 1882 et ss
RG	Rapport de gestion
RSJB	Revue de la Société des Juristes Bernois, Berne 1865 et ss
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence, Zurich 1904 et ss
SAS	La Société Anonyme Suisse, Zurich 1928 et ss
sec.	section
SJ	Semaine judiciaire, Genève 1879 et ss
ss	suijvants
TF	Tribunal fédéral
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zurich 1902 et ss

Abréviations

Partie Etats-Unis

A.	Atlantic Reporter
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
A.B.A.	American Bar Association
A.L.I.	American Law Institute
App.Div.	Appellate Division, New York
App.Div.2d	Appellate Division, Second Series, New York
C. / Cal.	California Reports
C.2d / Cal.2d	California Reports, Second Series
C.3d / Cal.3d	California Reports, Third Series
C.A. / Cal.App.	California Appellate Reports
C.A.2d / Cal.App.2d	California Appellate Reports, Second Series
C.A.3d / Cal.App.3d	California Appellate Reports, Third Series
C.A.supp.	California Appellate Department of the Superior Court
C.C.H.	Commerce Clearing House
C.D.Cal.	US-District Court for the Central District of California
C.E.O.	Chief Executive Officer
Cir.	Circuit
C.O.O.	Chief Operating Officer
D.C.	District of Columbia
D.D.C.	District Court, District of Columbia
Del.	Delaware Reports
Del.ch.	Delaware Chancery Reports
E.D.N.Y.	US-District Court for the Eastern District of New York
F.	Federal Reporter
F.2d	Federal Reporter, Second Series
Fed.L.Rev.	Federal Law Review
Fed.Reg.	Federal Register
F.T.C.	Federal Trade Commission
H.B.R.	Harvard Business Review
Ltd.	Limited
M.B.C.A.	Model Business Corporation Act
N.E.	North Eastern Reporter
N.E.2d	North Eastern Reporter, Second Series
N.J.	New Jersey Supreme Court Reports
N.W.	Northwestern Reporter

N.W.2d	Northwestern Reporter, Second Series
N.Y.	New York Court of Appeals Reports
N.Y.2d	New York Court of Appeals Reports, Second Series
P.	Pacific Reporter
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
Pa.Misc.	Pennsylvania State Reports Miscellaneous
Rev.Sec.Reg.	The Review of the Securities Regulations
R.M.B.C.A.	Revised Model Business Corporation Act
S.A.	Securities Act (1933)
S.C.	South Carolina Reports
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S.D.N.Y.	US-District Court for the Southern District of New York
S.E.	South Eastern Reporter
S.E.2d	South Eastern Reporter, Second Series
S.E.A.	Securities Exchange Act (1934)
S.E.C.	Securities and Exchange Commission
So.	Southern Reporter
So.2d	Southern Reporter, Second Series
S.W.	South Western Reporter
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series
U.S.	United States Supreme Court Reports

N.B.: Dans le texte, par mesure de simplification, certains points ont été supprimés dans les abréviations (par ex. ABA au lieu de A.B.A.).

PARTIE SUISSE

CHAPITRE 1: INTRODUCTION

Depuis l'adoption du Code fédéral des Obligations en 1881, spécialement depuis la dernière révision du droit de la société anonyme intervenue le 18 décembre 1936, les rapports de force prévalant au sein de cette société ont subi des mutations considérables sous l'influence de facteurs aussi bien internes qu'externes.

1.1 Bref historique législatif

L'élaboration du Code fédéral des Obligations du 14 juin 1881 a été marquée par de nombreuses hésitations quant au choix des organes sociaux et à la nature impérative ou dispositive de leur création. En particulier, la forte tendance à confondre les fonctions de contrôle et d'administration s'est traduite par l'insertion et la suppression successives des dispositions relatives aux organes de surveillance et de contrôle(1).

L'idée de créer un organe de surveillance a été abandonnée peu de temps avant l'adoption du Code de 1881. Par contre, ce même code prévoyait déjà la possibilité pour l'administration de confier la direction des affaires sociales à des commissions du conseil d'administration, à des directeurs et/ou à des fondés de pouvoir (art. 650).

Si l'on renonça définitivement en 1928 à créer un conseil de surveillance, la notion de délégation se développa au travers des projets respectifs des professeurs Huber (art. 766) et Hoffman (art. 730) pour trouver sa formulation finale en l'art. 717 actuel.

Dans son souci de conférer aux sociétés anonymes la plus grande liberté d'organisation, le législateur a adopté plusieurs dispositions très flexibles sur les tâches du conseil d'administration et leur répartition au sens large. En vertu de l'art. 712 al. 2 CO, le conseil d'administration peut établir lui-même le règlement définissant ses pouvoirs. L'art. 714 al. 2 CO lui permet de créer en son sein des comités chargés de tâches particulières; l'art. 717 al. 2 CO l'autorise à déléguer tout ou partie de la gestion et de la représentation.

Ce contexte législatif a favorisé la création de formes d'organisation très diverses.

1) Voir sur ce point l'exposé des motifs du premier projet de loi de 1863 par le Prof. W. Münsiger, not. les pages 141 et 145, ce même projet remanié en 1864, le 2ème projet de 1875 du Prof. Fick, le 3ème projet de 1877, le projet définitif du Département de justice et police de juillet 1879.

1.2 Evolution des faits

1.2.1 Evolution des rapports entre l'assemblée générale et le conseil d'administration

L'assemblée générale (des sociétés moyennes et grandes, en particulier) a perdu progressivement une large partie de son pouvoir originel au profit du conseil d'administration(2). Ce déplacement de pouvoir est attribuable à l'inefficacité de l'organe législatif qui résulte elle-même de causes variées dont:

- le nombre souvent important des actionnaires (dans les grandes sociétés);
- la difficulté de réunir les intéressés à brève échéance;
- la carence des informations prodiguées par le conseil d'administration;
- la difficulté pour la plupart des actionnaires de comprendre les divers aspects de la gestion des entreprises actuelles;
- le dépôt d'actions auprès de banques(3).

1.2.2 Evolution des rapports entre le conseil d'administration et la direction

Si l'assemblée générale s'est bornée à constater l'affaiblissement de ses pouvoirs, le conseil d'administration a pris de son plein gré la décision de renoncer à exercer un certain nombre d'attributions que la loi lui assignait initialement. La complexité des entreprises actuelles et le besoin d'une gestion continue efficace ont révélé la nécessité de confier la direction de la société à un groupe de dirigeants spécialisés dont les forces, toutes entières, sont mises à la disposition de la société.

2) En 1950, le Tribunal fédéral constatait que le pouvoir réel et les décisions étaient aux mains des administrateurs (ATF 76 II 63); Cf. aussi entre autres Schett, p. 8; Hirsch, "Problèmes actuels", en particulier p. 16 : l'assemblée générale est devenue une véritable "chambre d'enregistrement"; Vischer, "Verantwortung" p. 72 et 76; Patry, p. 224 et es. spéc. 226, pour lequel il est "logique de privilégier l'organe exerçant le plus efficacement ses fonctions et connaissant le mieux la situation réelle de la société"; Nenninger, p. 119, met l'accent sur le divorce existant entre la loi d'une part, qui place l'administrateur dans un rapport de dépendance à l'égard de l'assemblée générale (art. 698 et 705 CO) et la réalité d'autre part, où l'administration apparaît comme l'organe dominant de la société, dans la plupart des cas du moins; Mejer-Hayoz/ Fortmoser N. 128 p. 228 (4ème éd.); Cf. aussi Vischer/Rapp. p. 131.

3) D'après Hirsch, "Problèmes actuels", p. 23/24, la représentation d'actionnaires dans les grandes sociétés intervient le plus souvent par le truchement des banques auprès desquelles les actions sont déposées. Selon Schett, p. 15, les banques représentent 60 à 80% des actions. Or les banques renoncent souvent à demander des instructions aux actionnaires sur la manière de voter. Le projet de modification partielle du titre vingt-sixième du Code des Obligations apporte une nette amélioration sur ce point (Cf. notamment l'art. 689 b, c, d et e, ainsi que le Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes (FF 1983 II 757 et ss). Il prévoit en effet l'obligation pour les banques de demander des instructions aux personnes déposant les actions auprès d'elles avant chaque assemblée générale et de voter conformément à celles-ci ou, à leur défaut de se conformer aux instructions générales du déposant ou à leur défaut encore, de suivre les propositions du conseil d'administration (art. 689 d).

1.2.3 Diversité des formes d'organisation du conseil d'administration

Les tendances générales décrites sous chiffres 1.2.1 et 1.2.2 ci-dessus n'empêchent pas que les rapports entre assemblée générale, conseil d'administration et direction continuent de différer sensiblement d'une catégorie de sociétés à l'autre et même d'une société à l'autre.

Dans les petites sociétés, les membres du conseil d'administration se confondent souvent avec ceux de l'assemblée générale. La structure est assez souple pour permettre la prise de décisions en commun au sein du conseil d'administration. L'organe exécutif peut toutefois aussi comprendre des administrateurs non directeurs, comme le représentant d'une minorité, un conseiller, un administrateur agissant à titre fiduciaire ou encore un arbitre(4).

Dans les sociétés de taille moyenne, le volume d'affaires entraîne nécessairement un accroissement des responsabilités. Afin de maintenir les avantages offerts par l'entreprise individuelle, soit la prise rapide de décisions et la capacité de s'adapter aux situations les plus diverses, les administrateurs recourent de plus en plus à la pratique de la délégation, tout en conservant la possibilité de surveiller étroitement la gestion.

Dans les grandes sociétés, l'administration est contrainte de déléguer la quasi-totalité de ses attributions légales. Elle n'exerce elle-même qu'une haute direction et une haute surveillance, dont l'étendue et les effets varient selon la nature des sociétés envisagées et la personnalité des administrateurs.

1.3 Rôle et importance des administrateurs non directeurs

Les bouleversements apportés à la structure organique de la société anonyme résultant notamment:

- de la nécessité de déléguer d'importants pouvoirs à la direction
- du développement des groupes de sociétés(5)
- de la prise en considération d'intérêts nouveaux

ont mis en relief l'existence et le rôle des administrateurs non directeurs. C'est ainsi que le fréquent recours à l'usage de la délégation de compétences assigne une place toute particulière aux délégués (les administrateurs non

4) On entend par "arbitre" une tierce personne nommée pour empêcher la survenance d'une situation sans issue.

5) Parallèlement aux mutations purement internes évoquées ci-dessus, le développement des groupes de sociétés sous l'empire d'un droit qui ne connaît pas cette institution a, en se greffant sur les entités légales existantes, provoqué un profond déséquilibre des rapports de force existant au sein de la société dominée notamment.

directeurs) et appelle une clarification de leur position, de leurs fonctions, de leurs responsabilités.

Les administrateurs non directeurs occupent notamment une place importante dans les groupes de sociétés: les directeurs de la société dominante exercent souvent un mandat d'administrateur non directeur au sein de la société dominée, resserrant par là encore plus étroitement les liens entre les deux entreprises.

Enfin, la tendance à favoriser la représentation d'intérêts externes au sein de la société se concrétise principalement par l'intermédiaire des administrateurs non directeurs.

1.4 Modifications apportées à la structure organique de la société anonyme par le projet de loi tendant à la révision partielle du titre vingt-sixième du CD.

Le projet de loi fédérale concernant la révision du titre vingt-sixième du code des obligations ("De la société anonyme") du 23 février 1983(6) maintient l'unité du droit des sociétés anonymes. De même, il reste fidèle au principe de l'unité du conseil d'administration qui ne se subdivise pas en un conseil de surveillance et un directoire. Mettant également l'accent sur la séparation des pouvoirs, le projet de loi énumère limitativement les attributions inaliénables des administrateurs non directeurs (art. 716 a). Il décrit très précisément les conditions dans lesquelles la gestion, respectivement la représentation, peuvent être déléguées (art. 716 b et 718 al. 2), ainsi que les circonstances engageant la responsabilité des administrateurs non directeurs (art. 754).

1.5 Conclusions

En dehors de certaines limites légales minimales, le conseil d'administration d'une société anonyme créée sous l'empire du droit suisse dispose d'une grande liberté d'organisation. Le projet de loi tendant à la révision du droit de la société anonyme ne modifie pas ce principe.

De nombreuses sociétés ont fait usage de la possibilité légale de déléguer les attributions du conseil d'administration à la direction, contribuant ainsi au développement d'un type d'administrateurs particuliers, les administrateurs non directeurs, auxquels la direction dans son ensemble est subordonnée. Cette étude vise à analyser les problèmes spécifiquement liés aux administrateurs non directeurs de la société anonyme en Suisse. Seront également examinées les solutions proposées par le projet de loi.

6) FF 1983 II 757 et ss.

CHAPITRE 2: ORGANISATION DE L'ADMINISTRATION ET ESPECES D'ADMINISTRATEURS

2.1 Organisation de l'administration

A l'instar du "board américain", l'administration des sociétés anonymes régies par le droit suisse est de type unitaire par opposition à la structure dualiste des droits allemand, italien, belge, néerlandais, français (où le choix existe entre les deux systèmes) et vraisemblablement du futur droit européen sur la société anonyme(7). En d'autres termes, le droit suisse ne connaît pas l'"Aufsichtsrats-system" selon lequel la gestion de la société anonyme est confiée à un comité ou conseil de direction (appelé aussi organe de direction) qui administre et dirige effectivement la société, sous la surveillance d'un conseil de surveillance(8). Le conseil d'administration du droit suisse assure en principe la gestion et la représentation de la société (art. 717 CO), comme le fait du reste le directoire ("Vorstand") du droit allemand. S'il ne remplit pas lui-même directement ces attributions, le conseil d'administration du droit suisse en surveille l'exécution (art. 722 al. 2 ch. 3 CO). Il peut donc, contrairement au directoire et au conseil de surveillance allemands, jouer des rôles très différents selon les cas.

En d'autres termes, le "Board System" suisse n'établit pas de distinction claire entre gestion et surveillance: l'organisation de ces fonctions est du ressort des administrateurs qui jouissent d'une très large liberté d'appréciation.

L'art. 721 CO dispose que "l'administration est autorisée à prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées ou réservées à l'assemblée générale ou à d'autres organes sociaux.". Le conseil d'administration du droit suisse se charge donc de toutes les affaires qui, d'après la loi ou les statuts, ne rentrent pas dans la sphère de compétences de l'assemblée générale ou de l'organe de contrôle. Il assume ainsi le rôle de chef d'entreprise(9).

Dans les cas où l'administration ne se compose que d'un membre (art. 707 al. 1 et 711 al. 1 CO), toutes les fonctions dévolues à cet organe sont exercées par l'intéressé. En pratique cependant, l'administration est souvent composée de plusieurs membres qui se partagent les tâches.

Dans les grandes sociétés, les pouvoirs de l'administration sont répartis entre le conseil d'administration et la direction(10): la gestion de l'exploitation courante

7) Cf. Proposition modifiée d'une cinquième directive, Journal officiel des Communautés Européennes, C 240 du 9 septembre 1983.

8) Sur la comparaison des droits suisse et allemand, Cf. les ouvrages de Hofer, Wander, Schuis-Dornburg.

9) Fritz de Steiger, p. 237.

10) Cf. notamment les ouvrages de Felber et Hofer.

est confiée à la direction, alors que le conseil d'administration se réserve l'administration suprême et générale, posant par là même tout le problème de la délégation.

Le projet de loi du 23 février 1983 maintient le système unitaire actuel. De par sa nature, ce système permet la coexistence, au sein du même organe, d'êtres aux intérêts, capacités, spécialisations, fonctions et rôles potentiellement, et souvent effectivement, différents(11).

2.2 Espèces d'administrateurs

En droit suisse, on distingue, selon un ordre hiérarchique, les espèces suivantes d'administrateurs:

2.2.1 L'administrateur président du conseil d'administration

o Source légale

La loi contient diverses dispositions éparses relatives au président du conseil d'administration (art. 713 al. 2 CO, 714 al. 1 CO, 715 al. 1 CO, 729 al. 3 CO et 22 al. 2 ORC). Aucune d'entre elles toutefois ne s'attache à définir cette fonction et/ou à énumérer les tâches du président.

o Définition

Le président du conseil d'administration est l'administrateur en chef, auquel sont confiées des tâches spécifiques, dont certaines revêtent un caractère purement administratif (art. 713 al. 2 et 715 al. 1 CO).

o Caractéristiques

Le président du conseil d'administration remplit en principe d'importantes fonctions au sein du conseil, généralement à titre principal. A part les tâches mentionnées dans la loi, il convoque les séances du conseil d'administration et en communique les décisions. De manière plus générale, il veille à ce que le conseil d'administration en tant qu'organe collégial soit en mesure de remplir ses fonctions dans un esprit collégial(12). A l'image du CEO américain, il a pour mission de concilier les intérêts opposés et d'empêcher les dissensions(13).

11) Cf. 2.2 ci-après.

12) Vischer, "Delegationsmöglichkeit", p. 360.

13) Comp. Frits de Steiger, p. 259; Bûrgi, N. 12 ad art. 714 CO.

Il forme le lien entre la direction et le conseil d'administration, de même qu'entre les membres individuels du conseil d'administration(14).

Il représente le conseil d'administration aussi bien à l'intérieur de la société que vis-à-vis des tiers.

En outre, dans de nombreux cas, il préside et dirige l'assemblée générale(15). En cette qualité lui incombent des responsabilités supplémentaires(16).

La souplesse de la loi permet aux sociétés de limiter, par le biais des statuts ou du règlement, les fonctions du président aux minima légaux ou, à l'opposé, d'octroyer à ce dernier un large faisceau de compétences(17). En pratique, la sphère d'attributions du président, ses devoirs et par là même sa responsabilité dépassent ceux des autres membres du conseil d'administration(18).

Le président dispose du droit de donner des instructions aux personnes chargées de la gestion en matière de décisions prises par le conseil d'administration. Il peut même opposer son veto aux décisions prises par ces personnes en violation des principes déterminés par le conseil d'administration(19).

Les importants pouvoirs du président ne déploient cependant tout leur effet qu'en l'absence d'un délégué(20). Plus généralement, le rôle du président dépend de l'existence d'autres entités de l'organe exécutif de la société (vice-président, délégué, comité, direction du groupe, direction générale) ainsi que des compétences attribuées à chacune de ces entités(21).

14) Cf. Bürgi, N. 10 ad art. 714 CO et Funk, N. 2 ad art. 714 CO.

15) Notamment chez:

- Ciba-Geigy, art. 10 statuts, état au 13 mai 1981
- Edouard Dubied & Cie, art. 9 statuts, état au 30 juin 1980
- Banque Lou, art. 13 statuts, état au 12 mars 1987
- Oerlikon-Bührle, art. 17 statuts, état au 17 juin 1981
- Orell Füssli Werbe, art. 7 statuts, état au 23 avril 1986
- SBS, art. 14 statuts, état au 16 avril 1986
- 24 Heures Société d'Édition, art. 18 statuts, état au 14 juin 1983

Cf. aussi sur ce point Schett, p. 44.

18) Cf. Schett, p. 44; Fritz de Steiger, p. 206 à 208.

17) Schulthess, p. 102.

18) Bürgi, N. 11 ad art. 714 CO; Wander, p. 19; Wolfers, p. 63; Eigenmann, p. 59; Niggli, p. 30.

19) Vischer, "Delegationsmöglichkeit", p. 360; Niggli, p. 30.

20) Comp. Niggli, p. 30; Bürgi, N. 11 ad art. 714 CO; Vischer "Delegationsmöglichkeit", p. 361.

21) Bürgi, N. 8 ad art. 714 CO.

En cas de désignation d'un délégué, le président du conseil d'administration assure souvent la haute surveillance sur l'ensemble de ses activités(22).

Il arrive fréquemment qu'un président du conseil d'administration soit en même temps directeur ou administrateur-délégué(23). Ce cumul de fonctions crée des situations conflictuelles dans la mesure où l'une des tâches du président consiste précisément à surveiller délégués et directeurs. L'impartialité de la surveillance n'est plus garantie, du fait de la confusion des compétences et des responsabilités(24). Par ailleurs, très souvent le président est membre du comité du conseil d'administration(25). Un tel cumul empêche la détermination des responsabilités respectives.

22) Bürgi, N. 10 ad art. 714 CO; Schucany, N. 1 ad art. 714 CO.

23) Exemples de présidents cumulant leurs fonctions avec celles d'administrateur-délégué et de membre, voire président, de la direction générale ou du comité de direction du groupe (selon rapports de gestion 1986):

- M. Armin Meyer, chez ASSA
- M. Rudolf Bitterli, chez Globus
- M. Dietrich Bührlé, chez Oerlikon-Bührlé (seul membre de la direction du groupe)
- M. Marc Moret, chez Sandos.

24) Niggli, p. 30 et 31.

25) Exemples, selon rapports de gestion 1986:

- M. Louis von Planta, chez Ciba-Geigy
- M. Rainer E. Gut, chez Electrowatt
- M. Arthur Fürer, à la Banque Leu
- M. Paul R. Joller, chez Nestlé
- M. Franz Galliker, à la SBS
- M. Armin Baltensweiler, chez Sulzer
- M. Armin Baltensweiler, chez Swissair
- M. Paul Bürgi, chez Usego-Trimerco.

2.2.2 L'administrateur vice-président du conseil d'administration

o Source légale

Cette institution est ignorée par la loi. De nombreux statuts toutefois la mentionnent (dans les sociétés de taille moyenne et grande(26)).

o Définition

Le vice-président est un membre du conseil d'administration appelé à remplir certaines tâches en lieu et place du président.

o Caractéristiques

Le vice-président exerce en général ses activités à titre accessoire; il lui arrive de remplir d'autres fonctions au sein de la société(27). A l'instar du président, il peut être chargé de tâches très diverses.

26) Dans la pratique, aux termes de leur rapport de gestion de 1986, les sociétés suivantes en particulier connaissent l'institution de vice-président:

- BBC
- Cableries et Tréfileries de Cossonay
- Ciba-Geigy
- Crédit Suisse
- Edouard Dubied & Cie
- Electrowatt
- Frisco-Findus
- Georg Fischer
- Globus
- Grands Magasins Jelmoli
- Banque Lou (deux vice-présidents)
- Nestlé (deux vice-présidents)
- Oerlikon-Bührle
- Orell Füssli Werbe
- Rentenanstalt
- SBS (deux vice-présidents)
- Swissair (deux vice-présidents)
- UBS (deux vice-présidents)
- Usego-Trimerco.

27) Chez ASSA, le vice-président, M. Alain-R. Jaquet, est aussi administrateur-délégué et président de la direction générale (Informations mai 1987). Chez Edouard Dubied et Cie, M. Sker de Salis cumule les fonctions de vice-président et secrétaire du conseil d'administration, administrateur-délégué et directeur général (RG 1986). Chez Frisco-Findus, le vice-président est également président de la direction (RG 1986).

2.2.3 L'administrateur-délégué (sens étroit)

o Source légale

Interdite dans les banques(28), l'institution d'administrateur-délégué se fonde sur l'art. 717 al. 2 CO (correspondant aux art. 716 b al. 1 et 718 du projet de loi).

o Définition

Au sens étroit, l'administrateur-délégué est un administrateur auquel sont déléguées la représentation, la gestion ou des tâches particulières. Selon la définition de Fritz de Steiger, les administrateurs-délégués au sens étroit sont:

"Des personnes chargées de tâches spéciales, telles que la conduite ou la surveillance de la partie technique ou commerciale de l'exploitation, la gestion des affaires, dans le sens restreint du mot, la représentation à l'égard des tiers, etc."(29).

Contrairement aux directeurs, les administrateurs-délégués au sens étroit:

- possèdent une voix au conseil d'administration. Les directeurs n'en possèdent pas. Une voix ne leur est octroyée que dans le cas où il cumulent leurs fonctions avec celles d'administrateur;
- sont liés à la société par un mandat; les directeurs le sont par un contrat de travail;
- ont le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale. Les directeurs ne sont pas admis à le faire, à moins qu'ils soient eux-mêmes actionnaires (art. 706 CO)(30).

o Caractéristiques

L'administrateur-délégué au sens étroit représente le conseil d'administration dont il constitue une émanation(31). En règle générale, il détient d'importants pouvoirs(32), plus étendus que ceux du président du conseil d'administration. En effet, selon l'article 717 al. 2 CO peuvent lui être délégués une partie ou l'ensemble de la gestion de même que toute la représentation.

28) Cf. art 8 de l'Ordonnance d'exécution de la LB.

29) Page 240.

30) Meyer, p. 62-64; Cf. aussi Schulthess, p. 115/116 et Felber, p. 68 et ss.

31) Comp. Meyer, p. 67 in fine.

32) Forstmoser/Meier-Hayoz, 2ème éd. p. 181, N. 34

Sa position au sein de la société varie d'une entreprise à l'autre, en fonction des besoins individuels(33). Il peut se voir attribuer la charge de préparer et d'exécuter les décisions du conseil d'administration ainsi que toutes les tâches déléguables(34). Il prend en outre souvent des décisions finales s'agissant de participations à d'autres entreprises, du développement de la société au niveau technique, de l'ouverture de secteurs nouveaux, de brevets et de licences, d'immeubles. Il approuve les contrats de livraison importants de même que les contrats d'assurance. Il représente la société également à l'égard des autorités, des associations, des communautés d'intérêts et d'autres tiers, pour autant que ces compétences n'aient pas été dévolues à la direction ou aux fondés de pouvoirs. En cas d'urgence, il peut assumer des fonctions allant au-delà de ses attributions régulières.

L'administrateur-délégué est souvent le membre le plus puissant de la société. Il marque l'entreprise de sa personnalité, il la dirige, en fixe parfois les objectifs et veille à leur réalisation, il détermine le style de gestion(35).

Sa puissance est encore rehaussée du fait de l'avantage dont il dispose, en matière d'information relatives aux affaires sociales, par rapport aux administrateurs ordinaires. Par ailleurs, la surveillance exercée par le conseil d'administration sur ses activités est rendue très difficile. En effet, les administrateurs non délégués (administrateurs non directeurs) qui consacrent seulement une petite partie de leur temps à la société hésitent à critiquer l'administrateur-délégué engagé à plein temps au service de l'entreprise(36).

Le rôle de l'administrateur-délégué au sens étroit dépend aussi de l'existence d'autres entités de l'organe exécutif de la société et des compétences attribuées à ces dernières. Plusieurs administrateurs-délégués peuvent même être appelés à collaborer(37). En règle générale, les administrateurs-délégués au sens étroit occupent une position hiérarchiquement supérieure non seulement à celle des

33) Eigenmann, p. 61; Meyer, p. 14/15.

34) L'administrateur de Nestlé SA a pour mission d'assurer la gestion journalière des affaires de la société et de toutes ses filiales. Il constitue l'autorité exécutive suprême de la société et toute l'organisation et le personnel lui sont subordonnés. En outre, d'après l'art. 27 des statuts de Nestlé SA (état 1984), l'administrateur-délégué peut se voir déléguer la tâche de conférer aux directeurs adjoints, aux sous-directeurs, aux fondés de pouvoirs et aux mandataires commerciaux le pouvoir de signer au nom de la société. L'administrateur-délégué d'Electrowatt SA exerce notamment la haute surveillance sur le personnel et l'organisation de la gestion, il procède à la répartition des tâches de gestion entre les membres de la direction, il préside les sessions de la direction.

35) Von Greysers, "Verantwortung", p. 62.

36) Niggli, p. 34.

37) ASSA compte deux administrateurs-délégués, MM. Armin Meyer et Alain-R. Jaquet (Informations mai 1987). Les administrateurs-délégués de F. Hoffmann-La Roche & Cie étaient au nombre de deux selon le RG 1978 et même de trois (selon Buchmann, p. 95) en 1973 (comme du reste chez BBC, à la même époque).

directeurs qui doivent suivre leurs instructions(38) mais aussi à celle des autres membres du conseil d'administration(39).

La lecture des rapports de gestion révèle, ici également, l'existence d'unions personnelles; les administrateurs-délégués au sens étroit cumulent souvent leurs fonctions avec celles de président ou de vice-président du conseil d'administration, voire même, de surcroît, avec celle de président du comité de direction(40). En outre, nombre d'administrateurs-délégués au sens étroit font partie de la direction de l'entreprise(41).

Ce cumul de fonctions leur confère des pouvoirs quasi illimités sur l'entreprise. Les administrateurs-délégués sont soumis de ce fait à une double responsabilité(42).

Dans son Message du 23 février 1983, le Conseil fédéral prend nettement position contre cette concentration de pouvoirs qui rend difficile la surveillance de la direction, les administrateurs chargés de la gestion se surveillant eux-mêmes(43). Toutefois, pour ne pas soumettre de nombreuses sociétés à des contraintes excessives et du fait de la double responsabilité découlant du cumul des mandats, le Conseil fédéral renonce finalement à l'exigence d'une séparation rigoureuse(44).

38) Schucany, N. 3 ad art. 717 CO; Meyer, p. 67 et ss, selon lequel, la direction ne doit pas suivre aveuglément les instructions des administrateurs-délégués, mais doit user de son pouvoir d'appréciation pour déterminer si l'administrateur-délégué était compétent au moment d'agir.

39) Bürgi, N. 26 ad art. 717 CO; Schucany N. 3 ad art. 717 CO.

40) Cf. infra notes (23) et (27).

41) Par exemple, chez Georg Fischer, M. Hannes Goetz est à la fois administrateur-délégué et président de la direction du groupe (RG 1986). Chez Pirelli, M. Jacopo Vittorelli cumule les fonctions d'administrateur-délégué et de directeur général (RG 1985/86). L'administrateur-délégué de Nestlé, M. Helmut Maucher est également président de la direction générale du Groupe Nestlé (RG 1986). Chez Oerlikon-Bührle, M. Dietrich Bührle, président et administrateur-délégué, est le seul membre de la direction du groupe (RG 1986). Chez Sandos, M. Marc Morat cumule les fonctions de président et administrateur-délégué avec celles de président de la direction du groupe (RG 1986). Cf. aussi infra note (27).

42) Cf. von Greyerz, "Verantwortung", p. 62.

43) FF 1983 II 951, voir aussi les mêmes critiques chez von Greyerz, "Traité", p. 208.

44) FF 1983 II 951.

2.2.4 L'administrateur membre d'un comité du conseil d'administration (art. 717 al. 2 CO)

o Source légale

La loi prévoit implicitement à l'art. 717 al. 2 CO, la possibilité pour le conseil d'administration de créer des comités chargés de certaines tâches de gestion et/ou de représentation. Ces comités sont à distinguer des comités formés sur la base de l'art. 714 al. 2 CO auxquels ne sont pas déléguées des tâches de gestion et de représentation, mais dans le cadre desquels sont réparties des tâches de pur contrôle et de préparation(45) et dont il ne sera pas parlé ici(46).

Le projet de loi régit aussi implicitement la création de comités du conseil d'administration en son art. 716 b al. 1. Ils doivent être distingués de ceux de l'art. 716 a al. 2 mentionnés expressément.

o Définition

L'administrateur membre d'un comité est un administrateur chargé de tâches spéciales.

o Caractéristiques

Les comités sont formés exclusivement d'administrateurs(47). Ils comprennent généralement au moins le président, le(s) vice-président(s) et le(s) délégué(s) du conseil d'administration. La proportion moyenne des administrateurs faisant partie d'un comité de direction est un peu inférieure à un tiers(48). La plupart des grandes sociétés disposent d'un comité dont le nombre moyen des membres est légèrement supérieur à cinq(49).

45) Cf. Holzach, p. 13; contra Horber p. 70.

46) A leur sujet, voir Niggli, p. 31-33.

47) Comp. Niggli, p. 31.

48) Ainsi, par exemple, ce comité est formé (selon RG 1986) de:

- 5 membres sur 18 chez ATEL
- 5 membres sur 20 à la BPS
- 5 membres sur 17 chez Ciba-Geigy
- 3 membres sur 7 chez Edouard Dubied & Cie
- 4 membres sur 11 chez Electrowatt
- 4 membres sur 12 chez Georg Fischer
- 5 membres sur 14 à la Banque Leu
- 5 membres sur 15 chez Nestlé
- 10 membres sur 23 à l'UBS (où le comité est dénommé "délégation du conseil d'administration")
- 4 membres sur 11 chez Usigo-Trimerco
- 3 membres sur 13 à la Winterthur Assurances
- 5 membres sur 9 chez Zschokke.

49) Comp. Eigenmann, p. 55 et Buchmann, p. 97.

La création de comités répond aux besoins de la pratique. En effet, comme le conseil d'administration se réunit peu souvent, les comités sont appelés à remplir d'importantes tâches. Ils contribuent au bon fonctionnement du conseil d'administration et accomplissent la partie essentielle de ses attributions.

Les membres des comités participent ainsi étroitement à la gestion, contrairement aux administrateurs qui ne font pas partie de ces comités. La création des comités contribue à établir un clivage entre administrateurs directeurs et administrateurs non directeurs(50).

Le comité occupe toujours une place intermédiaire entre le conseil d'administration, d'une part, les délégués et la direction, d'autre part (51)(52).

2.2.5 L'administrateur directeur

o Source légale

La notion d'administrateur directeur peut être rattachée aux articles 717 al. 2 CO, respectivement 716 b al. 1 et 718 du projet de loi. Elle ne s'intègre pas dans la distinction établie par l'art. 717 al. 2 CO entre délégués (nécessairement administrateurs) et directeurs (tiers = non administrateurs), mais recouvre, partiellement tout au moins, ces deux concepts. Dans ce sens, elle est une création de la pratique(53).

o Définition

L'administrateur directeur est un membre de l'administration cumulant ses fonctions avec celles de directeur. En réalité, la dénomination de directeur-administrateur conviendrait mieux. En effet l'intéressé est en premier lieu un

50) Niggli p. 32; Cf. Aussi infra 4.2.2.

51) Allemann, p. 63.

52) Certaines grandes sociétés possèdent un comité de direction formé presque exclusivement de directeurs: cette entité constitue un intermédiaire supplémentaire entre la direction et le conseil d'administration (cas, selon rapport de gestion 1988, chez B&C et Ciba-Geigy).

53) Exemples d'administrateurs directeurs, sans cumul supplémentaire de fonctions, selon RG 1986:

- M. Ernst Gollmann, chez ASSA
- M Beat Keiser, chez Frisco-Findus
- M. Günter Bolte, chez Jacobs Suchard
- M. Louis Masson, à la Suisse, Société d'Assurances.
- M. Pierre Lameunière chez 24 Heures, Société d'Édition.

directeur exerçant des fonctions de gestion et d'administration pour le compte de la société(54); il est également administrateur, à titre accessoire.

Les administrateurs-délégués au sens étroit et les administrateurs directeurs peuvent être qualifiés d'administrateurs-délégués au sens large.

o Caractéristiques

L'administrateur directeur revêt surtout les caractéristiques essentielles d'un directeur.

Au sens de l'art. 717 al. 2 CO, un directeur est un employé de rang supérieur, lié à la société par un contrat de travail lui conférant la responsabilité de certains secteurs de la gestion et/ou de la représentation. La délimitation de ses tâches est laissée à l'appréciation de chaque société intéressée.

La direction ne fait l'objet d'aucune définition légale. Elle est mentionnée à l'art. 722 al. 2 ch. 2 CO, où elle désigne manifestement l'ensemble des directeurs.

Selon l'art. 717 al. 2 CO, la nomination des directeurs ne peut intervenir que sur une base statutaire ou réglementaire autorisant l'assemblée générale ou l'administration à confier à des tiers certaines tâches de l'organe exécutif de la société(55).

La révocation des directeurs est régie, quant à elle, par les art. 705 et 726 CO et par l'unique art. 716 a al. 1 ch. 4 du projet de loi(56).

La loi ne contient pas d'autre disposition sur les directeurs ou la direction. Les principes applicables en la matière se trouvent dans les statuts(57), tout au moins dans les grands traits (art. 627 al. 12 CO) et dans les règlements (art. 717 al. 2 CO, respectivement art. 716 b al. 1 et 718 al. 2 du projet de loi). Le projet de loi ne mentionne expressément les directeurs qu'en relation avec la

54) Soit de manière générale, soit dans le cadre d'une division ou d'une branche particulière, Cf. Schuceny, N. 3 ad art. 717 CO; comp. Felber, p. 10 à 12.

55) Cf. infra chapitre 4, pour une analyse plus détaillée de cette question.

56) Dans son Message du 23 février 1983, le Conseil fédéral observe que le conseil d'administration des grandes sociétés nomme uniquement la direction suprême qui régit elle-même les instances inférieures (FF 1983 II p. 949 in fine et 950 in initio).

57) Wolfers, p. 11, note à ce propos que la répartition des compétences n'est pas définitivement réglée dans les statuts, mais qu'au contraire se dessine en droit suisse la tendance à ne régler que provisoirement la répartition dans les statuts pour permettre à l'administration (mieux à même d'évaluer les besoins d'une entreprise) de déterminer définitivement l'attribution des fonctions. Dans tous les cas, il faut bien admettre que pour respecter la hiérarchie lois/statuts/règlements, les statuts contiendront une possibilité générale et abstraite de confier la gestion et une partie de la représentation à des directeurs (Cf. sur ce dernier point Eigenmann, p. 8 et ss).

représentation (art. 718 al. 2). Il se réfère toutefois implicitement aux directeurs dans son article 716 b al. 1.

L'environnement économique actuel rend le recours à des directeurs indispensable. Ils reçoivent souvent de très larges compétences qui leur permettent de prendre toutes les décisions nécessitées par l'exploitation courante et les objectifs de l'entreprise(58). Dans ces conditions, ils exercent une grande influence sur la direction de l'entreprise. De leur propre initiative, ils formulent des propositions à l'attention du conseil d'administration et jouent un rôle non négligeable dans la prise de ses décisions(59).

En tant que directeur, l'administrateur directeur est soumis à titre individuel à la même responsabilité que les organes légaux en vertu de l'art. 754 CO, respectivement de l'art. 754 du projet de loi(60). Selon la jurisprudence ont en effet qualité d'organe toutes les personnes qui participent de façon décisive à la formation de la volonté sociale(61). Par ailleurs, la doctrine(62) et les statuts de nombreuses sociétés qualifient d'organe la direction en tant que telle(63).

Le directeur nommé administrateur(64) occupe une position très similaire à celle de l'administrateur-délégué au sens étroit. Des différences subsistent néanmoins sur le plan juridique: la possibilité de révoquer la direction n'a pas d'influence sur le mandat d'administrateur qui lie l'intéressé à la société et inversement. Par contre, la révocation d'un administrateur-délégué au sens étroit fait automatiquement tomber la délégation. La révocation de la délégation elle-même n'emporte pas celle du mandat d'administrateur.

58) Niggli, p. 38.

59) Schuls-Dornburg, p. 77.

60) Le Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 (FF 1983 II 949) le dit expressément. Aux termes du Message "est une personne chargée de la gestion, celle qui exerce effectivement cette fonction, c'est-à-dire celle qui est aux commandes de la société." (même référence).

61) ATF 87 II 187, 72 II 65, 68 II 301, 65 II 6 et 58 II 289.

62) Schucany, N. 3 ad art. 717 CO; Frits de Steiger, note 188 a, page 125.

63) Cette position n'empêche pas que la direction soit subordonnée non seulement au conseil d'administration, mais encore aux administrateurs-délégués au sens étroit (Meyer, p. 69; Bürgi, N. 7 ad art. 717 CO, pour autant que la direction déploie ses activités dans un domaine essentiel pour la société; Schulthess, p. 115) et au(x) comité(s) du conseil d'administration.

64) La doctrine admet que les directeurs puissent être nommés sans autre administrateurs: Bürgi, N. 27 ad art. 717 CO; Schucany, N. 3 ad art. 717 CO. Ce cumul est interdit en droit allemand dans le sein de la même société; par contre, il arrive fréquemment que des directeurs soient nommés administrateurs dans d'autres sociétés. Schuls-Dornburg, p. 58, observe que les directeurs techniques et commerciaux de nombreuses sociétés occupent souvent la moitié des sièges dans le conseil d'administration des sociétés engagées dans l'industrie des machines et de la métallurgie.

2.2.6 L'administrateur non directeur

o Source légale

En prévoyant à l'art. 717 al. 2 CO la possibilité pour le conseil d'administration de déléguer toutes ses tâches de gestion et de représentation, le législateur admet qu'une espèce d'administrateurs puissent être non directeurs.

o Définition

L'administrateur non directeur se distingue de l'administrateur-délégué au sens large(65). Il est un membre du conseil d'administration, mais sans fonction particulière. Avec ses pairs, il surveille de manière générale l'activité des dirigeants et les affaires de la société, sans exécuter lui-même des tâches de gestion et de représentation.

o Caractéristiques

La délégation, par le conseil d'administration, de la gestion et de la représentation sur la base de l'art. 717 al. 2 CO (art. 716 b et 718 du projet de loi) est la condition de l'existence des administrateurs non directeurs. Ces dispositions forment le lien entre l'administrateur non directeur et l'administrateur-délégué au sens large(66).

La délégation intervenue, les administrateurs non directeurs sont déchargés, dans les limites légales, des tâches de gestion et de représentation. Leurs obligations originaires font place à un devoir de haute direction et de haute surveillance sur les activités des délégués. En conséquence, plus les attributions des délégués croissent, plus les pouvoirs des administrateurs non directeurs diminuent(67).

Dans ce contexte, les compétences respectives des diverses espèces d'administrateurs et des directeurs, de même que les divers rapports de force correspondants, ne peuvent être clarifiés que sur des bases concrètes (statuts, règlements, décisions du conseil d'administration ou de l'assemblée générale).

Les administrateurs non directeurs consacrent seulement une partie de leur temps à la société.

65) Weibel, p. 3 et 4, parle d'administrateurs "passifs" par opposition aux administrateurs dits "actifs".

66) Pour cette notion, Cf. infra 2.3.

67) Similairement, les compétences respectives du président, du (des) délégué(s) et des directeurs dépendent étroitement les unes des autres. Cette observation est également valable sous l'empire du projet de loi, sous réserve de l'indélégalité des huit groupes de tâches énumérées à l'art. 716 a.

2.2.7 Cas particulier de l'"administrateur" président d'honneur

o Source légale

La fonction de président d'honneur n'est pas prévue par la loi(68).

o Définition

Le président d'honneur est un ancien administrateur que la société veut honorer en signe de gratitude pour les services rendus.

o Caractéristiques

Bien qu'il ne soit pas un administrateur au sens de la loi, le président d'honneur porte souvent ce titre.

En principe, le président d'honneur peut assister à toutes les séances du conseil d'administration et donner son opinion sur toutes les questions traitées, sans toutefois disposer du droit de vote(69). De ce fait, il n'assume plus de responsabilité au sein du conseil d'administration. En pratique, le titre de président d'honneur est purement décoratif. L'habitude de nommer des présidents d'honneur est du reste en voie de disparition(70).

68) Le registre du commerce de Genève a refusé d'inscrire le titre de président d'honneur (SAS 37 (1965), p. 256).

69) Ces prérogatives restent souvent inutilisées. M. Henri Homberger, ex-président honoraire de la Rentenanstalt (Cf. notamment rapport de gestion (RG) de 1983) ne se prononçait jamais sur les points à l'ordre du jour, sauf circonstance exceptionnelle.

70) Une étude entreprise sur les rapports de gestion de 1986 d'environ 40 sociétés grandes et moyennes révèle l'existence de 10 présidents d'honneur:

- M. Robert Jaquet, chez ASSA (selon Informations 1987)
- M. Ernst Brugger à la BPS
- M. Robert Käppeli, chez Ciba-Geigy
- M. Yves Dunant, chez Sandos
- M. Raymond Devrient, à la Sulase, Société d'Assurances
- M. Alfred Schaefer, à l'UBS
- M. Raymond Koechlin, chez Zschokke Holding
- En outre, M. Gérard Hauer, ex-président du conseil d'administration d'Interfood SA est devenu président d'honneur, au moment où M. Nello Celio a accédé à la présidence du conseil d'administration en 1980. Lorsqu'Interfood SA a repris par fusion, en septembre 1982, les actifs et passifs de Jacobs AG, ZH, M. Walther Jacobs (de Brême) est devenu président d'honneur aux côtés de M. Beuer. En 1984, M. Nello Celio a également été nommé président d'honneur de Jacobs Suchard qui compte actuellement trois présidents d'honneur.

2.3 Définitions utiles

Délégué: toute personne à laquelle sont confiées des tâches de gestion ou de représentation sur la base des art. 717 al. 2 CO, respectivement 716 b et 718 du projet de loi.

Directeur: employé de rang supérieur, non administrateur de la société, auquel des tâches de gestion et/ou de représentation sont confiées sur la base des art. 717 al. 2 CO, respectivement 716 b et 718 du projet de loi.

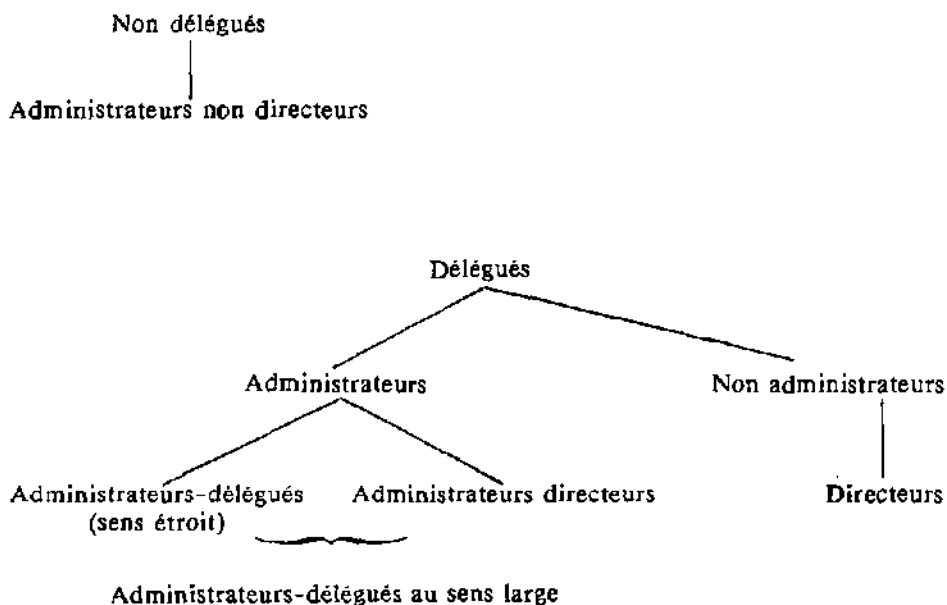
Administrateur-délégué au sens étroit: administrateur auquel sont confiés l'ensemble ou une partie de la gestion et de la représentation sur la base des art. 717 al. 2 CO, respectivement 716 b et 718 al. 2 du projet de loi.

Administrateur directeur: administrateur exerçant la fonction de directeur.

Administrateur-délégué au sens large: administrateur-délégué au sens étroit et administrateur directeur.

Administrateur non directeur: membre du conseil d'administration ayant délégué ses fonctions de gestion et représentation sur la base des art. 717 al. 2 CO, respectivement 716 b et 718 du projet de loi.

ORGANISATION DE L'ADMINISTRATION EN CAS DE DELEGATION



CHAPITRE 3: REPRESENTATION D'INTERETS AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

3.1 Situation actuelle

3.1.1 Intérêts à représenter selon la loi

A la différence des Etats-Unis, le droit suisse n'exige pas des administrateurs qu'ils représentent les intérêts des actionnaires(71). Au contraire, le Code des Obligations laisse entendre à l'article 722 que les administrateurs (sans distinction) doivent servir en premier lieu les intérêts de la société(72). Pour Thalmann, cette obligation découle de la fonction même du conseil d'administration au sein de la personne juridique(73).

La doctrine n'est pas unanime au sujet de la définition des intérêts de la société. Selon Goldschmidt, ils ne seraient rien d'autre "que des intérêts individuels à réaliser un profit au moyen d'une organisation décidée en commun, soit en d'autres termes, des intérêts individuels communs"(74). Pour Ehrbar, l'intérêt de la société constitue la somme ou la résultante de tous les intérêts individuels des actionnaires(75). Certains auteurs soutiennent la thèse des intérêts de la société pour elle-même en tant qu'entité abstraite, indépendante de ses fondateurs(76). D'autres enfin considèrent plus justement les

71) La doctrine est divisée à cet égard. Rolf Bär ("Minderheitenschutz", p. 369 et ss; "Aktuelle Fragen des Aktienrechts", p. 514 et ss) soutient que les intérêts de l'actionnaire doivent passer en premier lieu. A son sens, la défense des intérêts de l'actionnaire n'aurait de limite que celle découlant du but de la société. Or ce dernier, comme le relèvent justement Schluap (dans ses deux articles figurant dans la bibliographie, aux pages indiquées) et Vischer ("Delegationsmöglichkeit", p. 345 et ss. spéc. 346 à 348) ne correspond pas nécessairement aux intérêts de l'actionnaire. D'un côté, le rendement immédiat joue un rôle prédominant alors que d'un autre côté, l'accent est mis sur le placement. Dans la mesure où les intérêts des actionnaires se heurtent souvent à l'intérêt de la société à prospérer et à étendre ses marchés, le dynamisme exigé par l'économie moderne s'oppose au conservatisme indirectement préconisé par Bär. Au demeurant, l'attitude d'une société soucieuse de son développement avert, à long terme, l'intérêt des actionnaires. En outre, comme le fait remarquer, Vischer (p. 347) la loi elle-même permet à la société de tenir compte d'autres intérêts que ceux des seuls actionnaires: selon l'art. 674 al. 3 CO ("Elle (la société) peut ... opérer sur le bénéfice net des prélèvements pour créer et soutenir des institutions de prévoyance au profit d'employés et d'ouvriers de l'entreprise, ou telles autres institutions analogues...").

72) Bär, N. 3 ad art. 722 CO; Funk, N. 1 ad art. 722; Niggli, p. 16. Sur le devoir de fidélité Cf. infra 5.2.

73) Page 26.

74) Page 44 et ss.

75) Pages 66 et ss.

76) Hausermann, p. 14 et 27 et ss; Netter, p. 534 et ss.

intérêts de la société comme une notion abstraite coïncidant en définitive avec les intérêts des actionnaires (réalisation d'un profit)(77).

L'obligation du conseil d'administration de servir en premier lieu les intérêts de la société résulte également du fait que les administrateurs gèrent une fortune étrangère: ils sont appelés à garantir les intérêts de leur mandante, la société(78).

De son côté, le Tribunal fédéral a, dans le passé, accordé la priorité aux intérêts de la société. La protection des actionnaires serait assurée de manière optimale au travers de la protection de l'entreprise elle-même(79).

La loi n'exclut pas que d'autres intérêts soient pris en considération. Le Code des Obligations fournit même trois bases à la représentation d'intérêts spéciaux au sein du conseil d'administration: les articles 707 al. 3 CO, 708 al. 4 CO et 762 CO(80).

Un bref examen de la nature et de la portée de ces dispositions révèle que seul l'article 707 al. 3 CO revêt une importance pratique. En effet, nombreuses sont les personnes morales représentées par une personne physique au sein du conseil d'administration d'une autre société, notamment dans le cadre de groupes de sociétés. Le degré de dépendance entre le représentant (administrateur) et la société représentée varie selon les circonstances. Il se mesure notamment à l'influence exercée par la société représentée sur l'autre société. Plus l'influence est forte, plus le lien sera étroit. Dans tous les cas cependant, la société dans laquelle le représentant d'une personne juridique a été délégué dispose seule du droit de révocation à son encontre.

Les rapports entre les groupes d'actionnaires dont la situation juridique est différente au sens de l'art. 708 al. 4 CO et leur représentant se réduisent le plus souvent à la procédure d'élection(81) et de révocation. En particulier, le représentant n'est pas lié par une obligation légale de se soumettre aux

77) Bergier, p. 66; Mandel, p. 77; Comp. Schluep, "Wohlerworbene Rechte," p. 51 et ss et 391; Fortmoser, "Gemeinwohl," p. 18; Bürgi, N. 11 et ss ad art. 660/661 CO; Nenniger, p. 62 et ss.

78) Niggli, p. 16.

79) 51 II 427 et 53 II 231, Cf. cependant la jurisprudence plus récente du TF: ATF 99 II 82 et 100 II 389.

80) Dans certains pays voisins, l'Allemagne, la Hollande, de même que dans le futur droit européen, la loi prévoit en outre la participation des travailleurs au conseil d'administration.

81) Chaque groupe propose à l'assemblée générale un candidat élu en son sein à la majorité. Le choix a un caractère obligatoire pour l'assemblée générale qui devra nommer le candidat comme administrateur, sous réserve de motifs impérieux justifiant le refus; Cf. Bürgi, N. 59 ad art. 708 CO; Schucany, N. 4 ad art. 708 CO; Frits de Steigar, p. 216; Funk, N. 4 et 5 ad art. 708 CO; Fortmoser/Meier-Hayoz 2ème ed., p. 169 et 170, N. 11 et ss; Von Greyerz, "Traité", p. 202. Le Tribunal fédéral a tout au plus sanctionné le droit de proposition obligatoire (ATF 66 II 51 et 59 II 282).

instructions du groupe(82). La proposition de révocation soumise à l'assemblée générale constitue le seul moyen dont dispose le groupe contre un administrateur manquant de loyauté à son égard(83). Par ailleurs, l'assemblée générale peut en tout temps révoquer le mandat du représentant du groupe pour justes motifs, notamment lorsqu'une instruction du groupe suivie par le représentant n'est pas compatible avec les intérêts de la société(84).

Quant aux représentants des corporations de droit public (art. 762 CO), on les trouve principalement dans les sociétés à économie mixte constituées sous la forme de sociétés anonymes(85). Les administrateurs ainsi désignés dépendent très fortement de la corporation de droit public qui détient seule le droit de révocation (art. 762 al. 2 CO).

3.1.2 Intérêts représentés en fait

3.1.2.1 Généralités

Les activités des grandes entreprises mettent en jeu de multiples intérêts. Elles touchent notamment la collectivité publique, l'ensemble des travailleurs, les créanciers, les fournisseurs, les clients, les autorités publiques.

Le droit de la société anonyme ne se prononce pas sur la portée de ces divers intérêts et sur leur importance respective. Si la doctrine admet en principe la présence des intérêts de la société, elle reconnaît de plus en plus l'existence d'autres intérêts(86) dont les administrateurs des grandes sociétés devraient tenir compte et *tiennent* volontairement compte dans une certaine mesure(87).

Le conseil d'administration des grandes sociétés se trouve ainsi placé devant la lourde tâche de procéder de cas en cas à une pesée de tous les intérêts pouvant entrer en considération lors de la prise de décisions importantes(88). Il doit

82) Le groupe a toutefois la faculté de mentionner expressément dans un contrat les obligations de son représentant. (Cf. Thalmann, p. 50).

83) Cf. Thalmann, p. 48 in fine et 49 initio.

84) Cf. not. Thalmann, p. 50.

85) Dans son conseil d'administration de 30 membres (RG 1986) Swissair compte 11 représentants de corporations de droit public.

86) Rathenau, p. 38 et ss; Keynes, not. p. 44 et ss; Staehlin, p. 260; Vischer, "Verantwortung", p. 78 et 74; Neuninger, p. 64 et ss; comp. avec Mandel, p. 83 et note 58.

87) Mandel, p. 83.

88) Niggli, p. 14 et 15; Contra Thalmann (p. 28 et ss) qui préconise le respect d'une hiérarchie assez rigide: en cas de collusion d'intérêts, ceux de la société priment. En second lieu prévalent les intérêts des actionnaires et en dernière position, ceux des actionnaires minoritaires protégés par l'art. 708 al. 4 et 5 CO.

s'efforcer de concilier et de coordonner de manière optimale les divers intérêts individuels souvent opposés. En sus des intérêts de la société et des actionnaires, ce sont notamment les intérêts de la communauté publique, des travailleurs et, dans une moindre mesure, des créanciers, qui requerront leur attention.

3.1.2.2 Intérêts de la collectivité publique

Le système du droit privé tend, de manière générale, à garantir le développement harmonieux des relations entre individus, en assurant la meilleure forme de coexistence et en satisfaisant les besoins de chacun(89). En tant que partie du système social, l'entreprise ne saurait ignorer tous les intérêts autres que les siens propres. Par ailleurs, le fait que la société "appartient" aux actionnaires est fréquemment une fiction: le capital constitué par des fonds provenant d'actionnaires représente souvent, dans les grandes sociétés, une fraction de la fortune sociale et pourrait être racheté par l'entreprise en peu de temps(90). Pour cette seule raison déjà, la sauvegarde systématique des intérêts des actionnaires ne se justifie pas non plus.

Dans ce contexte, il ne fait dès lors aucun doute que l'existence de la collectivité publique limite dans une certaine mesure la sphère d'action de la société. Il est toutefois malaisé de déterminer jusqu'à quel point le conseil d'administration doit garantir les intérêts de la collectivité publique. De manière générale, plus la relation de l'entreprise avec la collectivité publique est étroite, plus les intérêts de celle-ci devront être pris en considération(91). Plus la société est grande, plus la relation sera étroite.

Les grandes sociétés, en effet, ne constituent pas seulement un moyen de réaliser des profits pour le bénéfice des actionnaires. En tant que facteur de production, creuset de développement technologique et important employeur, elles occupent une place particulière dans le système social, qui sort du cadre du droit traditionnel des sociétés(92). En cela elles diffèrent fondamentalement des petites sociétés dont les liens avec la collectivité publique se révèlent beaucoup plus lâches. Les grandes sociétés ont le devoir moral de favoriser par des salaires et des prestations sociales convenables l'accession à un standard de vie satisfaisant; similairement, elles sont tenues d'assurer de manière optimale la sécurité des travailleurs(93).

89) Comp. Vischer et Rapp, p. 148.

90) Niggli, p. 18.

91) Ibidem; comp. Bürgi, N. 12 ad art. 660/661 CO.

92) Nenninger, p. 72 et ss; Staehelin, p. 260.

93) Bürgi, N. 12 ad art. 660/661 CO; comp. ATF 72 II 304 et 100 II 393.

La liberté d'action des grandes sociétés s'avère limitée, même lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre de la loi. Ainsi, la liquidation d'une très grande société est, par exemple, difficilement concevable: elle mettrait en cause trop d'intérêts(94).

Les obligations à l'égard de la collectivité publique n'en demeurent pas moins limitées. Les grandes sociétés ne sauraient être considérées comme des institutions sociales au service de la collectivité publique comme le préconisent certains auteurs(95). Le principe de la liberté d'entreprise (assorti de certaines restrictions) doit continuer à prévaloir.

Il incombe au conseil d'administration de mesurer à leur juste valeur les intérêts de la collectivité publique mis en jeu par la prise de toute décision importante.

3.1.2.3 Intérêts des travailleurs

La protection des travailleurs compète en principe non pas au conseil d'administration mais au législateur. Les normes du droit du travail sont complétées par des règles du droit des sociétés en matière de prévoyance sociale(96).

Bien que les travailleurs n'aient pas la possibilité de lege lata de participer à la gestion sociale(97), leurs intérêts ne peuvent pas être ignorés par les grandes sociétés appelées à prendre des décisions susceptibles de les affecter(98).

3.1.2.4 Intérêts des créanciers

Comme les travailleurs, les créanciers sont protégés par des règles légales spéciales, non par des mesures particulières adoptées par le conseil d'administration. Ce dernier cependant tient indirectement compte des intérêts des créanciers en vouant tout le soin nécessaire à l'administration et à la gestion de la société(99).

94) Wiethoelther, p. 3.

95) Mestmaecker, p. 20 et ss.

96) Art. 624 al. 3; 671 al 2 ch. 1 et al. 3; 673 al. 1; 674 al. 3 CO; Cf. en outre Weiss N. 152.

97) Cf. infra 3.2.1.

98) Cf. infra 3.1.2.2.

99) Cf. sur ces points Weiss, N. 144 et N. 151, ainsi que l'ouvrage de Locher cité dans la bibliographie.

3.1.2.5 Ordre de priorité des Intérêts

Dans la pratique, les administrateurs s'efforcent en général de sauvegarder en premier lieu les intérêts de la société (en décidant par exemple de constituer des réserves destinées à faire fructifier l'entreprise, d'apporter des améliorations nécessaires ou utiles, de procéder à des investissements en matière de recherches, d'étendre ou au contraire de réduire le champ des activités de la société etc.).

Il arrive fréquemment que les administrateurs favorisent les intérêts des actionnaires majoritaires(100).

Dans certains cas particuliers, les administrateurs tiennent cependant compte des intérêts des actionnaires minoritaires(101) et/ou des intérêts de la collectivité publique(102) et de ceux des travailleurs(103).

100) En se référant à l'arrêt 99 II 85 et ss, Vischer, "Verantwortung", p. 74 relève qu'en fait le conseil d'administration créé sous l'empire du droit suisse sert les intérêts de la majorité des actionnaires. Cf. dans le même sens ATF 104 II 32 et ss.

101) La Cour Suprême du Michigan a pour sa part rendu en 1919 un arrêt intéressant en faveur des actionnaires minoritaires (Ford, Dodge v. Ford Motor, 204 Mich. 459; 170 N.W. 668). Dans cette affaire, Henry Ford possédait 58% des actions Ford Motor Co. Dominant le conseil d'administration, M. Ford décida dès 1916 de ne plus verser des dividendes mais d'utiliser les bénéfices à des fins philanthropiques (développement de l'usine, création de nouveaux emplois, diminution du prix des voitures Ford). Deux actionnaires minoritaires détenant le 10% du capital social ouvrirent action pour obliger le conseil d'administration à déclarer un dividende des 3/4 des "surplus" accumulés sous forme d'argent liquide. Le tribunal de première instance ordonna le versement d'un dividende de US\$ 19,275,000.- et la société recourut. La décision de l'instance inférieure fut confirmée. La Cour Suprême souligna notamment qu'une entreprise commerciale est organisée et dirigée principalement dans le but de réaliser des profits dont doivent bénéficier les actionnaires. Elle ajouta que les administrateurs devaient s'employer à cette fin.

102) Le bien de la collectivité et des consommateurs (ou bien général) est difficile à cerner dans une société démocratique où toutes les tendances peuvent s'exprimer. Selon Thalmann, (p. 33), seule une pesée d'intérêts peut, de cas en cas, déterminer ce qui correspond au bien commun. Il serait vain de rechercher une définition absolue de ce concept. Le même auteur ajoute (modérant par là un peu la rigidité de sa position décrite à la note 88) que parfois, les intérêts de la société anonyme doivent s'effacer devant certains intérêts extérieurs qui, dans le cas concret, lui seraient préférables.

103) L'arrêt rendu le 25 mai 1965 par la Cour d'Appel de Paris (affaire Fruehauf, Recueil Dalloz 1968, p. 147) tient compte à la fois des intérêts de la minorité d'actionnaires, de la collectivité publique et des travailleurs. Dans ce cas (Cf. Réphael Contin, Recueil Dalloz précité) 60% des actions de la société française appartenaient au groupe américain Fruehauf, le 40% étant détenu par une minorité d'actionnaires français. La société française s'était obligée à effectuer d'importantes livraisons au constructeur Berliet, cocontractant lui-même de la République Populaire de Chine. Les autorités américaines s'opposèrent au contrat passé entre la société française et Berliet. Sous leur pression, la direction américaine du groupe contraignit la société française à donner aux dirigeants l'instruction d'annuler immédiatement le contrat conclu avec Berliet. Pour empêcher que cette instruction ne soit suivie, les actionnaires minoritaires français ouvrirent action. La Cour d'Appel de Paris constata que la rupture unilatérale du contrat conduirait la société française à verser des dommages et intérêts considérables à Berliet, provoquant par là la ruine économique de l'entreprise française et le licenciement de 600 travailleurs. La Cour d'Appel décida que l'intérêt au maintien de l'entreprise prévalait sur la volonté des actionnaires majoritaires et que le conseil d'administration avait violé ses devoirs, en se déclarant prêt à suivre les instructions de la direction du groupe.

3.1.2.6 Personnalité des représentants des intérêts "nouveaux"

Les administrateurs non directeurs peuvent jouer un rôle certain dans la représentation d'intérêts nouveaux (soit d'intérêts autres que ceux de la société ou des actionnaires majoritaires, voire minoritaires) dans le conseil d'administration. D'une part en effet, l'assemblée générale les a choisis précisément en fonction soit d'une formation particulière, soit de leurs activités respectives déployées à l'extérieur de la société, dans le but d'élargir le champ d'horizon du conseil d'administration. D'autre part, les administrateurs non directeurs disposent de suffisamment de distance à l'égard de la société pour ne pas servir systématiquement la cause des actionnaires majoritaires. Cette distance place précisément les administrateurs non directeurs dans une position propice à la représentation d'intérêts nouveaux ou particuliers, contrairement aux administrateurs-délégués au sens large. En effet, ces derniers sont tenus à un devoir de fidélité sensiblement plus strict que les administrateurs non directeurs : ils occupent une position de très haute confiance dans la société dont ils détiennent les commandes. Plus précisément, les administrateurs-délégués au sens large sont astreints à un double devoir de fidélité fondé sur le mandat ordinaire d'administrateur et sur le mandat particulier ou le contrat de travail les liant à la société.

Ainsi donc, sous réserve du cas particulier des groupes de sociétés, la quasi-totalité des administrateurs représentant une entité ou un intérêt étranger à la société n'exercent pas de fonctions directrices. Le raisonnement inverse conduit à une autre affirmation : une grande partie des administrateurs non directeurs représentent, à des degrés divers, les intérêts d'une tierce personne morale ou physique. Les administrateurs agissant à titre fiduciaire(104), par exemple, se recrutent exclusivement parmi les administrateurs non directeurs.

3.2 De lege ferenda : intérêts dont la loi pourrait imposer la représentation aux administrateurs non directeurs.

Il s'agit principalement des intérêts des travailleurs et de ceux de la collectivité publique.

104) Cf. Bùrgi, N. 26 ad art. 707 CO in fine et Thalmann, p. 60; la notion d'administrateur agissant à titre fiduciaire a fait l'objet de diverses études : Peter Jäggi, Ein Gerichtsurteil über den "abhängigen" (fiduziarischen) Verwaltungsrat, RSJ 56 (1960) p. 1 et ss; Emil Schucany, Zur Frage der rechtlichen Stellung des abhängigen Verwaltungsrates, SAS 1954/55 p. 109 et ss; Fritz de Steiger (même référence, même titre) p. 33 et ss et 103 et ss; Georg Gautschi, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, RSJ 45 (1949) p. 301 et ss; Vito Picononi, Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit. Ein Beitrag zur Frage des abhängigen Verwaltungsrates, RSJ 51 (1955) p. 321 et ss.

Sous certaines réserves, Burckhardt (p. 156), Gautschi (op. cit.), Schucany (SAS 1954/55 p. 109 et ss), Thalmann (p. 59 in fine et p. 60) tolèrent cette institution dans la mesure où elle ne s'avère pas fondamentalement incompatible avec la loi. Fritz de Steiger la rejette dans SAS 1954/55 p. 37; rejet aussi dans ZR 58 (1959 p. 179 et ss.).

3.2.1 Représentants des travailleurs

Le peuple suisse a rejeté le 21 mars 1976(105) l'initiative sur la participation émanant de l'Union Syndicale Suisse, de la Confédération des Syndicats Chrétiens et de l'Association Suisse des Salariés Evangéliques(106), de même que le contre-projet de l'Assemblée fédérale(107).

Les problèmes qui surgiraient en cas d'introduction de la participation en Suisse seraient analogues à ceux rencontrés en Allemagne. A part ceux d'ordre constitutionnel(108), ils se rapporteraient spécialement aux conflits d'intérêts(109), à la responsabilité, à l'égalité des droits et des obligations, à la pénétration des syndicats au sein des entreprises privées. Ce dernier phénomène serait même aggravé en Suisse, par le fait que les attributions des administrateurs non directeurs peuvent aller beaucoup plus loin que la surveillance, principale fonction du conseil de surveillance allemand(110).

3.2.2 Représentants de la collectivité publique

A la question de savoir s'il se justifie de contraindre les sociétés à introduire des représentants de la collectivité publique (nécessairement des administrateurs non directeurs) dans le conseil d'administration d'une société anonyme, il s'impose de répondre par la négative.

En effet, tout d'abord, la notion de collectivité laisse la porte ouverte à toutes les interprétations. La participation des représentants de la collectivité ouvrirait ensuite une sérieuse brèche dans le principe de l'économie privée. Enfin, les coutumes, les bonnes moeurs, la loi et les usages tiennent compte des intérêts de la collectivité publique et freinent suffisamment les entreprises de sociétés capitalistes.

105) FF 1976 II 639 et 1019.

106) Cette initiative (FF 1971 II 778), ainsi que le relève Philippe Bois (p. 15), visait à instaurer une égalité juridique entre travailleurs et employeurs, en donnant de par la loi, à la partie la plus faible, les moyens d'accéder à la fonction dirigeante. Pour un essai de définition de la notion de participation, Cf. Bois, p. 17/18.

107) FF 1976 II 829.

108) Bois, p. 38 et ss.

109) Meyer, article p. 22 N. 5.2 et Stauffacher, p. 124 et ss.

110) Cf. surtout l'article 716 a du projet de loi. Von Greyers relève pertinemment à ce propos ("Traité", p. 198) que l'introduction de la participation en Suisse exige soit la création d'un conseil de surveillance, soit au moins l'énumération de compétences indéléguables du conseil d'administration, car la participation à la gestion proprement dite doit être évitée.

CHAPITRE 4: DELEGATION

4.1 Généralités

4.1.1 Définition

Par délégation, au sens de l'art. 717 al. 2 CO, on entend le transfert de tâches de gestion et/ou de représentation - attribuées originellement au conseil d'administration in corpore - à un ou plusieurs membres du conseil d'administration (délégués) et/ou à des tiers qui ne sont pas actionnaires (directeurs), sous la responsabilité personnelle des délégués(111).

En d'autres termes, la délégation est une mesure prise par les administrateurs pour faire exécuter (sous leurs hautes direction et surveillance) par certains d'entre eux ou par des tiers, dans un but d'efficacité, une partie des tâches leur incombant originellement. N'entre pas dans cette définition la répartition interne de certaines tâches, au sens de l'art. 714 al. 2 CO(112).

4.1.2 Sous-délégation

La sous-délégation est une délégation par le délégué d'attributions antérieurement conférées à lui-même par délégation. Elle suppose la délégation, avec les attributions elles-mêmes, de la compétence de procéder à une délégation subséquente ("Kompetenzkompetenz")(113).

Sous cette réserve, ses conditions sont identiques à celles de la délégation(114).

Le délégué originaire (soit l'administrateur non directeur) et chaque délégué auquel a été attribuée de manière dérivative la "compétence de la compétence"

111) Comp. Horber, p. 82: la délégation consiste en la modification d'une attribution légale de compétences provisoire à l'administration par le transfert d'une attribution formellement et matériellement déléguable à un délégué ayant la qualité d'organe et soumis à la responsabilité du droit de la société anonyme. La grande majorité des autres auteurs se contentent de reprendre les termes de la loi. Cf. Frits de Steiger, p. 79; Hirsch, "Administrateurs", p. 258/259; Zimmermann, p. 20 et ss; Bürgi N. 16 et ss, not. 18 et 22 ad art. 717 CO; Meier-Wehrli, p. 35; Burckhart, p. 42-43; Falber, p. 4; von Greyers, "Traité", p. 206 à 208; Eigenmann, p. 20.

112) Contra Horber, p. 70. Par ailleurs n'est pas acceptable dans l'optique de ce travail la distinction établie entre délégation horizontale (intervenant quand deux organes parties à la délégation sont placés sur le même pied hiérarchique: cas des délégations internes admises par Horber, Cf. p. 96) et délégation verticale (où une telle égalité n'est pas assurée). On remarquera qu'Horber considère la délégation verticale comme la forme type de la délégation.

113) Comp. Horber, p. 102.

114) Voir Horber, p. 102 et infra 4.3.

conservent le droit de reprendre à eux, en tout temps, les compétences déléguées ou de retirer au délégué concerné la compétence de procéder à des délégations subséquentes(115).

4.1.3 Effets

Si d'un côté la délégation a pour effet de retirer certaines tâches aux délégants, elle crée par ailleurs de nouvelles obligations à leur endroit. En effet, le système de la délégation ne permet pas un transfert pur et simple de tâches à charge pour le délégué d'organiser ses activités à son gré.

Responsables à l'origine de la bonne exécution de leurs attributions, les administrateurs délégants sont tenus, en cas de délégation, de prendre toutes les mesures nécessaires au bon accomplissement des tâches déléguées. Conformément à l'opinion de la doctrine majoritaire, une délégation étendue a pour effet de transformer les attributions originaires des administrateurs en trois devoirs nouveaux, dont l'exercice ne serait pas requis en cas d'exécution personnelle de la part des administrateurs: devoir de choisir avec soin les délégués, de les instruire et de les surveiller(116).

Lorsqu'elle s'adresse à un délégué non déjà membre d'un organe la délégation a pour effet d'élargir le cercle des personnes responsables de l'administration et conduit à distinguer entre organe formel et organe matériel(117).

Du point de vue du délégué, la délégation a pour effet de l'habiliter à remplir les tâches déléguées(118) sous une forme limitative(119) ou non limitative(120).

En cas de délégation étendue, les membres non directeurs du conseil d'administration acquièrent une position proche de celle des membres du conseil de

115) Comp. Horber, p. 84 et ss. Le droit du délégant originaire de reprendre à lui les tâches déléguées peut s'exercer quelles que soient les instances intermédiaires de la délégation (p. 85). Ce droit appartient également aux délégants intermédiaires s'agissant des tâches valablement déléguées par eux, sauf dans les cas où une instance hiérarchiquement supérieure procède au même moment au retrait des compétences déléguées (p. 91).

116) Cf. infra 4.5.2.2, 4.5.2.3 et 4.5.2.4.

117) Cf. infra 7.3. Cf. aussi Horber, p. 16 et ss, 93/94 et 99.

118) Soit en opérant un élargissement de la sphère de compétences du délégué, soit en établissant par là-même sa sphère de compétences.

119) Lorsque la sous-délégation est exclue.

120) Lorsque l'attribution ultime de la tâche déléguée n'est pas réglée de manière définitive.

surveillance allemand(121). Dans cette hypothèse, la délégation opère une scission de fait à l'intérieur du conseil d'administration entre membres non délégués et membres délégués. L'opposition traditionnelle entre administrateur et directeur doit dès lors faire place à la distinction, plus exacte, à établir entre administrateur non délégué et délégué(122).

4.2 Développement et causes de la délégation

4.2.1 Développement

L'évolution en matière économique et sociale a peu à peu soustrait à l'administrateur les tâches que la loi lui a originellement assignées, pour lui réserver surtout les attributions essentielles au bon fonctionnement de la société.

Un clivage naturel s'est formé entre les activités inhérentes à la haute direction de l'entreprise ainsi qu'à la surveillance y relative d'une part, et la gestion proprement dite, d'autre part. Dans ce contexte, la notion de haute direction recouvre à la fois la politique de l'entreprise et, selon les sociétés, certaines tâches fondamentales relevant de la planification à long terme. La gestion proprement dite comprend, de son côté, les autres tâches moins essentielles ressortissant de la planification à long, à moyen et à court termes(123).

4.2.2 Causes

Elles proviennent de la nécessité de faire bénéficier la société:

- à la fois d'une approche synthétique, d'idées nouvelles et de connaissances hautement spécialisées;
- d'une représentation d'intérêts diversifiés;
- d'une utilisation optimale du temps (limité) que les délégués peuvent consacrer à la société.

121) Cf. Bfürgi, N. 17 ad art. 717 CO, comp. Wander, p. 101. Vischer "Delegationsmöglichkeit", p. 358/359, relève à juste titre quelques différences fondamentales à cet égard:

- contrairement au droit suisse, la direction du droit allemand n'est pas liée par les instructions du conseil de surveillance;
- au droit suisse, la direction est libérée de toute responsabilité lorsqu'elle a raisonnablement suivi les instructions du conseil d'administration; en droit allemand, l'approbation de certaines affaires par le conseil de surveillance ne libère pas la direction de sa responsabilité;
- selon le droit impératif suisse, les décisions fondamentales pour la société doivent être prises par l'ensemble du conseil d'administration, ce qui n'est pas le cas du droit allemand;
- contrairement au droit allemand où la direction ne peut être révoquée par le conseil de surveillance qu'en cas de justes motifs, la direction peut, en droit suisse, être révoquée en tout temps.

122) Soit entre l'administrateur non directeur et le délégué, Cf. schéma de la page 19.

123) Cf. Définitions infra sous 4.4.1.

4.2.2.1 Approche synthétique, idées nouvelles et connaissances hautement spécialisées

Pour pouvoir fixer les lignes directrices de la société et prendre les décisions essentielles au bon fonctionnement de l'entreprise, un certain recul s'avère nécessaire.

La conduite quotidienne des affaires ne permet pas de prendre cette distance. Elle requiert bien au contraire une intégration totale à la société et une disponibilité quasi absolue dans un marché international où les communications fonctionnent 24 heures sur 24 et où les engagements de la société s'avèrent multiples (tant à l'égard des travailleurs qu'à celui des fournisseurs, des clients, des autorités). En apportant l'expérience acquise dans le cadre d'autres sociétés ou activités, les administrateurs sont à même de faire bénéficier l'entreprise envisagée d'idées nouvelles et de leur vision à la fois différente et plus globale du monde extérieur.

Par ailleurs, basé sur une spécialisation fortement marquée, le système d'organisation des grandes sociétés pourrait freiner le développement de réalisations à large spectre. Jouissant d'une vue d'ensemble sur les activités de la société, les administrateurs non directeurs sont en mesure de favoriser de telles réalisations ou la prise éventuelle de nouvelles orientations.

De leur côté, les dirigeants apportent à la société leurs connaissances spécialisées qui font d'eux de véritables experts en matière notamment juridique, économique, financière, sociale et technique.

4.2.2.2 Représentation d'intérêts diversifiés

Grâce à ses administrateurs non directeurs, l'administration constitue le seul organe de la société anonyme à même de discerner les divers intérêts mentionnés sous chiffre 3.1.2 ci-dessus, de les évaluer et de les soupeser lors de la prise de décisions fondamentales pour la société. Les actionnaires minoritaires, par exemple, doivent pouvoir s'adresser au président du conseil d'administration pour exposer leurs revendications ou se renseigner sur les raisons d'une certaine politique.

La direction de son côté est trop proche de la société pour favoriser d'autres intérêts que ceux de l'entreprise elle-même. L'assemblée générale, quant à elle, n'est plus en mesure (pour les raisons exposées sous chiffre 1.2) de prendre des décisions de réelle portée.

4.2.2.3 Utilisation optimale du temps des délégués

Incompatible avec la nécessité de prendre des décisions rapides et la possibilité de se concerter au sein d'un petit groupe responsable réuni dans les meilleurs délais, la disponibilité restreinte des administrateurs non directeurs commande une répartition rationnelle des tâches.

4.3 Base juridique de la délégation

Les nombreuses délégations rencontrées dans la pratique s'insèrent, au moins quant à leur principe, dans le système légal. Les sociétés recourent à un procédé prévu par la loi, en lui donnant toutefois une portée matérielle dépassant la volonté du législateur.

En effet, conformément à l'art. 717 al.2 CO, une délégation intervient valablement si elle est autorisée par les statuts ou par le règlement.

Aux termes du projet de loi, la délégation est valable si:

- elle ne vise pas les attributions inaliénables énumérées à l'art. 716 a al. 1;
- elle est basée sur les statuts (art. 627 ch. 12, 716 b al. 1 et 718);
- elle intervient en conformité du règlement d'organisation que le conseil d'administration a le devoir inaliénable d'établir (art. 716 a al. 1, ch. 2).

L'art. 717 al. 2 CO ne précise pas que le règlement⁽¹²⁴⁾ doit être prévu par les statuts. Toutefois, une comparaison des articles 627 ch. 12 CO et 717 al. 2

124) Eigenmann distingue deux sortes de règlement: le règlement d'organisation et le règlement d'entreprise (p. 15 et ss). Le règlement d'organisation (art. 712 al. 1 CO et 717 al. 2 CO) contient des dispositions sur la composition ainsi que les droits et devoirs des organes. Le règlement d'entreprise de son côté (art. 722 al. 2 CO) régit toutes les questions techniques, financières et pratiques relatives à la direction de l'entreprise. Bien que l'assemblée générale ait la compétence primaire d'établir le règlement d'organisation (p. 18), dans la pratique, selon les cas, les statuts obligent ou autorisent le conseil d'administration à édicter ce règlement (p. 18). Par contre, la compétence primaire d'établir le règlement d'entreprise appartient au conseil d'administration, l'assemblée générale pouvant toutefois se réserver cette prérogative sur la base de l'article 721 al. 2 CO (p. 18). Bürki établit une distinction similaire (n. 34 et 35 ad art. 712 CO).

Sans s'opposer fondamentalement à ces principes, Vischer n'admet pas la théorie selon laquelle une base légale serait nécessaire pour établir la compétence du conseil d'administration d'édicter un règlement d'organisation (p. 365/366). Il estime que, sous réserve du cas prévu à l'art. 717 CO, le conseil d'administration est, de par la loi, compétent pour établir ce règlement dès l'instant où la loi l'autorise à créer des commissions, à nommer des fondés de procuration etc. (ibidem).

En général et dans la pratique un règlement prévoyant l'organisation et le fonctionnement du conseil d'administration, en particulier, est édicté par le conseil d'administration. La loi n'exclut toutefois pas la possibilité qu'un règlement relatif à la question bien précise de la délégation, au sens de l'article 717 al. 2 CO, émane de l'assemblée générale (comp. Eigenmann, p. 16 et ss, not. 18).

Le projet de loi met un terme à toute controverse en prévoyant l'obligation inaliénable pour le conseil d'administration d'établir un règlement d'organisation régissant la gestion, déterminant les postes nécessaires, définissant les attributions attachées à chaque poste et réglant notamment l'obligation de faire rapport (articles 716 a al. 1 ch. 2 et 716 b al. 2).

CO milite en faveur d'une telle interprétation(125). En effet, selon l'art. 627 ch. 12 CO, la faculté de déléguer certains pouvoirs de l'administration à quelques-uns de ses membres ou à des tiers n'est valable qu'à condition de figurer dans les statuts(126).

Incidentement, il convient de noter que contrairement à l'art. 717 al. 2 CO, la répartition de simples tâches de contrôle et de préparation prévue à l'art. 714 al. 2 CO - qui ne constitue pas une base légale en matière de délégation d'attributions du conseil d'administration(127) - n'est soumise à aucune exigence statutaire.

Si la loi autorise expressément le transfert de la gestion et de la représentation, elle ne mentionne pas expressément la possibilité de déléguer les tâches inhérentes à la haute direction (ou haute administration selon la terminologie usuelle de la doctrine).

La question de savoir quelle est la portée de la formulation légale pose le délicat problème des limites de la délégation(128). Le projet de loi tend à supprimer toute ambiguïté en énumérant très précisément les huit groupes d'attributions inaliénables du conseil d'administration (art. 716 a).

125) Comp. Vischer, "Delegationsmöglichkeit", p. 365; Eigenmann, p. 20 et 21; Cf. toutefois infra note (126).

126) Il est intéressant de noter que la nécessité d'une base statutaire ou réglementaire pour opérer la délégation a été singulièrement relativisée, tout au moins en ce qui touche l'assemblée générale. Ainsi Bürgi (N. 20 ad art. 717 CO), dans la lignée de Schucany (N. 3 ad art. 717 CO), fait valoir que si l'assemblée générale a la large faculté de déléguer les tâches prévues à l'art. 717 CO, elle doit disposer du droit moins étendu de prendre une telle mesure de cas en cas par simple décision. Dans le même sens, Reymond, p. 112. Cette opinion est nuancée par Schulthass (p. 77), qui restreint la possibilité pour l'assemblée générale de procéder à la délégation par simple décision, au seul cas où une telle mesure paraît nécessaire, si, en outre, elle ne met pas les intérêts de tiers en danger et n'empiète pas sur les compétences matérielles du conseil d'administration.

En fait, il ne paraît pas souhaitable que l'assemblée générale puisse, par simple décision, modifier un ordre établi par les statuts et le règlement. Il est nécessaire que les administrateurs connaissent la portée exacte de leurs obligations et sachent à quelle responsabilité ils peuvent, le cas échéant, être tenus. Au demeurant, un tel procédé de la part de l'assemblée générale rendrait illusoire le contenu de l'alinéa 12 de l'art. 627 CO. L'interdiction pour l'assemblée générale d'opérer, par simple décision, une modification dans l'attribution des tâches du conseil d'administration a enfin l'avantage de respecter le principe de la séparation des pouvoirs et d'empêcher toute équivoque.

127) Cf. infra 2.2.4. Contra Horber, p. 68 et ss., not. p. 70 qui établit une distinction entre délégation externe (en vertu de l'art. 717 al. 2 CO) et délégation interne (sur la base de l'art. 714 al. 2 CO).

128) Cf. infra 4.4 et ss.

4.4 Etendue de la liberté de déléguer

4.4.1 Définitions/Généralités

En cherchant à définir les tâches déléguables et non déléguables, la doctrine s'est attachée à établir, selon les cas, des distinctions entre administration au sens large/administration au sens étroit, d'une part et entre gestion au sens large/gestion au sens étroit, d'autre part(129).

C'est ainsi que *l'administration au sens large* comprend l'administration au sens étroit et la gestion au sens large(130).

Entrent dans *l'administration au sens étroit ou haute administration ou haute direction* toutes les tâches destinées à garantir le fonctionnement sans heurt de l'organisation interne de la société, soit l'activité directement liée à l'existence de la société en tant que personne morale(131). Font, par exemple, partie de ces tâches: l'ouverture ou la fermeture d'importants centres de production, la fusion ou l'acquisition d'une participation majoritaire dans d'autres entreprises, les investissements importants, la décision de diversifier ou non les opérations de la société ou celle d'étendre ses marchés à de nouveaux pays.

La *gestion au sens large* recouvre la gestion au sens étroit et la représentation, soit l'ensemble des tâches (en rapport avec la vie extérieure de la société) - autres que les compétences inhérentes à la haute direction - contribuant à la réalisation du but social(132). Elle inclut par exemple le choix des fournisseurs, l'obtention de crédits de petite ou moyenne importance, la conclusion de contrats de vente, l'engagement d'employés et de travailleurs, la conclusion de contrats de bail.

La *gestion au sens étroit* comprend l'ensemble des activités internes de gestion sociale (tenue de la comptabilité, inscriptions dans le registre des actions, établissement d'inventaires, tâches relatives à l'assemblée générale, relations avec l'organe de contrôle etc.)(133).

129) Wolfers, p. 14; Meyer, p. 25 et ss; Holzach, p. 14/15; Schulthess, p. 70 et ss; Eigenmann, p. 24, 28 et 29; Bürgi, N. 15 et ss ad art. 712 CO et N. 28 ad art. 714 CO; Schucany, N. 1 ad art. 707 CO; Fritz de Steiger, p. 238; Meier-Wehrli, p. 8 et ss.

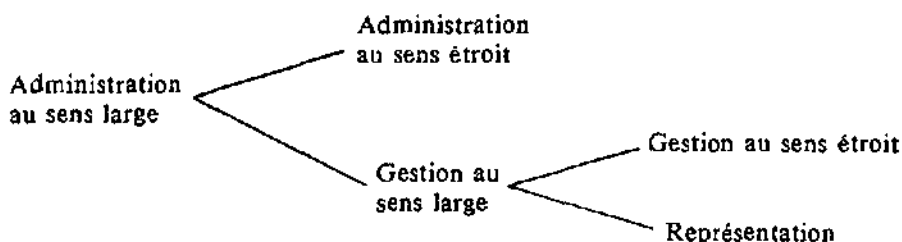
130) Meyer, p. 26.

131) Comp. Meyer, p. 26; Holzach, p. 14; Bürgi, N. 18 ad art. 712 CO; Eigenmann, p. 29; Schulthess, p. 72; Fritz de Steiger, p. 238; Horber, p. 8 et ss. Cette position de la doctrine doit être soigneusement distinguée de la notion développée infra sous chiffre 4.5.2.

132) Funk, N. 1 ad art. 717 CO; Meyer, p. 28; Zimmermann, p. 8; Eigenmann, p. 32; Schulthess, p. 70; Meier-Wehrli, p. 11; comp. Horber, p. 13 et 14.

133) Comp. Schulthess, p. 72.

La relation entre ces différentes notions de ressort plus clairement du schéma suivant:



Des deux composantes de l'administration au sens large, seule l'administration au sens étroit (ou haute administration ou haute direction) serait indélégable, par opposition à la gestion au sens large, délégable(134). La stricte application de cette théorie dans les faits aurait l'avantage de résoudre le problème de la délégalité. Malheureusement, les notions d'administration au sens étroit et de gestion au sens large n'ont pas la même portée chez tous les auteurs. Par ailleurs, plusieurs d'entre eux rejettent la distinction ainsi établie(135).

L'analyse des diverses opinions de la doctrine constitue le point de départ de la recherche entreprise en matière de délégalité.

Bien que le Message du Conseil fédéral du 21 février 1928(136) ait laissé la porte ouverte à une interprétation relativement libérale, l'éventail des positions inventoriées va de l'interdiction totale (ou quasi totale) à la faculté de déléguer toutes les tâches originairement assignées à l'administration. Quatre positions dominantes et une opinion isolée ressortent toutefois de la synthèse des solutions proposées.

4.4.2 Liberté de déléguer: très limitée

4.4.2.1 Doctrine

Pour un nombre restreint d'auteurs, l'administration au sens étroit est indélégable en vertu du principe de l'exécution personnelle.

Meyer, le premier, se réfère au texte de l'art. 717 al. 2 CO pour affirmer que la gestion est délégable à l'exclusion de l'administration au sens étroit; il souligne

134) Cf. infra 4.4.2 et ss. et critique approfondie de Horber, p. 58 et 59.

135) Cf. infra note (129). M. Meier-Wehrli, p. 10, nuance la portée de cette affirmation.

136) "Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi revisant les titres XXIV à XXXIII CO", FF 1928 I p. 223 et ss, spec. 286, Cf. infra note (313).

que cette dernière touche à la structure corporative de la société(137). Il précise que toutes les fonctions ayant trait à la formation de la volonté et à la vie interne de la société ne ressortissent pas à la gestion et ne sauraient être déléguées(138).

A son avis, la notion de gestion est étroitement liée au(x) but(s) de la société. Elle recouvre l'ensemble des activités externes de la société qui entrent dans le cadre du but social(139).

Meyer affirme que toutes les tâches n'entrant pas dans cette définition sont inhérentes à l'administration au sens étroit et ne sauraient être déléguées. Il énumère, sous forme de catalogue, vingt tâches ne ressortissant pas à la gestion et par conséquent, indéléguables(140).

Il constate qu'à part les rapports avec le fisc, ces vingt tâches - résultant, à une exception, de dispositions légales - contribuent toutes à assurer le fonctionnement sans heurt de l'organisation sociale et protègent ainsi les intérêts des actionnaires et des créanciers(141). Selon lui, aucune de ces tâches ne saurait être déléguée, même partiellement, car le législateur entendait régler "une fois

137) Pages 27 -28.

138) Page 28.

139) Ibidem.

140) Le catalogue de Meyer (p. 28 et es) comprend les vingt tâches suivantes:

1. Relations avec le registre du commerce (art. 640 al. 2, 720, 740 al. 2 CO).
2. Préparation de l'assemblée générale (art. 722 al. 2 ch. 1 CO).
3. Convocation de l'assemblée générale (art. 699 al. 1 CO).
4. Direction de l'assemblée générale.
5. Tenue du procès-verbal (art. 722 al. 3 CO).
6. Exécution des décisions de l'assemblée générale (art. 722 al. 2 ch. 1 CO).
7. Tenue de la comptabilité et établissement du bilan (art. 722 al. 3 CO).
8. Avis obligatoire en cas de perte en capital et de surendettement (art. 725 CO).
9. Renseignements aux contrôleurs sur la constitution et la dissolution des réserves latentes (art. 683 al. 3 CO).
10. Publications des décisions de réduction du capital social (art. 733 CO).
11. Surveillance de toutes les personnes chargées de la gestion et de la représentation (art. 722 al. 2 ch. 3 CO).
12. Présentation d'un rapport de gestion écrit à l'assemblée générale (art. 724 CO).
13. Inscriptions dans le registre des actions (art. 685/686 CO).
14. Déclaration de déchéance des droits d'actionnaire (art. 681 CO).
15. Dépôt d'actions (art. 709 CO).
16. Nomination des délégués, directeurs, fondés de procuration (art. 717 al. 2, 721 al. 3 CO).
17. Révocation des mêmes (art. 726 CO).
18. Droit d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts (art. 706 CO).
19. Etablissement correct des déclarations d'impôts.
20. Compétences résiduelles (art. 721 al. 2 CO).

141) Page 32 in fine, page 33 in initio.

pour toutes" la question de la responsabilité, en rendant l'ensemble du conseil d'administration responsable de la violation de chaque attribution figurant au catalogue(142).

Felber s'inspire très largement des observations de Meyer(143). Il est également d'avis que seules la gestion et la représentation sont déléguables. Inaliénable, l'administration au sens étroit comprend pour lui toutes les tâches figurant au catalogue de Meyer, à l'exception des obligations à l'égard du fisc(144). Il justifie aussi cette inaliénabilité par le fait que le législateur entendait faire assumer au conseil d'administration tout entier la responsabilité des attributions envisagées.

4.4.2.2 Critique

Un long catalogue de tâches indéléguables a le mérite de séparer clairement les attributions respectives de l'administration et de la direction; il facilite la détermination des responsabilités. En revanche, de par son caractère strict, il ne tient pas compte des considérations pratiques, comme le devoir de liquider certaines tâches avec un maximum d'efficacité. En outre, l'examen des opinions doctrinales met en relief les difficultés de trouver un accord sur la liste des attributions inaliénables. Enfin, plus la liste de tâches indéléguables est longue, plus il apparaîtra difficile de justifier l'intervention de l'ensemble des administrateurs dans tous les cas, ainsi que l'illustre l'analyse critique suivante du catalogue établi par Meyer.

- Relations avec le registre de commerce (art. 640 al. 2, 720 et 740 al. 2 CO)

L'article 640 al. 2 CO oblige chaque administrateur à signer la réquisition d'inscription de la société au registre du commerce. Il ne s'agit pas là d'une attribution inaliénable du conseil d'administration mais bien plutôt d'une obligation personnelle de chaque administrateur destinée à permettre à la société d'acquiescer sa personnalité.

L'inscription au registre du commerce des personnes représentant la société (art. 720 CO) et des liquidateurs (art. 740 al. 2 CO) vise principalement un but de publicité. Elle ne touche pas au fondement de la société. Elle ne justifie dès lors pas l'intervention du conseil d'administration tout entier. Le texte de la loi ne s'oppose pas à ce qu'un délégué agissant sous la haute direction et sous la haute surveillance du conseil d'administration procède auxdites communications sous sa responsabilité personnelle.

142) Page 33.

143) Page 7 et ss, spec. page 8, note 26.

144) Page 8.

- **Préparation, convocation, direction de l'assemblée générale** (art. 722 al. 2 ch. 1 et 699 al. 1 CO)

La préparation de l'assemblée générale constitue le plus souvent une tâche de routine administrative ne nécessitant pas la mise en commun, par tous les administrateurs, de leurs qualités particulières. Il peut certes s'avérer opportun de consulter les administrateurs non directeurs sur un point extraordinaire. Cependant la participation du conseil d'administration in corpore à l'ensemble de la préparation ne se justifie pas. Ces remarques valent également pour la convocation(145).

Enfin, jusqu'à la désignation du président de séance, la direction de l'assemblée générale est en principe assurée par la personne la plus apte à remplir cette tâche et à en répondre: le président du conseil d'administration(146).

- **Tenue des procès-verbaux du conseil d'administration et de l'assemblée générale** (art. 722 al. 3 CO)

De par son caractère essentiellement technique la tenue des procès-verbaux ne nécessite pas le concours de l'ensemble des administrateurs qui, par ailleurs, sont invités à rectifier toute erreur constatée et, le cas échéant, à demander des éclaircissements sur les points le justifiant.

- **Exécution des décisions de l'assemblée générale** (art. 722 al. 2 ch. 1. CO)

Comptent notamment au nombre des décisions de l'assemblée générale requérant une exécution: la *modification des statuts* (art. 698 al. 2 CO) principalement en matière de division et de réunion de titres (art. 623 CO), d'augmentation du capital social (art. 650 CO), d'émission d'actions privilégiées (art. 654 CO), d'émission de bons de jouissance (art. 657 CO), de réduction du capital social (art. 732 CO), la *constitution de réserves spéciales* (art. 674 al. 2 et 3 CO) et la *dissolution de la société* (art. 736 al. 2 CO).

L'exécution de ces décisions exige une intervention essentiellement technique. Il paraît plus rationnel de confier cette tâche aux personnes compétentes in casu (par exemple à des juristes de la société en cas de modification des statuts ou

145) En pratique, cette compétence est du reste le plus souvent déléguée au président ou au vice-président du conseil d'administration (Fritz de Staiger, p. 203; Cf. auseri Bùrgi N. 2 ad art. 717 CO).

146) Comp. Fritz de Staiger, p. 206.

de dissolution) plutôt qu'à l'ensemble des membres du conseil d'administration, dont l'intervention alourdirait la procédure.

La loi prévoit, par exemple, qu'en cas de réduction du capital social, l'administration fait publier la décision dans la FOSC (art 733 CO). L'intervention d'un seul délégué du conseil d'administration suffit à exécuter cette tâche. Il en va de même de la dissolution de la société anonyme (art. 737 CO).

- Tenue de la comptabilité et établissement du bilan (art. 722 al. 3. CO)

La tenue de la comptabilité ainsi que l'établissement du compte de profits et pertes et du bilan supposent des connaissances approfondies en matière comptable, surtout lorsqu'il s'agit de grandes sociétés. Ils exigent l'application de prescriptions comptables strictes élaborées dans le cadre des principes édictés par la loi. En particulier, l'évaluation des actifs et des passifs (notamment le calcul des amortissements) ne peut être confiée qu'à des experts ou à des personnes ayant, de par leurs activités, acquis l'expérience nécessaire. Cette affirmation est d'autant plus vraie que des décisions capitales pour la société doivent être prises sur la base du bilan (constitution de réserves, distribution de dividendes, avis obligatoire en cas de perte en capital et de surendettement).

Manquant des connaissances nécessaires, les administrateurs non directeurs ne sont pas qualifiés pour remplir ces fonctions⁽¹⁴⁷⁾. Le projet de loi du reste ne compte pas ces tâches au nombre des attributions inaliénables du conseil d'administration (Cf. art. 716 a).

- Avis obligatoire en cas de perte en capital et de surendettement (art. 725 CO)

L'obligation d'aviser l'assemblée générale ou le juge a été édictée en faveur des actionnaires (cas où la moitié du capital social n'est plus couverte, art. 725 al. 1) ou des créanciers (cas où l'actif ne couvre plus les dettes, art. 725 al. 2 et 3)⁽¹⁴⁸⁾.

La loi attribue cette obligation au conseil d'administration. La jurisprudence et la doctrine sont d'avis à juste titre que le conseil d'administration en tant qu'organe - et non ses membres individuels - a qualité pour aviser, selon les cas, l'assemblée ou le juge⁽¹⁴⁹⁾. Cependant, cette position ne préjuge pas de la possibilité de déléguer ou non l'obligation résultant de l'art. 725 CO: la doctrine

147) Guido Petitpierre, p. 70; Frits de Steiger, p. 267.

148) Cf. Bùrgi, N. 2 ad art. 717 CO, selon lequel, les alinéas 2 et ss de l'art. 725 visent à protéger, de manière générale, tous ceux qui sont intéressés à la bonne marche de la société.

149) Cf. Funk, N. 1 et ss ad art. 725 CO; Schucany, N. 1 et ss ad art. 725 CO; Bùrgi, N. 4 et 12 ad art. 725 CO; ATF 86 II 182.

et la jurisprudence s'élèvent tout au plus contre l'intervention d'un administrateur qui ne représenterait pas légitimement le conseil d'administration(150). Bùrgi lui-même admet expressément que l'avis au juge puisse émaner d'un ou de plusieurs administrateurs (et non du conseil d'administration tout entier) si les statuts ou le règlement lui ou leur confient la gestion et la représentation(151). Une autorisation expresse du conseil d'administration in corpore serait par contre nécessaire si la gestion était confiée à un directeur(152).

Il faut bien admettre que, sur le plan pratique, l'exercice de l'attribution découlant de l'art. 725 CO par le conseil d'administration tout entier est inconcevable. En effet, cette disposition suppose que le conseil d'administration apprécie la situation de la société sur la base d'un bilan (annuel ou intermédiaire). Or, le principe de la sincérité du bilan et l'observation de prescriptions bien précises n'empêchent pas les experts-comptables de jouir d'une certaine latitude lors de l'établissement du bilan. Les administrateurs non directeurs ne disposent en général pas des connaissances nécessaires pour se faire une idée exacte de la situation de la société sur la base d'un bilan établi dans de telles conditions. Ils s'attacheront en revanche, dans les limites de leurs possibilités, à examiner d'un oeil critique le bilan et les comptes présentés par les spécialistes et à les soumettre, le cas échéant, à un expert indépendant. Les administrateurs non directeurs s'en remettront dès lors dans une large mesure à l'appréciation de tiers, lorsqu'il s'agira d'examiner si l'une des situations prévues à l'art. 725 CO est réalisée.

Pour les raisons évoquées ci-dessus, force est de reconnaître, avec Bùrgi, que l'avis au juge (et a fortiori à l'assemblée générale) fait partie des compétences déléguables du conseil d'administration(153).

Admettre le principe de la délégation, c'est admettre que non seulement l'exercice de l'attribution découlant de l'art. 725 CO, mais aussi que l'attribution elle-même, à un niveau secondaire, soient du ressort du délégué. En d'autres termes, sur la base de l'article 717 al. 2 CO, le conseil d'administration doit pouvoir déléguer le pouvoir d'évaluer la situation de la société et de décider s'il se justifie ou non d'informer l'assemblée générale ou le juge.

L'importance de la tâche visée ne saurait donc s'opposer au principe de la délégation.

150) Contra SJ, 1967, p. 407 et ss.

151) N. 12 ad art. 725 CO.

152) Ibidem.

153) A cet égard, la distinction opérée par Bùrgi, selon la qualité du délégué ne paraît pas justifiée. Elle découle vraisemblablement du fait que le législateur a attribué spécialement cette tâche au conseil d'administration. Sur la base des développements précédents, ce critère s'avère cependant sans fondement. Cf. aussi l'opinion semblable de Vischer, "Delegationsmöglichkeit", p. 357.

Dans un tel contexte, impérative, l'intervention du conseil d'administration in globo, sous la forme d'un exercice diligent de la haute direction et de la haute surveillance, devrait normalement offrir toutes les garanties souhaitées par le législateur.

En d'autres termes, les initiatives d'un délégué parfaitement instruit, au courant de la situation financière de la société et des conséquences légales qui en découlent, agissant de surcroît sous la haute surveillance du conseil d'administration, doivent satisfaire aux conditions de l'article 725 CO.

On conçoit aisément que, placé devant la délicate tâche d'apprécier la situation de la société au regard de l'art. 725 CO, le délégué concerné sollicite l'avis des membres du conseil d'administration en sus de celui d'experts indépendants. Il n'en prendra pas moins lui-même, sous sa propre responsabilité, la décision finale de convoquer l'assemblée générale ou d'informer le juge.

- **Renseignements aux contrôleurs sur la constitution et la dissolution des réserves latentes (art. 663 al. 3 CO)**

Seules les personnes procédant à la constitution et à la dissolution des réserves sont véritablement à même de renseigner utilement et précisément les contrôleurs sur le déroulement et la portée de ces opérations. En outre, le devoir de renseigner ne suppose pas une prise de décision. Il s'agit d'un acte d'exécution placé sous la haute surveillance du conseil d'administration in corpore, qui veillera avec un soin particulier, en s'adjoignant au besoin le concours d'un expert, à ce que les renseignements soient exacts.

- **Publication des décisions de réduction du capital social (art. 733 CO)**

L'étendue de cette tâche, au caractère strictement exécutif, est définie avec précision par la loi, qui ne laisse guère de liberté d'appréciation à l'administration. De ce fait, l'intervention du conseil d'administration n'est pas justifiée.

- **Surveillance de toutes les personnes chargées de la gestion et de la représentation (art. 722 al. 2 ch. 3 CO)**

A juste titre, cette attribution est considérée comme inaliénable par Meyer(154).

154) Cf. *infra* 4.5.3.

- **Présentation d'un rapport de gestion écrit à l'assemblée générale (art. 724 CO)**

Selon une partie de la doctrine, l'art. 724 CO oblige le conseil d'administration à *établir* le rapport de gestion(155). Toutefois pareille tâche ne peut être exigée que des personnes effectivement chargées de la gestion: elles seules sont suffisamment informées sur l'évolution des affaires sociales, les différents événements ayant marqué la vie de la société, les initiatives prises par certains dirigeants.

Il incombe en revanche aux administrateurs non directeurs d'examiner minutieusement le rapport de gestion établi par leurs subordonnés et d'adopter une attitude critique à son égard, en vérifiant, entre autres, si le budget et les divers plans ont été respectés.

- **Inscriptions dans le registre des actions (art. 685/686 CO)**

Par une analyse détaillée, Spiro démontre que cette compétence est déléguable, avec certaines nuances, quelle que soit la nature des tâches relatives à l'inscription(156).

Les tâches *purement techniques* (établissement et conservation d'un document retraçant exactement les décisions de l'organe compétent, mention des attestations sur les actions) sont déléguables même à des tiers auxiliaires(157). Dans ce cas, la délégation répond à un besoin.

La *constatation des faits* qui conditionnent l'inscription peut également être déléguée: par exemple la vérification de la nationalité du requérant(158). Même les cas compliqués de transfert ne justifient pas nécessairement l'intervention du conseil d'administration. En effet, les conséquences d'un dommage résultant d'une simple constatation ne sont en aucun cas comparables aux risques présentés par une délégation de la gestion au sens étroit. En outre, la possibilité de déléguer cette tâche répond dans de nombreuses situations à un besoin digne de protection: la liquidation rapide de cas simples(159).

La question pourrait se poser différemment lorsque le transfert des actions dépend de la *volonté de la société* qui dispose souvent d'un *large pouvoir d'appréciation*. Si le conseil d'administration exerce lui-même son pouvoir

155) Cf. Schucany, commentaire ad art. 724 CO; Bürgi, N. 3 et 4 ad art. 724 CO.

156) Pages 6 et ss.

157) Page 6.

158) Page 7.

159) Page 7.

d'appréciation et donne des instructions précises aux délégués, la délégation est admissible. Si, en revanche et le pouvoir d'appréciation et le pouvoir de décision sont délégués, la délégabilité pourrait être mise en question(160).

- **Déclaration de déchéance des droits des actionnaires qui ne libèrent pas leurs actions en temps utile (art. 681 CO)**

L'administration a, dans ce contexte, la faculté de déclarer les actionnaires déchus des droits résultant de leur souscription et le droit d'émettre des actions nouvelles. Il s'agit ici d'un droit, non d'une obligation de l'administration, dont elle doit pouvoir librement transférer l'exercice à l'un de ses délégués.

- **Dépôt obligatoire d'actions (art. 709 CO)**

L'administration est chargée de vérifier que le dépôt d'actions intervienne conformément à l'article 709 CO. Exemple type d'attributions administratives d'importance toute relative, cette tâche est à l'évidence déléguable.

- **Nomination et révocation des délégués, directeurs, fondés de procuration (art. 717 al. 2, 721 al. 3 et 726 CO)**

A juste titre, la désignation et la révocation des délégués et directeurs sont considérées comme inaliénables par Meyer(161).

Par contre la désignation et la révocation des fondés de procuration, dont la sphère de compétences, strictement limitée, est sans comparaison avec celle des délégués et directeurs, ne justifie pas l'intervention du conseil d'administration in globo(162).

- **Droit d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts (art. 706 CO)**

On déduit de l'art. 706 CO la possibilité d'intenter deux types d'actions: l'action en constatation de la nullité (absolue ou relative) d'une décision de l'assemblée

160) Page 8.

161) Cf. infra 4.5.2.2.

162) Comp. à cet égard les chiffres 2.2.3, 2.2.5 et 4.5.2.2.

générale et l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale (mentionnée expressément par la loi)(163).

Le conseil d'administration bénéficie de la légitimation active, quel que soit le type d'action intentée(164). Selon la doctrine dominante, cette légitimation appartient au conseil d'administration en tant qu'organe de la société et non à ses membres individuels(165). En effet, le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale forme le corollaire de l'obligation incombant au conseil d'administration de gérer les affaires de la société sous sa propre responsabilité ou de surveiller la gestion, dans les mêmes conditions.

Il en découle que, pour défendre leurs intérêts personnels, les membres individuels du conseil d'administration (ou éventuellement les membres du conseil d'administration mis en minorité) doivent introduire une action en leur qualité d'actionnaire(s) et en leur nom propre: ils ne sauraient représenter le conseil d'administration en tant que tel(166). Cette opinion n'exclut pas que le conseil d'administration en tant qu'organe délègue son droit (il ne s'agit pas d'une obligation) d'intenter action à l'un de ses membres ou à un directeur. Au contraire: si l'introduction de l'action apparaît comme le corollaire du devoir de gestion notamment, et que celui-ci peut être délégué au sens de l'art. 717 al. 2 CO, l'exercice de l'action doit logiquement aussi être délégué.

- Etablissement correct des déclarations d'impôts

Ce devoir suppose des connaissances particulières en matière comptable. Il ne saurait être exercé par les administrateurs non experts, qui doivent pouvoir valablement se fier aux déclarations des spécialistes au service de la société. Les administrateurs non directeurs restent tenus d'exercer avec diligence leur devoir de surveillance en ce domaine.

- Compétences résiduelles (art. 721 al. 2 CO)

L'art. 721 al. 2 CO prescrit que:

"L'administration est autorisée à prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées ou réservées à l'assemblée générale ou à d'autres organes sociaux."

163) Cf. Bürgi, N. 14 ad art. 706 CO; Frits de Steiger, p. 220 et ss.

164) Cf. Bürgi, N. 52 ad art. 706 CO.

165) Bürgi, N. 52 ad art. 706 CO; Funk N. 1 ad art. 706 CO; Schucany, N. 1 ad art. 706 CO citant à cet égard l'ATF 57 II 153 et la Praxis 38/362; Frits de Steiger, p. 228.

166) Cf. Bürgi, N. 52 et 57 ad art. 706 CO et Frits de Steiger, p. 228.

Une seule compétence "résiduelle", la détermination de la politique de l'entreprise, mérite de figurer au rang des attributions inaliénables du conseil d'administration(167). Pour le surplus, l'analyse précédente du catalogue de Meyer démontre clairement que même les tâches de l'administration considérées comme les plus importantes sont en principe toutes déléguables. Dès lors, il apparaît hautement improbable qu'une attribution (autre que la politique de l'entreprise) fondée exclusivement sur l'art. 721 CO (et non tirée implicitement d'une autre disposition) puisse revêtir un caractère d'inaliénabilité.

4.4.3 Liberté de déléguer: limitée à très limitée

Deux auteurs forment la transition entre les partisans d'une liberté de déléguer très limitée et la majorité de la doctrine pour laquelle la liberté de déléguer doit être (modérément) limitée en vertu de quelques critères précis.

4.4.3.1 Doctrine

Pour *Schulthess*, l'administration au sens étroit n'est pas déléguable contrairement à la gestion au sens large(168). L'administration au sens étroit comprend toutes les tâches relatives à l'organisation interne de l'entreprise(169). Elle sert de cadre à l'exercice de toutes les autres fonctions sociales. Elle comprend la prise de décisions fondamentales, la répartition et la délégation des tâches, la nomination des délégués au sens large et les instructions destinées à ces derniers(170). Par opposition, la gestion au sens large consiste en toutes les attributions qui ne sont pas exclusivement réservées à l'ensemble du conseil d'administration et qui peuvent être déléguées à des membres individuels du conseil d'administration ou à des tiers(171).

L'indélégalité des fonctions sur lesquelles repose l'administration en tant qu'organe s'inscrit dans la logique de l'organisation sociale prévue par le droit suisse(172). Dans ce cadre, la société et son conseil d'administration disposent d'un large pouvoir d'appréciation en matière de délégabilité, qu'ils doivent

167) Cf. infra 4.5.2.1.2.

168) Cf. pages 72/73.

169) Page 72.

170) Pages 72/73.

171) Page 73.

172) Ibidem.

toutefois exercer avec une certaine retenue(173). La délégation du devoir de haute surveillance est par exemple exclue(174).

A l'instar de Meyer et Felber, Schulthess dresse une longue liste de compétences en principe indéléguables(175). Sur un point important, il se distancie toutefois de ses prédécesseurs. Partant du principe que le conseil d'administration ne peut s'exonérer en règle générale d'une responsabilité liée à l'exécution des tâches dites inaliénables, il considère que dans les grandes sociétés le conseil d'administration n'est pas toujours à même de remplir toutes ses tâches. Il admet dès lors, comme Bürgi par la suite, qu'en cas de délégation intervenue en conformité du devoir de diligence(176), une réduction appropriée de la responsabilité des délégués se justifie(177).

Bürgi relève que l'administration au sens étroit, soit "l'ensemble des tâches garantissant le bon fonctionnement de l'organisation interne" est indéléguable(178). A l'instar de Meyer, Felber et Schulthess, il énumère une vingtaine d'attributions indéléguables et insiste particulièrement sur l'inaliénabilité de la haute surveillance sur l'ensemble de la gestion(179). Il ajoute que cette liste peut être complétée par les statuts ou un règlement prescrivant l'inaliénabilité de compétences telles que la vente ou l'achat d'immeubles, la conclusion de prêts hypothécaires, l'adhésion à des associations diverses(180). Il admet avec Eigenmann et Schulthess que, dans la pratique, le conseil d'administration des grandes sociétés n'est pas en mesure de remplir toutes les tâches qui lui sont assignées par la loi et que nombre d'attributions dites inaliénables sont en réalité déléguées(181). Ce processus tend à transformer le conseil d'administration en conseil de surveillance. Au vu du développement de cette pratique, Bürgi préconise une application modérée des dispositions sur la responsabilité de l'administration. Une délégation compatible avec le devoir de diligence devrait permettre de répartir équitablement la responsabilité entre délégués et délégués(182).

173) Page 74.

174) Page 76.

175) Ibidem.

176) Cf. infra 5.3.

177) Page 76.

178) N. 18 ad art. 712 CO. Comp N. 22 et ss ad art. 717 CO.

179) N. 19 ad art. 712 CO, N. 23 ad art. 717 CO.

180) N. 20 ad art. 712 CO.

181) N. 21 ad art. 712 CO.

182) N. 26 ad art. 712 CO.

En toute éventualité, le conseil d'administration ne doit pas se défaire des attributions inhérentes à la haute direction et à la surveillance de l'entreprise, notamment des compétences attachées à sa position d'organe suprême de surveillance (décrites à l'art. 722 al. 2 ch. 3 CO)(183).

4.4.3.2 Critique

Ces opinions hésitant entre sévérité extrême et moyenne méritent, partiellement au moins, les critiques à la fois de la première et de la troisième catégorie des théories doctrinales(184). Dans tous les cas, elles se distinguent par leur manque de rigueur.

4.4.4 Liberté de déléguer: limitée

4.4.4.1 Doctrine

La majeure partie de la doctrine considère comme indéléguables un nombre relativement limité d'attributions qu'elle s'efforce, selon les cas, de classer ou de circonscrire.

Spiro s'élève contre l'opinion de ses prédécesseurs (Meyer, Felber) selon lesquels l'art. 717 CO ne prévoit que la délégation de la gestion (et de la représentation) à l'exclusion de l'administration au sens étroit, absolument indéléguable. Ce point de vue ne correspond ni à la réalité, ni aux besoins de nombreuses sociétés(185).

Par ailleurs, sur le plan juridique et légal, le terme "gestion" est utilisé dans de nombreuses acceptions allant de la plus étroite à la plus large. Dans le cadre de l'art. 717 CO, gestion et représentation sont juxtaposées: même en attribuant un sens étroit au concept de gestion, ce libellé milite en faveur d'une large possibilité de déléguer. De surcroît, l'autorisation expresse de déléguer certaines tâches n'emporte pas nécessairement a contrario l'interdiction de déléguer les autres attributions(186). La délégation n'est cependant pas sans limite. Il serait en effet inadmissible que le conseil d'administration aliène toutes ses compétences en bloc et sans réserve: la loi exige de manière impérative l'existence d'un conseil d'administration pour l'accomplissement, in corpore, de certaines tâches minimales expresses ou tacites (cas où la délégation est incompatible avec l'essence même de la société). Même dans les cas où les statuts admettent

183) N. 14 et 28 ad art. 717 CO.

184) Cf. infra 4.4.2.2 et 4.4.4.2.

185) Page 2.

186) Page 3.

largement la possibilité de déléguer et où la loi est muette, la délégation n'est pas autorisée, si la réalisation des objectifs qu'ont cherché à atteindre l'assemblée générale ou le législateur en désignant le conseil d'administration, au travers respectivement des statuts ou de la loi, est empêchée ou gravement compromise(187).

L'existence d'une limite de la faculté de déléguer ne faisant pas de doute, il convient de savoir où situer cette limite(188). Il s'agit d'un problème à examiner de cas en cas, en respectant la volonté du législateur de tenir compte de tous les intérêts et d'empêcher les abus. Dans ce cadre, la délégabilité dépend aussi de la possibilité pour le conseil d'administration de retirer les pouvoirs délégués en tout temps, d'intervenir à son gré et de donner des instructions obligatoires.

A la question de savoir si toutes les tâches spéciales assignées au conseil d'administration par la loi, respectivement par les statuts, doivent être considérées comme indéléguables, Spiro répond par la négative. Une telle solution supposerait un raffinement de technique que n'exigent ni la loi ni la majorité des statuts.

Une interprétation des dispositions légales concernées doit conduire à une solution libérale: dans le doute, il faut admettre une large faculté de déléguer. En effet, le législateur s'est efforcé de permettre à un large éventail de sociétés aux besoins divers de revêtir la forme de la société anonyme. En conséquence, il a volontairement prévu un minimum de dispositions relatives à l'organisation de la société anonyme. La possibilité de recourir ou non à la délégation constitue, pour une société, l'un des moyens les plus efficaces d'adapter son organisation à ses nécessités(189).

Holzach penche également en faveur d'une solution libérale en s'élevant contre les thèses simplistes. Il est d'avis que l'indéléguabilité de la haute administration ne se justifie ni dans la théorie, ni dans la pratique. Il n'existe du reste à son sens pas de critère absolu pour délimiter les tâches indéléguables des tâches déléguables. Seule la volonté du législateur tendant à imputer aux administrateurs la responsabilité de l'administration au sens étroit justifie, à ses yeux, la distinction établie entre gestion et administration au sens étroit. Cela n'exclut

187) Page 4.

188) Ibidem.

189) Page 5.

pas, que le conseil d'administration puisse déléguer une partie de ses attributions à certains de ses membres et conférer diverses compétences à des tiers en tant qu'auxiliaires(190).

Holzach énumère ensuite quelques-unes des tâches désignées par Meyer comme inhérentes à l'administration au sens étroit et démontre qu'une interdiction de les déléguer serait impensable(191).

Il distingue enfin trois catégories de tâches indéléguables(192):

- les tâches sans lesquelles l'existence du conseil d'administration serait dépourvue de justification (haute surveillance de la gestion et de l'administration, détermination de la politique de l'entreprise, convocation de l'assemblée générale, acceptation préliminaire des comptes annuels et décision de les soumettre pour approbation à l'assemblée générale);
- les tâches relatives à l'organisation du conseil d'administration (nomination du président, du vice-président et du secrétaire du conseil d'administration, établissement du règlement du conseil d'administration, formation de comités, choix des délégués, exercice des droits prévus à l'art. 726 CO);
- les tâches expressément assignées au conseil d'administration in corpore par les statuts (par ex.: choix de la direction, établissement de règlements, négociation ou approbation de contrats d'une certaine importance, détermination des traitements des administrateurs).

Holzach se base en outre sur les critères définis par Spiro pour tracer, de manière générale, les limites de la non-déléguabilité.

190) Page 15.

191) - Responsabilité du conseil d'administration pour la tenue correcte du procès-verbal (art. 722 al. 3 CO)

Selon la doctrine et la pratique, il n'est pas nécessaire que le rédacteur du procès-verbal soit un membre du conseil d'administration.

- Devoir de tenir la comptabilité et devoir d'établir le bilan (art. 723 al. 3 CO)

Il est impossible que le conseil d'administration accomplisse ces deux tâches qui doivent nécessairement être déléguées. Le contrôle même de la comptabilité, n'est pas du ressort du conseil d'administration, puisque la loi lui prescrit expressément de s'en remettre, pour l'exécution de cette tâche, à l'organe de contrôle, à une instance de contrôle interne, ou, le cas échéant, à des contrôleurs externes.

- Devoir d'établir le rapport de gestion (art. 724 CO)

Personne ne s'attend à ce que le rapport de gestion soit dressé par le conseil d'administration in corpore.

- Tenue du registre des actions (art. 685 CO)

Cette tâche est également déléguable.

192) Pages 17 et 18.

Dans le même esprit que Spiro, *Hirsch* rejette l'identité administration au sens étroit/compétences indéléguables et gestion/compétences déléguables(193). Les limites de la délégation doivent résulter en premier lieu des principes généraux de l'organisation de la société anonyme. Il importe que le conseil d'administration garde le droit et la possibilité réelle de retirer les pouvoirs délégués(194).

Hirsch énumère quelques tâches absolument indéléguables (organisation interne du conseil d'administration, convocation d'une assemblée générale, décision formelle sur le bilan, droit de révocation prévu à l'art. 726 CO)(194). Il souligne que "la mesure licite de la délégation dépend de la société en cause, de l'étendue de son activité, de la qualité des personnes à qui la délégation est effectuée, de l'importance des questions qui restent dans la compétence de l'administration elle-même, etc."(195).

De même que Spiro, *Holzach* et *Hirsch*, *Vischer* considère comme insatisfaisant le parallèle établi entre administration au sens étroit/non déléguabilité et gestion/déléguabilité. L'administration et la gestion ne sont pas des concepts opposés(196). Le sens courant du mot "gestion" permettrait au conseil d'administration de renoncer à l'ensemble de la conduite des affaires sociales et par là d'aliéner les attributions justifiant précisément son existence(197). Au demeurant, la distinction précitée n'est pas appliquée avec consistance par la doctrine(197).

Vischer admet avec Spiro que la faculté de déléguer se détermine in casu, la limite résultant principalement des intérêts en jeu(197). Il s'agit selon lui d'examiner l'importance de chaque tâche pour la société et d'établir une claire hiérarchie garantissant une répartition de travail optimale. Il insiste sur le fait que la distinction entre tâches déléguables et indéléguables revêt un intérêt principalement dans les grandes sociétés(197).

Passant en revue les principaux domaines de compétences inhérents à l'organisation des grandes sociétés, *Vischer* établit un inventaire des attributions inaliénables, à savoir(198):

193) "Administrateurs", p. 249 et ss, not. 259.

194) *Ibidem*, p. 250.

195) *Ibidem*, p. 259/260.

196) "Delegationsmöglichkeit", p. 549.

197) *Ibidem*, p. 350.

198) *Ibidem*, p. 351 et ss.

- *dans le domaine de la gestion proprement dite(199)*
 - o la haute direction des activités de la société, c'est-à-dire la détermination de la politique de la société et la détermination de toutes les questions touchant à l'existence de la société (dont, notamment, l'engagement dans de nouvelles branches d'activités, l'ouverture et la fermeture d'établissements d'une certaine importance, les pourparlers en matière de fusion ou d'acquisition d'une participation majoritaire, les investissements importants)(200).
- *dans le domaine financier(201)*
 - o l'établissement du bilan et du compte de pertes et profits (art. 722 al. 2 et 3 CO), dans la mesure où l'indélégalité est raisonnablement exigible, notamment, la détermination des règles relatives aux comptes à tenir, aux pratiques en matière d'estimation, d'amortissement et de provision;
 - o la surveillance régulière de la comptabilité;
 - o les décisions fondamentales en matière financière, notamment le maintien de liquidités suffisantes;
 - o le recours à des fonds étrangers ou à l'autofinancement.
 - o les décisions importantes en matière de salaires et de prix.
- *dans le domaine du personnel(202)*
 - o la nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion (sous certaines réserves)(203)
 - o la haute surveillance des personnes chargées de la gestion.

199) "Delegationsmöglichkeit", p. 351/352.

200) Ibidem, p. 352 in fine.

201) Ibidem, p. 353 à 355.

202) Ibidem, p. 355 à 357.

203) Bien qu'il considère ces fonctions comme inaliénables, Vischer estime qu'elles ne doivent pas nécessairement être remplies par le conseil d'administration in corpore. Ce dernier doit dans tous les cas pouvoir conserver la faculté de procéder lui-même, en tout temps, aux nominations et révocations des délégués (Ibidem, p. 356).

- dans d'autres domaines(204)
- o les avis de l'art. 725 CO;
- o le droit d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale (ar. 706 CO)
- o la rédaction d'un rapport de gestion complet et conforme à la vérité (art. 724 CO).
- o les communications à faire au registre du commerce.

Vischer opère en outre un tri parmi les attributions spéciales assignées par la loi à l'administration. Nombre d'entre elles sont déléguables(205). D'une manière générale, il observe, comme Spiro, que la déléguabilité de la gestion dépend de la possibilité pour les délégués de reprendre en tout temps les compétences déléguées, de donner des instructions obligatoires, d'exiger des renseignements des délégués et d'intervenir en tout temps(206).

De leur côté, *Vischer et Rapp* admettent assez largement le principe de la délégation(207). A leurs yeux, toutefois, les motifs ayant déterminé le choix de chaque membre individuel du conseil d'administration jouent un rôle décisif dans l'appréciation de la déléguabilité. Si un administrateur a été désigné en raison de ses connaissances particulières dans un domaine donné, le principe de la confiance exige normalement une exécution personnelle(208). En outre, la collaboration de tous les administrateurs pour régler les questions essentielles - dont la haute direction de la société - s'impose(208). En particulier, chaque membre du conseil d'administration est tenu, sous sa responsabilité personnelle, d'empêcher la formation de rapports de forces incontrôlés au sein ou à l'extérieur du conseil d'administration; il doit par ailleurs personnellement veiller à ce que les personnes chargées de la gestion soient choisies avec soin et reçoivent les instructions appropriées(208).

204) "Delegationsmöglichkeit", p. 357/358.

205) Notamment:

- la tenue du registre des actions
- la préparation et la convocation de l'assemblée générale
- la présidence de l'assemblée générale
- la tenue du procès-verbal
- l'exécution des décisions de l'assemblée générale
- le devoir de publicité de l'article 733 CO (Ibidem p. 357/358).

206) Ibidem, p. 350.

207) Page 150 et ss.

208) Page 151.

Vischer et Rapp proposent enfin, comme base de discussion, une disposition détaillée sur le conseil d'administration et ses compétences(209).

A part les compétences inhérentes à l'organisation de la société au sens étroit(210), *Rolf Bär* considère comme indéléguables les décisions dont la nature même requiert la participation collégiale des administrateurs, parce qu'elles adoptent un programme et entraînent des effets à long terme (établissement d'un plan financier, d'un plan relatif à l'élargissement des activités sociales ou à la gamme des produits, politique de l'emploi, relations publiques, organisation sociale)(211). C'est en effet en vue d'une participation collégiale à de telles décisions que l'assemblée générale désigne un conseil d'administration formé de plusieurs membres aux connaissances et capacités différentes(211).

De manière générale, *Bär* estime avec *Spiro* que sont inaliénables toutes les attributions justifiant l'existence du conseil d'administration(211). Il adhère à l'opinion de la majorité de la doctrine selon laquelle la nomination des délégués, l'obligation de leur donner des instructions et la surveillance de leurs activités sont indéléguables(211). Il souligne que le devoir de surveillance (à l'importance grandissante) doit être exercé dans une mesure raisonnable(212).

Forstmoser et Meier-Hayoz se réfèrent largement à *Vischer* en basant la distinction entre tâches déléguables et indéléguables sur un critère fonctionnel(213). Ils soulignent ainsi que le conseil d'administration doit fixer les bases de la politique de l'entreprise et se prononcer sur toutes les questions touchant à l'existence de l'entreprise, soit notamment sur les questions financières essentielles et sur la politique en matière de personnel(213). Hormis ces tâches, seul subsisterait un très petit nombre de compétences absolument indéléguables de manière formelle (art. 724 à 726 CO et 22 ORC)(214).

Von Greyerz considère comme inaliénables les décisions essentielles pour l'entreprise et toutes les tâches de l'administration touchant au fonctionnement interne de la société soit, notamment(215):

209) Cf. page 152.

210) Préparation matérielle et, dans une certaine mesure, formelle de l'assemblée générale, y compris l'examen en dernier ressort de toutes les propositions et des comptes annuels, initiative d'exécuter une décision de l'assemblée générale ou de l'attaquer en justice (Cf. "Verantwortlichkeit", p. 486).

211) "Verantwortlichkeit", p. 486.

212) Ibidem, p. 486/487.

213) N. 28, p. 180.

214) Ibidem.

215) "Traité", p. 207, sous chiffre 2.

- *parmi les décisions essentielles pour l'entreprise*
 - o la détermination de la politique de l'entreprise,
 - o l'établissement des divers plans de l'entreprise, dont le plan financier,
 - o la fixation des objectifs,
 - o la détermination du rythme de développement de l'entreprise,
 - o la haute surveillance des activités de l'entreprise et la surveillance de la gestion sous l'angle de la légalité.
- *parmi les décisions relatives au fonctionnement interne*
 - o la détermination des propositions à adresser à l'assemblée générale,
 - o l'établissement des comptes et du rapport de gestion,
 - o l'établissement du règlement d'organisation et du règlement d'entreprise (art. 717 al. 1 et 722 al. 2 ch. 2 CO),
 - o la détermination des principes fondamentaux concernant la tenue du registre des actions.

Horber enfin, présente une approche originale difficile à classer. Il forme le lien entre cette catégorie et la suivante. Il commence par constater que le caractère impératif du conseil d'administration comme organe de la société anonyme, le statut de ce conseil en tant qu'organe de haute gestion et de haute surveillance, l'exigence de l'exécution personnelle du mandat d'administrateur constituent certaines limites à la délégabilité(216).

Après une critique des théories existantes sur la délégation, il propose de recourir à un système de trois catégories de critères méthodiques, formels et matériels(217).

L'approche méthodique consiste à isoler l'objet de la délégation de son origine et de son contexte (à le "désinfecter") et à l'examiner sous un éclairage neutre. Ainsi isolée, l'attribution concernée fait l'objet d'un examen de la délégabilité du point de vue formel et, le cas échéant, matériel(218).

216) Pages 65 et 66.

217) Page 66.

218) Pages 67/68.

L'examen formel constitue la condition sine qua non de la délégabilité matérielle. Il consiste à vérifier si les conditions formelles de la délégation sont remplies. Dans la négative, l'attribution est indélégable(219).

Dans la dernière phase se pose la question de savoir si une attribution formellement délégable l'est aussi matériellement. Elle l'est si les compétences résiduelles du conseil d'administration sont suffisamment importantes pour qu'il puisse encore faire face à ses obligations et être soumis à la responsabilité du droit de la société anonyme(220). Dans ce contexte, la haute surveillance constitue une compétence résiduelle ne pouvant faire l'objet d'une délégation(221).

Horber applique ainsi un système dynamique et élastique lors de l'examen de la délégabilité d'une attribution. Ce système est étroitement lié au problème de la responsabilité: une tâche est délégable matériellement si le droit de la responsabilité le permet(222).

4.4.4.2 Critique

Cinq idées principales se dégagent de l'analyse des positions inventoriées dans la section 4.4.4.1:

- **L'admissibilité de la délégation dépend du fait qu'en dépit du transfert de tâches, le conseil d'administration conserve le pouvoir de retirer en tout temps les compétences déléguées pour les exercer personnellement, ou d'intervenir s'il le juge nécessaire, ou encore de donner en tout temps des instructions obligatoires (opinion émise, entre autres, par Spiro, Hirsch et Vischer).**

A lui seul, ce critère s'avère trop vague et trop peu concret, comme le fait du reste lui-même remarquer Vischer(223), pour distinguer entre tâches déléguables et indéléguables. En fait le conseil d'administration devrait toujours pouvoir intervenir si les circonstances le justifient(224).

219) Page 68.

220) Page 71.

221) Page 72.

222) Page 73.

223) "Delegationsmöglichkeit", p. 350.

224) Comp. Horber, p. 61.

- **Les limites de la délégation dépendent des intérêts en jeu (selon Spiro, Holzach, Hirsch et Vischer).**

Le recours à ce (seul) critère, de nature assez souple, ne rencontre pas d'objection fondamentale. L'imprécision de la formule ne permet pourtant pas de juger les effets de son application pratique ni d'en démontrer les failles, le cas échéant. Dans tous les cas, une approche plus structurée paraît nécessaire.

- **Les tâches indéléguables sont celles qui justifient l'existence du conseil d'administration, soit les tâches essentielles au bon déroulement de la vie sociale (les auteurs précités sont unanimes sur ce point).**

Plus précis que les deux premiers, ce critère permet toutefois de nombreuses interprétations puisque les tâches citées par la doctrine (sous réserve de la haute surveillance et, éventuellement, de la détermination de la politique de l'entreprise) ne se recoupent pas nécessairement. Ainsi des attributions considérées comme fondamentales pour la société (établissement du bilan et du rapport de gestion) sont déléguables selon Holzach et indéléguables selon Vischer.

Par ailleurs, alors que certains auteurs énumèrent dans le détail les compétences indéléguables (Holzach et Vischer), d'autres se contentent d'en citer quelques-unes (Hirsch, Bär et von Greyerz) en laissant au lecteur le soin de trancher dans les autres cas.

Enfin, les notions de "tâches essentielles" et "non essentielles" n'ont, respectivement, pas un contenu identique aux yeux des divers auteurs considérés.

- **Les tâches nommément attribuées au conseil d'administration par la loi ne sont pas nécessairement indéléguables (position de Holzach et Vischer).**

Par des analyses convaincantes, Holzach et Vischer se sont attachés à démontrer que certaines tâches expressément assignées par la loi au conseil d'administration sont déléguables, contrairement au point de vue d'une partie de la doctrine. Cette opinion est corroborée par l'analyse du catalogue de Meyer figurant sous chiffre 4.4.2.2. infra.

- **Une tâche est déléguable matériellement si le conseil d'administration conserve des attributions suffisamment importantes pour faire face à ses obligations et être soumis à la responsabilité du droit de la société anonyme (position de Horber).**

Ce critère est loin de résoudre le problème de la délégabilité puisque, beaucoup trop général, il se réfère implicitement à l'examen du cas d'espèce.

En conclusion, les critères de distinction entre les tâches déléguables et indéléguables résultant:

- de la faculté pour le conseil d'administration de retirer en tout temps les compétences déléguées (ou d'intervenir en tout temps);
- des intérêts en jeu;
- des compétences justifiant l'existence du conseil d'administration;

présentent une souplesse appréciable par comparaison avec la solution du catalogue.

A eux seuls, ils ne permettent toutefois pas d'atteindre une sécurité juridique suffisante. Les administrateurs non directeurs (délégants) ne sont pas à même de connaître avec précision les bases de leur responsabilité avant l'intervention du juge. Au demeurant, ce dernier jouit d'un très large pouvoir d'appréciation, dont l'opportunité doit être mise en doute.

4.4.5 Liberté de déléguer: large

4.4.5.1 Doctrine

En s'inspirant des solutions libérales du Conseil fédéral dans son Message du 21 février 1928(225), quelques auteurs ont avancé, d'abord de manière timide, puis avec plus d'audace, des thèses très favorables à la délégation.

C'est ainsi que *Zimmermann* se place sur le plan pratique pour constater que nombre de statuts prévoient, à côté du conseil d'administration, une direction chargée de conduire les affaires sociales, sans établir une limite concrète entre les droits et les devoirs des deux entités(226) Dans ces sociétés, la nature et l'étendue des obligations de la direction se déterminent en général sous l'angle d'un pouvoir d'appréciation régulier, à moins que le conseil d'administration n'adopte des dispositions spéciales plus ou moins détaillées, par voie de décision ou dans le cadre des contrats de travail(227).

L'exigence d'une base statutaire ou réglementaire pour procéder à la délégation ne tient pas compte des exigences pratiques. Même la surveillance de toutes les

225) Cf. infra note (313).

226) Page 23.

227) Ibidem.

affaires de la société par tous les administrateurs est objectivement impossible(227). Il suffit dès lors que le conseil d'administration remplisse ses devoirs dans une mesure acceptable, déterminée selon le pouvoir d'appréciation de chaque administrateur et, à un stade ultérieur, du juge(228).

Ce raisonnement conduit évidemment à admettre très largement la délégation dans la pratique.

Alleman, de son côté, déclare sans ambages que la détermination de l'étendue de la délégation entre dans le pouvoir d'appréciation du conseil d'administration(229). Ce dernier a la faculté de déléguer toutes ses compétences, sous réserve d'une disposition légale impérative en sens contraire (art. 722 et ss CO). En l'absence d'une telle disposition, il n'a même pas l'obligation de prendre les décisions relatives aux affaires sociales les plus importantes, ni à la politique de l'entreprise(230). Rien n'empêche la délégation des questions fondamentales à un comité ou à la direction générale.

La délégation ne saurait toutefois devenir un moyen facile pour les délégants de se décharger de leurs tâches. La désignation de délégués et la répartition des attributions de l'administration doivent s'effectuer conformément au devoir général de diligence et aux règles de la bonne foi(231).

Ayant largement admis la possibilité de déléguer, l'auteur finit par déclarer que, contrairement à l'obligation de donner des instructions, la désignation et la surveillance des délégués relèvent du conseil d'administration in corpore(232).

Eigenmann, quant à lui, commence par établir une liste de compétences inaliénables en se référant au catalogue de Meyer(233). Il fait ensuite remarquer que la plupart des grandes sociétés recourent fréquemment en pratique à la délégation de tâches du conseil d'administration traditionnellement indéléguables(234).

Après une brève analyse de la situation, il finit par se demander s'il ne serait pas préférable d'autoriser formellement la délégation de compétences dites indéléguables, au lieu d'admettre que le conseil d'administration se borne à entériner les décisions prises par les comités et les délégués (sens large). Cette

228) Page 23 et 24.

229) Page 44.

230) Pages 44/45.

231) Page 46.

232) Pages 46 et 47. Les contradictions de l'auteur ressortent notamment de la comparaison des pages 44/45 et 59.

233) Pages 29 et ss.

234) Page 30.

solution aurait l'avantage de permettre une meilleure détermination des responsabilités(235).

Pour *Fritz de Steiger*, la délégation est licite, lorsque la faculté de déléguer est prévue dans les statuts (en vertu de l'art. 627 ch. 12 CO). En outre, les statuts ou le règlement doivent déterminer si les bénéficiaires de la délégation seront des délégués ou des directeurs. Toute la direction technique et commerciale peut être déléguée en conformité de ces règles. Par l'effet d'une telle délégation le rôle du conseil d'administration se réduit à celui d'un organe de surveillance(236).

4.4.5.2 Critique

Contrairement à l'opinion de Zimmermann, Allemann et Eigenmann et, dans une certaine mesure de Fritz de Steiger, le fait que la délégation soit devenue la règle (ou qu'elle soit prévue dans les statuts ou un règlement) ne doit pas permettre de justifier sans autre cette pratique au regard de la loi. En particulier, il serait dangereux de laisser à l'appréciation de chaque administrateur les limites qu'il entend s'imposer.

La faculté générale de déléguer dont les seules limites résulteraient de la volonté même des administrateurs présente un caractère libéral appréciable. Cependant, elle risque aussi de conduire à des abus: les administrateurs peuvent être tentés de déléguer la quasi-totalité de leurs tâches et la responsabilité légale correspondante.

4.4.6 Liberté de déléguer: très large

4.4.6.1 Doctrine

Dans un article postérieur à sa thèse, *Lanz* s'attache à démontrer que la loi se borne à définir, dans leur principe, les tâches nécessaires à la réalisation du but de l'entreprise, en laissant au conseil d'administration le soin de désigner les personnes qui exécuteront ces tâches. La seule fonction du conseil d'administration ne consisterait plus en la direction, mais en l'*organisation de la direction de l'entreprise*(237). Par l'insertion d'une disposition sur la délégation dans les statuts, le conseil d'administration se verrait assigner le devoir de répartir ses attributions légales et d'organiser la société au mieux de ses intérêts(238).

235) Page 32.

236) Page 256.

237) "Organisation", p. 183 et ss, not. p. 185.

238) Ibidem, p. 189.

Lanz insiste sur le caractère dispositif de la loi en ce qui concerne la désignation des personnes chargées des attributions légales, par opposition à la nature impérative de ces fonctions. Dans cet esprit devrait être autorisée toute délégation conforme aux buts de l'organisation, propre en outre à assurer une gestion efficace de l'entreprise et respectueuse des exigences formelles de loi.

4.4.6.2 Critique

L'absence d'une interdiction légale de déléguer les tâches englobées sous la notion d'administration au sens étroit ne permet pas d'inférer, sans restriction, que la délégation de toutes les tâches attribuées au conseil d'administration est admise par la loi.

4.5 Attributions inaliénables du conseil d'administration le corpore, singulièrement des administrateurs non directeurs

4.5.1 Introduction

Les opinions doctrinales exposées sous chiffres 4.4.2 à 4.4.6 n'offrant pas de solution entièrement satisfaisante(239), la question de la délégabilité mérite une nouvelle approche exempte, dans la mesure du possible, des faiblesses des diverses positions inventoriées.

Par souci de rationalité et de simplification, le nombre des tâches indéléguables du conseil d'administration doit être réduit à un minimum. Le droit européen de la société anonyme va dans ce sens en énumérant seulement quatre compétences indéléguables du conseil d'administration dans le cadre du système moniste ("board system").

En vertu de l'art. 21 s de la proposition modifiée d'une cinquième directive(240),

- "1. L'organe d'administration ne peut déléguer ses pouvoirs pour les décisions concernant:
 - a) la fermeture ou le déplacement de l'entreprise ou de parties importantes de l'entreprise;
 - b) des restrictions ou extensions importantes de l'activité de l'entreprise;
 - c) d'importantes modifications dans l'organisation de l'entreprise;

239) *Comp. Horber, p. 58 et ss, not. 62 et ss.*

240) *Journal officiel des Communautés Européennes, C 240 du 9 septembre 1983.*

d) l'établissement d'une coopération durable avec d'autres entreprises ou la cessation d'une telle coopération.

2. La loi ou les statuts peuvent interdire toute délégation de pouvoirs pour des décisions concernant d'autres opérations".

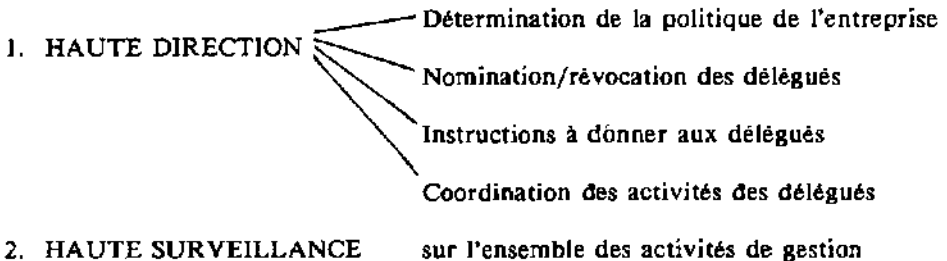
La détermination des attributions inaliénables du conseil d'administration suppose une démarche méthodique dont le point de départ consiste à admettre, avec la doctrine (quasi unanime sur ce point), qu'en toute hypothèse, l'ensemble du conseil d'administration est responsable de la nomination/révocation des délégués, des instructions à leur donner et de leur surveillance.

Mais à eux seuls, ces trois devoirs inaliénables ne justifient pas pleinement l'existence du conseil d'administration. En effet, rappelons que, par opposition aux délégués, les administrateurs non directeurs apportent une dimension nouvelle à la société, ils lui donnent une certaine impulsion, ils déterminent la politique de l'entreprise et coordonnent les activités des délégués. Par là même, les administrateurs non directeurs exercent la haute direction de l'entreprise, constatation que renforce leur devoir de nommer/révoquer les délégués et de leur donner des instructions.

Cette affirmation conduit à distinguer deux groupes de tâches (au caractère fondamentalement opposé) exclusivement assignées à l'ensemble du conseil d'administration d'une société créée sous l'empire du droit suisse: la haute direction et la haute surveillance.

Alors que la haute surveillance se présente comme un ensemble d'attributions supposant la même démarche, la haute direction de la société recouvre à la fois la détermination de la politique de l'entreprise, la nomination/révocation des délégués, les instructions à donner aux délégués et la coordination des activités des délégués.

Sous forme de schéma, les attributions inaliénables du conseil d'administration au sens de ce travail se présentent ainsi:



4.5.2. Haute direction

4.5.2.1 Politique de l'entreprise

4.5.2.1.1 Généralités

La formation de la volonté de la société se manifeste diversément selon les stades auxquels elle intervient. Le groupe d'individus présidant à la formation de la volonté varie non seulement en fonction des stades envisagés mais également d'une société à l'autre. Pour bien situer la notion de politique de l'entreprise il convient de la rattacher aux "systèmes de management"(241) et(242), dont la mise en place est largement déterminée par la culture ou philosophie de l'entreprise.

Cette dernière peut être définie comme "un système de représentations et de valeurs partagées par tous les membres de l'entreprise"(243). Elle comprend l'ensemble des croyances, des connaissances, comportements, compétences et événements propres à une entreprise(244). Elle constitue en quelque sorte le résultat de toutes les valeurs conjuguées auxquelles l'entreprise est attachée.

Cette culture interne se double d'une culture externe. C'est ainsi qu'il existe en Suisse par exemple une culture nationale, puis une culture régionale (culture allemande, culture romande, etc.) et une culture locale. Par ailleurs l'évolution

241) Les "systèmes de management" sont des moyens auxiliaires permettant d'obtenir le contrôle des événements dans des entités telles que les entreprises, les services administratifs etc. (Malik, p. 7/8).

242) Les "systèmes de management" ont pour but de rendre d'autres systèmes, dont les entreprises, contrôlables, dirigeables ou gouvernables (Malik, p. 13).

243) Lemaitre, p. 153.

244) Dans son article sur "Les scénarii d'entreprise", Jean-Pierre Quazza inventorie (p. 54 et ss) quatre domaines "par lesquels toute personne de l'entreprise "connait" sa place dans l'organisation et les manières d'agir face à une situation difficile de façon relativement programmée ou automatique":

- Le modèle des croyances qui contient la raison d'être de l'entreprise, ses finalités, les visions, mythes et valeurs partagés initiés par le fondateur;
- "Le modèle des comportements qui répond au besoin de structuration personnelle des membres de l'organisation et qui prescrit des comportements en réponse à leurs capacités d'adaptation (soyez honnêtes, ouverts, durs, rapides, conciliants, etc.)";
- Le modèle des technologies qui comprend tous les systèmes (structure de l'organisation, système de récompenses et de sanctions) par lesquels l'entreprise a appris du fondateur, puis de ses successeurs, à être efficace pour survivre;
- "Le modèle des sentiments qui répond au besoin des membres de l'organisation d'être reconnus et d'être stimulés au niveau psychologique".

des grands courants socio-culturels exerce également une influence sur la culture de la société(245).

Pour être reconnue comme telle, la culture de l'entreprise doit revêtir deux caractères principaux. Elle doit (1) avoir été inventée, découverte, développée par un groupe donné, (2) en vue de remplir une mission(246). Tel est le cas par exemple de la politique d'IBM en matière de licenciement du personnel(247), de l'UBS en matière de motivation du personnel(248), de Migros en matière de bénéfices(249) et d'une grande société de l'industrie chimique suisse en matière de prise de décisions(250).

Issue d'événements historiques, la culture de l'entreprise est façonnée en partie par les fondateurs de l'entreprise. La transmission des valeurs, structures, systèmes, comportements, répulsions ou préférences dans les organisations ressemble à la transmission d'un patrimoine familial(251). La culture de l'entreprise peut aussi se développer de manière autonome en s'adaptant à l'évolution de l'économie, du droit (par exemple développement du principe de l'équité des salaires), de la société en général(252).

Par conséquent, la détermination de la culture de l'entreprise n'entre, juridiquement tout au moins, pas dans les attributions du conseil d'administration en tant que tel. Il ne saurait dès lors être question de délégation de part du conseil d'administration à ce stade. Mais, dans la pratique, la culture de l'entreprise peut évoluer sous l'influence d'une direction forte(253), voire même

245) Thévenet, p. 11.

246) Ibidem, p. 9.

247) IBM refuse systématiquement de mettre ses employés au chômage; elle ne se sépare d'eux qu'en cas de comportement punissable de leur part.

248) L'UBS, selon les termes de son bréviaire de management, s'efforce de motiver ses collaborateurs, en leur permettant de concourir à la solution des problèmes et en les associant au vécu du succès; elle s'occupe activement de leur développement.

249) En 1948, M. Duttweiler déclarait notamment qu'au lieu d'augmenter le capital ou d'accumuler des réserves, Migros préférerait gagner un crédit moral auprès de ses clients en leur cédant ses principaux bénéfices sous forme de réductions de prix et d'autres services.

250) L'entreprise dont il s'agit a opté pour la prise de décisions collégiales (sous forme de "team") par opposition à des décisions individuelles. Son administrateur-délégué n'a pour ainsi dire pas de compétences propres en cette seule qualité.

251) Quassa, p. 58.

252) Pedrazzini, p. 16.

253) Comp. Pedrazzini, p. 16.

d'un conseil d'administration à la force de persuasion suffisamment grande pour rallier la direction à ses vues(254).

Il résulte de ces considérations que *la culture de l'entreprise sert de cadre à l'édification de la politique de l'entreprise*. Elle en fixe les lignes directrices et les limites(255); elle restreint le champ des évolutions possibles mais ne nie pas la possibilité d'évoluer(256).

4.5.2.1.2 Analyse du concept de "politique de l'entreprise".

Conditionnée par la culture de l'entreprise et assimilée à tort parfois à la planification stratégique, la politique de l'entreprise détermine l'avenir de la société

254) Cas, par exemple, où un conseil d'administration influent souhaite fournir le plus d'informations possible à tous les niveaux de l'entreprise, contrairement aux principes bien établis de la société dans ce domaine et à la position de la direction.

255) Selon Vachette, p. 81, la culture décrit un cadre, plus ou moins rigide, dont la direction doit tenir compte dans la définition des politiques de marché, de gestion ou de communication. Cette approche de la culture d'entreprise n'est opérationnelle, ajoute l'auteur, "qu'en fonction de la confiance que la direction accordera à cette description des "valeurs" communes aux salariés et de l'exploitation qu'elle en fera pour influencer sa prise de décision tant stratégique qu'opérationnelle."

256) Cf. Thévenet, p. 18. L'auteur compare l'entreprise à un très bon sportif de 1,6 m: Il peut espérer devenir un excellent footballeur mais le basket ne lui est pas conseillé. Thévenet pose également le problème de l'apprentissage d'une nouvelle culture. Il indique que l'impératif d'une concurrence internationale peut conduire une entreprise à envisager un changement culturel (ibidem).

en fixant, dans les grandes lignes, ses buts(257), ses potentiels de prestations(258), ses stratégies(259)

257) Aucune organisation ne fonctionne à moins de s'être fixé des buts. Un système cohérent d'objectif pour l'entreprise et pour chacune de ses parties constitue pour chaque membre de la collectivité, quelle que soit sa fonction, une ligne directrice qui donne un sens à son action.

Les objectifs ne doivent pas être confondus avec les projections ou les prévisions. Alors que ces dernières ont un caractère exploratoire et probabiliste, les objectifs sont normatifs et résultent d'une volonté. Le système d'objectifs influence profondément les autres systèmes. Si l'entreprise se propose par exemple d'accroître sa dimension, elle doit adapter son système d'autorité afin de maintenir les lignes de commandement dans une structure plus complexe. Il lui faut aussi amplifier son système d'information et de communication. Si elle opte pour une croissance rapide, il lui faut mettre sur pied un système de motivations (récompenses et punitions) en accord avec son désir d'expansion.

258) Il s'agit ici de définir les forces et les faiblesses de l'entreprise, soit d'étudier les ressources et aptitudes disponibles (Cf. Société Fiduciaire Suisse, Apropos, août 1983, p. 3/4).

259) Dans le domaine de l'entreprise, la stratégie correspond à l'ensemble des décisions majeures qui déterminent l'engagement dans le temps et dans l'espace, des ressources de l'entreprise en vue d'atteindre les objectifs qu'elle s'est fixés.

Cf. aussi de Bodinat et Mercier, p. 103, qui définissent la stratégie comme "la façon dont l'entreprise investit ses ressources financières ou humaines, pour modifier à son avantage ou stabiliser une situation concurrentielle, en fonction des changements présents ou futurs de son environnement". Ils citent comme exemple de décision stratégique majeure la décision de la Régie Renault de renforcer son activité camions (ibidem).

Le rôle primordial joué par l'environnement sur la planification est mis en relief par Martinet dans son article cité dans la bibliographie.

Cf. encore l'article détaillé de Ader sur l'analyse stratégique moderne et celui de de Bodinat sur la segmentation stratégique ainsi que l'article, plus spécialisé, de Béguin sur la stratégie financière, tous cités dans la bibliographie.

(260)(261).

Elle a pour but d'établir les décisions de base réglant les rapports de l'entreprise avec son environnement en fonction de ses dimensions fondamen-

260) La stratégie de l'entreprise s'articule autour de quatre phases; 1. Analyse des objectifs, 2. Recherche de stratégies, 3. Formulation de stratégies, 4. Evaluation des stratégies: Cf. sur ces points Société Fiduciaire Suisse, Apropos, août 1983 p. 7 et ss.

261) Ces différents éléments ont fait l'objet d'une analyse détaillée, par Malik, sous forme de tableau reproduit ci-après de manière simplifiée par souci de rendre cette matière plus concrète.

Malik, p. 17, distingue les buts, potentiels de prestations et les stratégies en fonction de trois concepts: concept des prestations, concept financier et concept social désignés respectivement de a), b) et c):

Buts:

- a) Objectifs marketing (besoins, marchés, position sur le marché, volume du chiffre d'affaires)
Objectifs de produits (genre et qualité, assortiment, quantités produites)
- b) Objectifs de solvabilité (réserve et indices de liquidité)
Objectifs de rendement (absolu, rentabilité)
- c) Objectifs d'ordre social (restrictifs et complémentaires) Objectifs relatifs aux collaborateurs

Potentiels de prestations:

- a) Potentiel en personnel
Potentiel en locaux
Potentiel technique
Biens de consommation
- b) Volume du capital
Structure du capital (degré de financement et de couverture)
- c) Potentiel relatif à la société (financier, personnel, matériel)
Potentiel relatif aux collaborateurs

Stratégies:

- a) Stratégies de développement des prestations de marché
Stratégies de fourniture de prestations
Stratégies de mises en valeur des prestations
Stratégies de l'acquisition et de la gestion du potentiel de prestations
- b) Stratégies de rentabilisation (accroissement, surveillance)
Stratégies de financement (distribution des bénéfices, acquisition de capital, surveillance du capital)
- c) Normes de comportement en rapport avec la société (manière de conduire les affaires, comportement à l'égard de l'Etat et des groupes sociaux)

Normes de comportement en rapport avec les collaborateurs.

tales et en faisant abstraction des particularités que peut présenter l'organisation au sein de l'entreprise ainsi que des structures concrètes de planification"(262)((263).

Les buts et stratégies définis dans leurs grandes lignes ne sont pas encore opérationnels(264). Ils constituent des guides que les dirigeants s'efforcent de suivre.

Il est toutefois essentiel qu'au stade de la politique de l'entreprise déjà les buts et comportements concrets soient pris en considération, de manière à éviter tout "déraillement" dans le processus (à effet de cascade) de décisions. En d'autres termes, les lignes directrices fondamentales de la politique de l'entreprise doivent toujours être orientées vers des buts et des comportements concrets(265).

Par là même, la politique de l'entreprise est intimement liée à la planification à long terme. Il est parfois difficile de rattacher une décision à l'un ou l'autre de ces domaines. Ainsi en va-t-il des "buts stratégiques" (d'ailleurs non définis) auxquels se réfère le Conseil fédéral dans son Message du 23 février 1983 à l'appui du projet de loi(266).

D'une manière générale, plus un but est concret, moins il ressortira à la politique de l'entreprise qui ne s'attache pas à fixer des buts opérationnels. Ainsi, pour une société anonyme dont le but social serait la fabrication et la vente de machines agricoles, les buts stratégiques non opérationnels pourraient inclure: la fixation, dans ses grandes lignes, d'un rythme de production croissant pour les dix à vingt prochaines années, l'abandon à une certaine échéance, non encore définie avec précision, des lignes de machines déficitaires, l'introduction de techniques nouvelles au plus tard dans les deux ans suivant leur découverte, la

262) Malik, p. 18.

263) Une société fait ainsi de la politique d'entreprise lorsqu'elle décide de devenir, par exemple, le premier producteur d'appareils de technologie de pointe dans l'électronique de divertissements.

Elle atteindra son objectif en premier lieu par la promotion du service de développement. Elle élaborera ensuite les stratégies en fonction de son potentiel de prestations. C'est ainsi qu'elle adoptera une stratégie de développement des prestations de marché (amélioration de l'utilisation et du design du récepteur/amplificateur Y), une stratégie du marché (augmentation de la part du marché de 20 à 30% sur le marché (suisse) existant et des stratégies fonctionnelles (constitution d'un groupe de projet en vue d'améliorer l'utilisation et le design, présence publicitaire accrue, remise d'un appareil de test aux revendeurs sous contrat etc.) Cf. à ce sujet Société Fiduciaire Suisse, Apropos, août 1963 p. 8.

264) Ulrich, "Die Unternehmung, als produktives soziales System", p. 327.

265) Ainsi le développement projeté par une multinationale pour les vingt prochaines années, par exemple, devra tenir compte des capacités financières, techniques et des forces de travail mises à disposition de la société, de même que l'environnement politique et social dans lequel la société doit se développer.

266) FF 1983 II p. 949 in initio.

diversification des activités à certaines conditions. Supposons, dans un autre cas, une société se proposant de coordonner sur le plan mondial les activités de ses filiales spécialisées dans la révision comptable et fiscale. Une telle société pourrait se fixer comme but stratégique (non opérationnel) l'acquisition par ses filiales, sous une dénomination uniforme au niveau mondial, d'une solide notoriété basée sur l'application de pratiques uniformisées en matière de révision comptable et fiscale.

Des buts plus précis et plus contraignants sortiraient du domaine de la politique de l'entreprise. Leur détermination requerrait du reste l'intervention de dirigeants hautement qualifiés, mieux à même d'évaluer l'ensemble des données permettant la fixation de buts opérationnels.

Il ressort des développements précédents que la formation de la volonté initiale de la société ne saurait être considérée comme un acte isolé, mais bien plutôt comme une phase d'un processus global de prise de décisions dont les implications rejaillissent sur les activités des échelons inférieurs(267). Cet état de fait suppose qu'une analyse d'ensemble soit entreprise à la base. Il requiert également une information préalable et des connaissances suffisantes en matière économique, sociale et politique.

La détermination de la politique de l'entreprise devrait incomber à l'assemblée générale des actionnaires du fait de sa qualité d'organe suprême de la société(268). Toutefois, vu les compétences qu'elle requiert, cette tâche est (dans la pratique) très souvent assumée par le conseil d'administration(269). Cette pratique s'inscrit dans le cadre de la loi: en vertu de l'art. 721 al. 2 CO, le conseil d'administration est autorisé à prendre les décisions qui ne sont pas expressément attribuées à l'assemblée générale. Elle répond en outre à des considérations d'ordre rationnel: les décisions prises par un petit groupe, mieux informé que l'assemblée générale, au terme d'un temps raisonnable de maturation, serviront de manière optimale les intérêts de la société.

La nécessité de tenir compte, à ce stade déjà, des buts et comportements sociaux concrets contraint le conseil d'administration à s'entourer d'experts (directeurs, hauts collaborateurs) - pour développer la politique de l'entreprise. Il arrive fréquemment que cette dernière soit proposée par les dirigeants de l'entreprise, pour approbation, au conseil d'administration qui en examine le contenu et exerce la haute surveillance.

267) Comp. Ulrich, "Die Unternehmung als produktives soziales System", p. 206.

268) Pedrazzini, p. 17.

269) Pedrazzini, p. 18; comp. von Greyerz, "Traité", p. 197 et 207, pour lequel la détermination de la politique de l'entreprise appartient exclusivement au conseil d'administration.

Juridiquement néanmoins, partie intégrante de la haute direction de la société(270), cette tâche reste de la compétence exclusive du conseil d'administration qui se l'est vu attribuer dans la pratique. Une délégation de compétences par le conseil d'administration s'avère dès lors inconcevable à ce deuxième stade de formation de la volonté sociale.

4.5.2.1.3 Distinction entre politique de l'entreprise et planification à long terme

Le système de planification à long terme transforme le produit du système de politique "en données plus concrètes, appliquées aux différents domaines de l'entreprise"(271).

Le produit de ce système comprend l'ensemble des plans élaborés à long terme.

Transformé à son tour en données plus concrètes, le produit du système de planification à long terme permet d'élaborer un système de planification à moyen terme qui, par le même processus, débouchera sur un système de disposition. Basés sur ces plans, les systèmes de disposition visent à assurer l'exécution immédiate au niveau opérationnel (comme par exemple, la gestion des stocks, le traitement des commandes, etc.)(271). En fait, la planification à long terme reprend les données énumérées dans la note (261) en fixant des dates plus précises de réalisation, des chiffres plus précis en matière de finances et de quantités, en formulant les stratégies de manière à tenir compte des réalités immédiates.

Ainsi, par exemple la planification à long terme du personnel consiste à fournir à l'entreprise, dans des délais appropriés, le personnel quantitativement et qualitativement nécessaire à chacune des fonctions en vue d'atteindre les buts de l'entreprise.

Contrairement à la planification à moyen et à court termes (quelques fois appelées planifications opérationnelles), la planification à long terme est conçue à partir d'orientations générales et d'objectifs à long terme de l'entreprise qui sont régulièrement réexaminés. C'est ainsi, par exemple, qu'une planification stratégique à cinq ans, axée sur la notion de rendement du capital investi, fut introduite en 1973 chez Chocolat Suchard SA. Comme la planification à un an, elle se subdivisait en différentes parties (comprenant un plan de ventes qui servait de base à la préparation des autres plans, un plan de production, un plan

270) Cf. art. 718 a al. 1 ch. 1 du projet de loi (faisant de la haute direction de la société une attribution inhérente au conseil d'administration) ainsi que le Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 (FF 1983 II 949 in initio) et les observations y relatives, infra sous 4.6.2.1.

271) Malik, p. 20.

d'investissements, un plan d'achats, un plan de personnel, un plan de coûts, un plan financier).

La planification à long terme constitue l'un des principaux objets de l'entreprise(272). Elle s'efforce de prendre en considération toutes les variables qui influent les décisions (prévisions de l'environnement, évaluation de la position stratégique de l'entreprise etc.). Son objectif est de réduire les incertitudes, de faciliter les choix, de permettre le contrôle.

A ces divers titres, la planification à long terme constitue, dans la pratique, l'une des activités essentielles de la direction générale. La responsabilité ultime de cette fonction ne saurait être déléguée par la direction générale qui, par ailleurs, peut confier des tâches de préparation et d'exécution de la planification à certains cadres et s'entourer de la collaboration de personnes directement subordonnées ou d'un service spécial de planification.

4.5.2.2 Nomination et révocation des délégués

La nomination des délégués, qui remplissent des fonctions primordiales au sein de l'entreprise, mérite une attention particulière(273). Certains auteurs la considèrent comme l'attribution la plus importante du conseil d'administration(274).

Elle implique notamment le devoir de s'assurer (i) que les intéressés sont capables de remplir correctement leurs tâches, (ii) que leurs qualifications correspondent aux exigences requises par les fonctions à assumer et (iii) que les délégués présentent les qualités morales nécessaires à l'accomplissement des tâches de gestion(275).

Le choix portera de préférence sur des hommes et des femmes expérimentés, à forte personnalité, mais disposant néanmoins d'assez de flexibilité pour s'intégrer à un collège de dirigeants. De nombreuses décisions devront en effet être prises, même pour des secteurs particuliers, en tenant compte de leur impact sur l'ensemble des divisions.

Si la doctrine, quasi unanime, compte le devoir de nommer les délégués au nombre des tâches inaliénables du conseil d'administration, la portée de cette attribution est appréciée différemment selon les auteurs. D'aucuns limitent la

272) Cf. sur ce point Société Fiduciaire Suisse, *Apropos*, août 1983, p. 12; Kredietbank, *Bulletin hebdomadaire*, 37ème année, N. 25 du 18 juin 1982 sur la "Planification de l'entreprise"; Richard F. Vancil, "Faut-il bâtir des plans exacts?", *Harvard-L'expansion*, automne 1976, p. 9 et ss.

273) *Comp. Message du Conseil fédéral*, FF 1985 II 861.

274) Cf. Hans Bär, p. 89; Meier-Wehrli, p. 36.

275) Cf. Bürgi/Nordmann-Zimmermann, N. 79 ad art. 753/754, CO; Allemann, p. 46.

"culpa in eligendo", notamment lorsque le délégué est membre du conseil d'administration(276). A l'opposé, d'autres estiment que les délégués devraient vouer dans chaque cas le même soin à la désignation des délégués, qu'ils soient administrateurs ou directeurs(277). En effet, la nomination des administrateurs par l'assemblée générale ne permet pas de présumer que les intéressés présentent les mêmes aptitudes à remplir chaque tâche particulière. En toute éventualité, le conseil d'administration ne saurait se voir reprocher une violation du "cura in eligendo" (d'ailleurs difficile à prouver(278)), lorsque les délégués sont désignés par l'assemblée générale(279). Enfin le pouvoir de nommer les délégués comprend, en règle générale, celui de définir leur compétences (Cf. sur ce point infra 6.3).

En cas de grave incompatibilité entre délégués, le conseil d'administration peut révoquer respectivement le mandat particulier d'administrateur-délégué et le contrat de travail des directeurs. Confier cette tâche au conseil d'administration in corpore permet notamment d'éviter que des situations délicates ne dégénèrent en conflits personnels où, utilisant sa position de force, un délégué écarte un autre délégué devenu gênant. Ces observations s'appliquent mutatis mutandis au cas de mauvaise exécution imputable à un délégué particulier.

Enfin il sied de relever que, même si les délégués ne sont matériellement pas toujours désignés dans la pratique par les administrateurs(280), la nomination et la révocation formelles, ainsi que la responsabilité y afférente incombent dans tous les cas au conseil d'administration in corpore.

4.5.2.3 Instructions aux délégués

L'article 722 al. 2 ch. 2 CO prévoit que l'administration est tenue de "donner les instructions nécessaires à la direction".

Ce libellé accorde assez de flexibilité aux sociétés pour tenir compte des circonstances individuelles. La plupart des auteurs sont opposés à l'établissement de principes détaillés destinés à régir l'activité des délégués. En effet ces derniers s'avèrent nécessairement plus qualifiés que les administrateurs non

276) Cf. Wolfers, p. 130; Horber, p. 128.

277) Hirsch, "Administrateurs", p. 280.

278) Selon Meier-Wehrli, la preuve d'une violation du "cura in eligendo" suppose que les délégués aient, déjà au moment de la délégation, des raisons de douter des aptitudes des délégués à remplir les tâches transférées (p. 36). Burckhart explique la difficulté de rapporter cette preuve par le fait que la loi ne pose pas d'exigences particulières en ce qui concerne les délégués (p. 70). La surveillance devra être d'autant plus étroite si la personne choisie offre peu de qualifications (ibidem).

279) Notamment Vischer, "Delegationsmöglichkeit", p. 366.

280) Cf. notamment Lanz, "Thèse", p. 80.

directeurs pour mener à bien leur mission(281). En outre, le devoir de donner des instructions ne saurait s'appliquer à chaque affaire individuelle, sans rendre illusoire l'indépendance des délégués dans l'exécution de leurs tâches et l'exonération correspondante de la responsabilité des délégués(282).

Positivement, la délégation oblige les délégués à créer un système d'organisation garantissant une bonne circulation de l'information et leur permettant d'intervenir sous forme de conseils ou d'injonctions(283).

Trois types fondamentaux d'instructions peuvent, me semble-t-il, être distingués(284):

- les instructions originaires relatives aux lignes directrices et à la politique de l'entreprise (Cf. infra 4.5.2.1);
- les instructions facilitant la surveillance de la gestion de la société par les administrateurs non directeurs;
- les instructions données de cas de cas, selon les nécessités de la vie de la société.

Parmi les premières, on classera les *instructions fondamentales destinées à servir de cadre et de guide* aux personnes chargées de la gestion. Ces instructions fixent l'orientation de la société, les principes selon lesquels elle sera dirigée dans des secteurs aussi divers que les domaines personnel, technique financier, commercial et politico-social. Ainsi seront par exemple fixés les montants maximaux pour lesquels les dirigeants seront habilités à contracter en matière immobilière ou en matière d'investissements à l'étranger. De même, les instructions fondamentales pourront-elles indiquer les pays avec lesquels la société ne devra en aucun cas contracter. L'interdiction faite aux administrateurs d'accepter un mandat de délégué dans une autre entreprise pourra également figurer au rang des instructions fondamentales.

En outre, elles porteront sur les buts stratégiques de l'entreprise, sur les actions à entreprendre ou non dans certaines circonstances et, le cas échéant, sur la manière de résoudre certains problèmes ou conflits.

281) Holzach, p. 76; Vischer, "Delegationsm5glichkeit", p. 367; Frits de Steiger, p. 257; Horber, p. 118.

282) Cf. Holzach, p. 76. L'auteur souligne que le devoir de donner des instructions peut même s'avérer irrelevant dans le cas où le comité du conseil d'administration est formé d'administrateurs ayant participé à la détermination des lignes directrices de l'entreprise (ibidem); par ailleurs, des généralistes ne sont guère à même de donner des instructions à des spécialistes, l'où la difficulté de prouver l'existence d'une violation du *cura in instruendo*, cf. Horber, p. 118 et 124.

283) Cf. Horber, p. 117.

284) Contra Holzach, p. 76, pour lequel les instructions ne concernent que l'établissement des lignes générales de la politique de l'entreprise.

Si, dans ce cadre, pour des raisons pratiques, l'orientation des nouveaux membres ou collaborateurs de la société ne peut pas toujours être assurée par tous les membres du conseil d'administration, il incombe à l'ensemble des administrateurs de veiller à ce que les instructions fondamentales soient portées à la connaissance des délégués.

A côté des instructions fondamentales doivent figurer des *instructions facilitant la surveillance des administrateurs non directeurs sur la gestion de la société*. Ces derniers s'attacheront à mettre en place un système permettant l'exercice de leur surveillance. Ils exigeront à cet égard diverses formes de rapports à des échéances différentes. Ils prévoiront des rencontres plus ou moins espacées pour engager la discussion sur le contenu de ces rapports. Ils favoriseront l'instauration d'un système de contrôle des finances et, le cas échéant, de contrôle interne des comptes aussi bien matériel que formel. Dans la mesure du possible, le conseil d'administration in corpore fixera les lignes directrices sur l'établissement du bilan et du rapport de gestion. Toutes ces tâches supposent la transmission d'instructions appropriées aux délégués.

Quant aux *instructions données de cas en cas*, elles dépendent de circonstances précises existant à un moment donné. Elles peuvent concerner en particulier la voie à choisir en cas d'élargissement des marchés, de fermeture d'une filiale, de licenciement du personnel, de la diversification de la production.

4.5.2.4 Coordination des activités des délégués

Les administrateurs non directeurs sont également tenus de prendre toutes les mesures nécessaires en vue de coordonner les activités des divers délégués de manière à assurer la cohésion du système envisagé lors de la détermination de la politique de l'entreprise. Ils disposent de suffisamment de recul pour avoir une vue sociale d'ensemble et permettre que toutes les activités déployées au sein de la société convergent, en parfaite harmonie, vers la poursuite des buts sociaux.

4.5.3 Haute surveillance

4.5.3.1 Définition

Devoir central du conseil d'administration in corpore⁽²⁸⁵⁾, la surveillance n'est pas une tâche homogène, mais un ensemble d'attributions.

285) Meyer, p. 89; Holzach, p. 76 et ss; Spiro, p. 10; Fritz de Steiger, p. 256 et 257; Vischer, "Delegationsmöglichkeit", p. 355 et 356; Hirsch, "Administrateurs", p. 261 et 262; Rolf Bär, "Verantwortlichkeit", p. 486 et 487; Burckhart, p. 71; Meier-Wehrli, p. 36.

Absolument inaliénable(286), la haute surveillance, consiste en la surveillance, au niveau le plus élevé, du bon déroulement de l'ensemble des activités sociales, pouvant elles-mêmes comprendre des attributions de surveillance de secteurs particuliers(287). Dans ce cas, la haute surveillance comprendra notamment le devoir de s'assurer que les tâches déléguées de surveillance sont remplies de manière correcte(288).

Interprétée de manière très large, la notion de haute surveillance englobe(289):

- a) *au stade préliminaire*
 - la détermination du mode de surveillance
 - la mise en place du système de surveillance

- b) *en cours d'exercice social*
 - la mise en oeuvre du système de contrôle interne (examen critique des divers rapports soumis à des échéances périodiques, discussion de ces rapports avec leurs auteurs et les autres administrateurs, etc.)
 - la prise des mesures indiquées par les circonstances (instructions, révocation, etc.).

- c) *à la fin de l'exercice social*
 - la vérification de l'efficacité du système de contrôle (les informations soumisees en cours de vie sociale correspondent-elles aux résultats finaux?)
 - l'examen approfondi de l'établissement du rapport de gestion, du compte de pertes et profits et du bilan.

La deuxième phase présente le plus d'intérêt. Assurée tout au long de l'exercice annuel, la surveillance sur la gestion vise en effet à détecter d'éventuelles anomalies et à permettre la prise de mesures propres à les corriger. En ce sens, cette phase diffère de la première (au but purement prophylactique) et de la troisième (visant à contrôler la situation des activités passées).

286) Cf. not. Vischer, "Delegationsmöglichkeit", p. 355; Horber, p. 119.

287) Comp. Horber, p. 119; comp. cependant ATF 108 V 203 et ss. selon lequel, même dans le cas d'une organisation sociale simple, la surveillance de l'administrateur unique sur toutes les activités essentielles est exigée lorsque les pouvoirs sont largement délégués à un directeur; comp. aussi ATF 109 V 88 et ss et SAS 57 (1985) 111.

288) Comp. Spiro, p. 10; Meyer, p. 88/89; Funk, N. 3 ad art. 717 CO.

289) Comp. Lippert, p. 39 et ss, qui distingue quatre, voire cinq phases au cours desquelles s'exerce la surveillance ("Aufsichtsrat in der Vorbereitungsphase, Entschlussphase, Durchsetzungsphase, Kontrollphase" et "Ex-post- Kontrolle des Aufsichtsrates").

4.5.3.2 Distinction entre surveillance et contrôle

4.5.3.2.1 Surveillance et contrôle exercé par l'organe de contrôle

4.5.3.2.1.1 Notions

La (haute) surveillance consiste à suivre (virtuellement de manière continue) la gestion confiée aux délégués et à prendre les mesures nécessitées par les circonstances. Elle se manifeste d'abord sous la forme d'une attitude critique à l'égard de la gestion dans son ensemble, aussi bien au niveau de la légalité que de l'opportunité. En cas de constatation de problèmes particuliers, la surveillance suppose aussi la prise de toutes les mesures indispensables à l'assainissement de la situation.

Le contrôle est la forme de vérification de certains aspects spécifiques de la légalité des comptes annuels et de la proposition sur l'emploi du bénéfice net. Il a une portée beaucoup plus limitée que la surveillance et ne donne en aucune manière aux contrôleurs le droit de s'ingérer dans la gestion.

4.5.3.2.1.2 Buts

La surveillance vise à garantir à la société l'exercice optimal de la gestion dans son ensemble et dans ses différents aspects, sur les plans de la légalité et de l'opportunité, tout au long de l'année. Elle joue principalement un rôle préventif et correcteur.

Le contrôle ("la vérification" selon le projet de loi) sert d'abord à guider les actionnaires dans le cadre des décisions prises par l'assemblée générale en tant qu'organe de surveillance (Cf. infra 6.1) notamment en attestant la légalité des comptes annuels(290). Il peut également tendre à rendre l'assemblée générale attentive à certains problèmes. En quelque sorte, soit il donne aux actionnaires le feu vert, soit il joue à leur égard ou à celui de l'assemblée générale (art. 699 al. 1 CO) le rôle de sonnette d'alarme. Son rôle s'avère plus spécifique et plus restreint que celui de la surveillance. Le projet de loi ne modifie pas cette situation.

4.5.3.2.1.3 Tâches

La haute surveillance n'est pas limitée à un genre d'affaires particulier. Elle consiste à vérifier si la gestion sociale est à la fois rationnelle et conforme au but social ainsi qu'à la loi.

290) Cf. von Greyers, "Traité", p. 212, pour lequel le contrôle remplace le droit de regard des actionnaires.

Le projet de loi, selon le Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 met l'accent sur la nécessité pour les administrateurs (non directeurs) de "vouer une attention particulière au respect des prescriptions."(291).

Sous l'empire de la loi actuelle, les contrôleurs sont tenus d'accomplir cinq sortes de tâches: vérification des comptes annuels et de la proposition sur l'utilisation du bénéfice net, rapport écrit à l'assemblée générale relatif à cette vérification, participation à l'assemblée générale avec obligation de donner les renseignements désirés, communication à l'assemblée générale des irrégularités graves de gestion ou des violations graves statutaires ou légales constatées dans l'accomplissement de leur mandat, convocation de l'assemblée générale dans certains cas (art. 699 al. 1 CO)(292).

Bien que l'énumération des attributions de l'organe de contrôle de l'art. 728 CO ait parfois été considérée comme exemplative(293) les contrôleurs ne sauraient en aucun cas s'immiscer dans la gestion sociale(294). Cela est vrai même s'il est fait usage de la possibilité légale d'étendre les compétences de l'organe de contrôle en vertu de l'art. 731 al. 1 (repris en son principe par l'art. 731 du projet de loi). Les contrôleurs ne sauraient en particulier donner des instructions aux administrateurs non directeurs.

En conclusion, les fonctions de contrôle et de surveillance ne se recoupent pas mais se complètent sans s'exclure. En exigeant l'indépendance de l'organe de révision (art. 727), le projet de loi renforce la séparation, déjà très nette, des tâches incombant respectivement aux administrateurs non directeurs et à l'organe de révision.

4.5.3.2.1.4 Qualités Personnelles

Comme les administrateurs non directeurs, les membres de l'organe de contrôle sont nommés et révoqués par l'assemblée générale (art. 705 CO)(295) non par le conseil d'administration. Ils ne dépendent ainsi pas des personnes dont les

291) FF 1983 II N. 382.S sous chiffre 6, p. 950. Le Conseil fédéral souligne que les administrateurs non directeurs doivent tout particulièrement veiller à ce que leurs instructions soient suivies.

292) Von Greyers, "Traité", p. 214/215. En fait, von Greyers parle de six devoirs: il compte également parmi eux le devoir de discrétion.

293) Feder, p. 86, observe à ce propos que l'art. 728 CO indique, dans les grandes lignes (accentuation ajoutée) les tâches des contrôleurs: la vérification est beaucoup plus complexe et diversifiée que ne le laisse supposer le texte légal.

294) Bürgi, N. 4, ad art. 731 CO; Hirsch, "Organe de contrôle", p. 116; comp. von Greyers, "Traité", p. 218.

295) Dans le projet de loi, cette matière est régie par les art. 698 al. 2 et 727 al. 1 s'agissant de la nomination et par les art. 705 et 727 e al. 3 en ce qui concerne la révocation.

activités sont contrôlées, ce qui leur assure une certaine indépendance(296). Le projet de loi postule l'indépendance totale des réviseurs face au conseil d'administration et à l'actionnaire majoritaire, voire même, sur requête d'un actionnaire ou d'un créancier, face aux sociétés appartenant au même groupe d'entreprises(297). La loi actuelle n'exige pas que les contrôleurs disposent de certaines connaissances professionnelles. Cette lacune a été comblée par le projet de loi(298).

4.5.3.2.1.5 Moyens respectifs

Les moyens de contrôle sont plus limités que les moyens de surveillance, eux-mêmes assez restreints(299). Conformément à l'art. 728 CO, l'administration doit remettre aux contrôleurs les documents nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches(300). Par ailleurs, sur requête des contrôleurs, elle doit renseigner sur l'inventaire et sur des affaires déterminées. Les contrôleurs ne disposent ainsi pas d'un droit général à l'information. Ils ne peuvent obtenir des renseignements que sur les objets soumis à leur examen(301). Ils ne sauraient en particulier requérir des informations sur la politique des prix ou des crédits de l'administration, sur les secrets de l'entreprise, etc., si ces renseignements ne sont pas indispensables à l'examen du bilan(301).

Le projet de loi adapte à sa finalité le droit de l'organe de révision à l'information. L'art. 728 al. 2 prévoit en effet que le conseil d'administration remet à l'organe de révision *tous* les documents nécessaires à la vérification.

Hirsch est, à juste titre, d'avis que le conseil d'administration peut déléguer ses droit et obligation de renseigner l'organe de contrôle(302). Un tel transfert de tâches aura pour effet de laisser les administrateurs non directeurs à l'écart des relations établies avec l'organe de contrôle, contrairement à la situation américaine où ils apparaissent comme les interlocuteurs privilégiés de ce dernier(303).

296) Comp. von Greysers, "Traité", p. 214 sous ch. 4.

297) Cf. art. 727 c.

298) L'art. 727 a innové en prescrivant que "les réviseurs doivent avoir la formation et l'expérience nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches auprès de la société à contrôler". Par ailleurs, dans les sociétés de taille moyenne et grande, les réviseurs doivent posséder des qualifications professionnelles particulières définies par le Conseil fédéral (art. 727 b).

299) Cf. infra 4.5.3.3.

300) Cf. aussi Heilbrunn, p. 263 et ss, not. 283.

301) Heilbrunn, p. 264.

302) "Organe de contrôle", p. 151/152.

303) Cf. infra partie américaine 9.2.4.6.1.

4.5.3.2.1.6 Moment de l'exécution des tâches

Si le contrôle ne peut commencer qu'une fois intervenue la clôture des comptes annuels, la surveillance, elle, s'exerce virtuellement de manière permanente.

4.5.3.2.2 Surveillance et contrôle exercé par des experts-comptables étrangers à la gestion de la société (art. 723 CO) (Cf. aussi infra 6.2.2)

L'art. 723 CO impose à l'administration de certaines sociétés l'obligation de faire examiner le bilan par des experts-comptables étrangers à la gestion de la société. Bien que ces experts soient désignés par le conseil d'administration, l'art. 723 CO exige qu'ils soient totalement indépendants des administrateurs(304).

Les tâches des experts étrangers à la société englobent, selon la jurisprudence et la pratique, de très larges fonctions de contrôle, aussi bien formel que matériel(305). Le contrôle matériel a pour but de déterminer la situation patrimoniale réelle de la société. Toutefois, ici encore, l'étendue du contrôle se heurte à des limites: les domaines de gestion et de politique de l'entreprise en sont exclus(306).

4.5.3.2.3 Surveillance et contrôle exercé par des commissaires spéciaux ou des experts (art. 731 al. 2 CO)

Selon les termes exprès de la loi, ces personnes peuvent être chargées de vérifier toute ou partie de la gestion de la société. De ce fait leur mission se rapproche de celle des administrateurs non directeurs lorsqu'elles sont chargées de vérifier toute la gestion. Mais la ressemblance avec la surveillance exercée par les administrateurs non directeurs s'arrête là. En effet leur vérification ne revêt pas le caractère d'une attention constante portée à la gestion de la société tout au long de l'année. Elle consiste plutôt en une tâche accomplie à un moment donné, sans continuité. Elle a pour but d'examiner la gestion passée et non, comme la surveillance, la gestion en cours ou la gestion projetée. Par ailleurs les commissaires spéciaux ou les experts désignés par l'assemblée générale ne

304) Cf. sur ce point Bûrgi, N. 12 ad art. 723 CO.

305) Bûrgi, N. 17 ad art. 723 CO.

306) Burki, p. 29 et ss et p. 80.

fonctionnent pas comme organes; ils n'agissent qu'à titre exceptionnel, lorsque l'assemblée générale met en doute la surveillance exercée par les administrateurs non directeurs(307). Ils ne disposent d'aucun moyen de pression sur les organes de la société; ils ne sauraient en particulier donner des instructions ou formuler des recommandations. Ils se bornent à faire rapport à l'assemblée générale.

La question de savoir si les commissaires spéciaux ou les experts peuvent également se voir assigner des tâches de gestion n'a pas été tranchée par les tribunaux. Selon Bürgi(308) et Funk(309), certaines fonctions de gestion pourraient leur être transférées à condition d'être définies très précisément, de manière à éviter tout conflit de compétence entre les commissaires spéciaux ou les experts, le conseil d'administration et la direction.

Le projet de loi ne modifie pas l'art. 731 quant au fond.

4.5.3.2.4 Conclusions

Malgré une certaine parenté, les tâches de surveillance et de contrôle sont (et doivent rester) bien séparées: chacune des entités concernées est personnellement responsable dans les limites de ses attributions. Le projet de loi accentue le principe de la séparation des pouvoirs respectifs.

4.5.3.3 Etendue de la surveillance(310)

L'étendue du devoir de haute surveillance varie d'une société à l'autre(311).

307) Comp. Wander, p. 107.

308) N. 8 ad art. 731 CO.

309) N. 2 ad art. 731 CO.

310) Cf. infra 7.2.3.2 s'agissant de la responsabilité pour violation du devoir de surveillance.

311) Cf. Horber, p. 122, selon lequel le pouvoir d'appréciation des délégués, les dispositions sur l'organisation sociale adoptées au niveau social interne et la structure particulière de l'entreprise sont des facteurs décisifs dans la détermination de l'étendue du devoir de surveillance.

Elle dépend en particulier des faits et du degré de confiance accordée aux délégués(312). Comme une surveillance exercée trop étroitement engendre souvent des heurts dans le fonctionnement de l'organisation et des affaires sociales, il est en général admis que la haute surveillance ne porte pas sur chaque affaire individuelle(313). Bien plutôt, la tâche essentielle des administrateurs non directeurs consiste à se renseigner régulièrement sur la marche des affaires sociales(314). C'est seulement en cas de constat d'anomalie, soit à un deuxième stade, que les administrateurs non directeurs sont tenus de recourir à des mesures inhabituelles. Il leur incombera alors de rechercher les sources des irrégularités, de mesurer leurs conséquences et d'y remédier(315).

312) Les statuts, le règlement, les dispositions sur la répartition du travail permettent de circonscrire l'étendue de ce devoir. Cf. sur ce point Burkhardt, p. 71 et Holsach, p. 81 et 82.

Ce dernier auteur souligne que l'étendue de la haute surveillance varie en particulier en fonction de la manière de désigner le comité (et par extension les délégués au sens large) et des compétences déléguées.

Si le conseil d'administration délègue la surveillance de la gestion, son devoir personnel de surveillance se limite, en cas normal, à vérifier que les délégués remplissent leur devoir de surveillance délégué. En cas de dommage, le conseil d'administration sera exonéré, s'il peut prouver qu'il a veillé à ce que le comité surveille diligemment la gestion.

En cas de délégation d'un domaine matériel de gestion, et le conseil d'administration est contraint par les statuts d'opérer la délégation, il perd par là même les attributions matérielles concernées. Dès lors, il remplit ses devoirs de déléguant en désignant les délégués (tâche dont l'importance s'avère particulière dans ce cas) et en s'assurant que les délégués accomplissent leurs devoirs conformément aux statuts.

Si, dans le même cas (délégation d'un domaine matériel de gestion), le conseil d'administration a choisi les délégués de son propre chef, il incombe en outre aux déléguants de s'assurer que les activités des délégués soient aussi matériellement bien fondées (p. 81 et 82).

313) C'est du reste le sens du Message du Conseil fédéral de 1928, FF 1928 I p. 233 et ss, selon lequel:

"Lorsque la loi et la jurisprudence ont défini les tâches des organes, elles sont souvent parties de points de vue complètement erronés quant à l'exploitation des grandes sociétés. Le texte statuant que le conseil d'administration doit être informé constamment et exactement de la marche et de la conduite de l'entreprise et se tenir au courant des affaires n'est guère susceptible d'être observé par les sociétés d'importance moyenne et ne peut absolument pas l'être par les grandes sociétés. Et encore moins le conseil d'administration a-t-il la faculté de contrôler toute la gestion et de veiller à ce que les affaires soient bien conduites, en conformité de la loi, des statuts et des règlements, ainsi que le prévoyait un avant-projet. L'activité principale incombe à la direction ou aux délégués dans les grandes industries à ramifications étendues, dans celles où les affaires sont très nombreuses et compliquées, dans celles enfin où des connaissances techniques sont nécessaires. Le conseil d'administration ne peut, dans ces cas, contrôler toutes les opérations. En raison des énormes différences qui se manifestent d'une exploitation à l'autre, chaque société doit s'organiser au mieux de ses intérêts." (p. 286).

Cf. en outre, Meyer, p. 89; Schulbess, p. 97/98; Rolf Bär, "Verantwortlichkeit", p. 486/487; Frits de Steiger, p. 257; Schucany, N. 4 ad art. 722 CO; Bürgi, N. 21 ad art. 722 CO. Wolfers, quant à lui, considère que l'administrateur non directeur devrait être tenu d'exercer sa surveillance sur les livres, les écritures, la caisse, les stocks, tantôt par des sondages, tantôt au travers d'examen complet, en insistant particulièrement sur les affaires importantes et leur exécution (p. 106).

314) Meier-Wehrli, p. 38; Vischer "Delegationsmöglichkeit", p. 356.

315) Hirach, "Administrateurs", p. 261.

Si l'étendue de la surveillance dépend de la société envisagée, le devoir minimal de haute surveillance s'exercera dans tous les cas:

- à raison de la personne: sur les délégués.

En principe, ce devoir est limité aux entités directement subordonnées aux délégués(316). L'administrateur non directeur veillera à ce que les délégués exercent leurs activités avec compétence, entretiennent l'esprit de collaboration nécessaire, respectent leurs devoirs de diligence et de fidélité, remplissent de manière appropriée leur propre devoir de surveillance à l'égard de leurs subordonnés(317).

- à raison de la matière: sur le résultat des activités des délégués; de cas en cas, sur les décisions sociales importantes prises par les dirigeants dans le cadre de leurs compétences; dans tous les cas, sur les décisions extraordinaires des dirigeants; en toute hypothèse, sur les points ou domaines présentant des irrégularités.

En toute éventualité, la mesure de la haute surveillance est dictée par le devoir de diligence, le principe de la bonne foi, les usages commerciaux et l'organisation sociale(318) et (319).

Si l'on peut admettre une certaine souplesse dans l'exercice du devoir de surveillance, notamment en cas de rapport de confiance avec les dirigeants expérimentés et en cas de déroulement normal des affaires, il ne se justifie nullement de minimiser l'importance de ce devoir. En fait, la haute surveillance constitue l'attribution principale des administrateurs non directeurs.

316) Hirsch, "Administrateurs", p. 281, souligne que la surveillance doit porter sur l'activité des délégués directs: "Comité, administrateurs-délégués ou membres de la direction".

317) Il est généralement admis que le devoir de surveillance, à l'exception de la haute surveillance, est déléguable: Holsach, p. 81 et 82; Bürgi, N. 14 ad art. 717 CC; Vischer, "Delegationsmöglichkeit", p. 355; Spiro, p. 10.

318) Cf. Holsach, p. 79.

319) Burckhart, p. 71, observe en particulier qu'en l'absence de dissimulation fautive d'irrégularités, l'ignorance d'une situation anormale constitue en général un indice laissant présumer que l'administrateur non directeur n'a pas rempli son devoir de diligence; comp. Horber, p. 120 et ss, selon lequel la limite entre haute surveillance absolument inaliénable et les tâches déléguables de surveillance est dictée par les dispositions légales sur la responsabilité. La déléguabilité dépend de l'étendue des pouvoirs résiduels d'intervention des délégués. Ceux-ci doivent être suffisamment larges pour permettre aux délégués de remplir avec diligence leurs attributions de nommer, instruire et surveiller les délégués.

4.5.3.4 Obligation de se renseigner/moyens

Pour remplir correctement leur devoir de surveillance, les administrateurs non directeurs sont tenus d'exercer leur droit de se renseigner (art. 713 CO). L'art. 713 CO distingue entre:

- la possibilité pour chaque membre du conseil d'administration "de demander en *séance* aux personnes chargées de gérer et de représenter la société, des renseignements sur la marche de l'entreprise et sur des affaires déterminées" et,
- la possibilité pour le conseil d'administration *tout entier* d'ordonner en séance la production des livres et des dossiers:

Le texte de la loi limite sérieusement les moyens dont dispose le conseil d'administration pour exercer son droit de surveillance(320). La portée de l'art. 713 CO fait l'objet de controverses dans la doctrine.

Selon certains auteurs, le droit de demander des informations est d'abord matériellement limité (seuls des renseignements sur la marche de l'entreprise et sur des affaires déterminées sont exigibles) pour tenir compte de certains intérêts et secrets sociaux(321). Il est ensuite limité formellement: les renseignements doivent être demandés en cours de séance(322). De surcroît, la restriction touche aux personnes interrogées: elles doivent notamment être chargées de la gestion et de la représentation(323).

Pour d'autres auteurs, au contraire, le droit d'obtenir des informations doit être octroyé de manière très large(324).

Quelques auteurs sont plus nuancés. Bürgi, en particulier, est favorable à une analyse in casu de toutes les circonstances entourant la demande(325). Il s'agit selon lui d'examiner quelle est la position au sein du conseil d'administration de la personne cherchant à obtenir des informations et surtout quels intérêts elle représente. En outre, le moment de la demande d'informations peut également exercer un impact sur la décision de fournir les renseignements. Le refus de

320) Cf. von Greyerz, "Traité", p. 200.

321) Cf. Eigenmann, p. 48/49; Funk, N. 2 ad art. 713 CO.

322) Funk, N. 2 ad art. 713 CO.

323) Holzach, p. 79, souligne que l'obligation de se renseigner doit suivre la voie hiérarchique en passant par les suppléants, les membres des comités, les délégués.

324) Schucany, N. 1 ad art. 713 CO; implicite chez Hirsch, "Administrateurs", p. 260 et 261.

325) N. 8 ad art. 713 CO.

divulguer certaines informations devrait être objectivement fondé(326). Il est illogique d'imputer une responsabilité illimitée à des personnes ne disposant pas d'un plein droit aux informations(327).

Par ailleurs, la doctrine a longtemps soutenu que le droit pour un administrateur individuel de consulter les livres et dossiers nécessite l'accord de la majorité du conseil d'administration(328). Spiro, quant à lui, distingue entre les livres et dossiers relatifs à la gestion des affaires - sur lesquels les administrateurs n'ont pas de droit de regard individuel - et le registre des actions, que chaque administrateur a le droit de consulter, dans l'intérêt non seulement de la minorité des actionnaires, mais aussi de la société elle-même(329).

Bürgi prend le contrepied de la doctrine majoritaire en considérant comme essentielle une interprétation extensive du droit de regard individuel(330). De même, il n'admet pas que le droit de demander la convocation d'une assemblée générale selon l'al. 2 de l'art. 713 CO dépende de l'existence de justes motifs ou même plus simplement d'une justification (qui, par ailleurs, est souhaitable pour des raisons d'ordre)(331).

Dans la pratique, les administrateurs non directeurs sont principalement affectés par le manque d'informations: contrairement aux délégués, ils ne sont pas en contact quotidien avec la marche des affaires. Le droit de se renseigner ne pouvant, selon une interprétation littérale du texte légal, être exercé qu'en séance, la participation aux réunions du conseil s'avère indispensable, notamment lorsque les discussions à l'ordre du jour sortent du cours ordinaire des activités de la société.

Le projet de révision du droit de la société anonyme étend (ou clarifie, selon les positions) le droit aux renseignements des administrateurs non directeurs(332). En vertu de l'art. 715 du projet de loi, le droit aux informations pendant les séances n'est plus limité quant à son objet. Il peut de surcroît être exercé auprès des autres administrateurs, de tous les travailleurs et mandataires de la société. En outre, est institué un droit aux renseignements hors séance, limité il est vrai: les administrateurs non directeurs peuvent demander des informations

326) N. 7 ad art. 713 CO.

327) N. 9 ad art. 713 CO.

328) Cf. Funk, N. 3 ad art. 713 CO; Schucany, N. 1 ad art 713 CO.

329) Pages 12 et ss.

330) N. 12 ad art. 713 CO.

331) N. 18 et 19 ad art. 713 CO.

332) *PF* 1983 II 947 et 948.

sur la marche de l'entreprise aux personnes chargées de la gestion. Lorsque les renseignements portent sur des affaires déterminées, le président du conseil d'administration doit donner son autorisation.

Par ailleurs, le droit de consulter les livres et les dossiers ne dépend plus d'une décision prise à la majorité des membres du conseil d'administration, mais de l'accord du président. La consultation peut désormais avoir lieu en dehors des séances du conseil d'administration. Enfin, les administrateurs disposent d'un droit de recours auprès du conseil d'administration in corpore si le président rejette une demande de renseignements ou de consultation.

Les améliorations apportées par le projet de loi au droit à l'information n'en laissent pas moins subsister la contradiction fondamentale entre le principe de la responsabilité personnelle de l'administrateur non directeur et les moyens d'information restreints mis à sa disposition. Seul un droit d'information illimité - à l'instar de celui accordé par la pratique aux Etats-Unis(333) ou par la loi en Allemagne - confère à chaque administrateur la possibilité d'exercer son devoir de surveillance de manière optimale.

4.6 Propositions, en matière de délégation, du projet de loi tendant à modifier le droit de la société anonyme.

4.6.1 Principes fondamentaux

Largement commenté par le Conseil fédéral dans son Message du 23 février 1983(334), le projet de loi n'apporte pas de changement matériel fondamental à la structure du conseil d'administration et au système actuel de délégation. Il maintient l'unité du conseil d'administration, assortie de la possibilité de déléguer de nombreuses tâches à des administrateurs et à des directeurs.

Hormis le système de responsabilité(335), les nouveautés introduites par le projet de loi consistent essentiellement en l'énumération (qui se veut exhaustive) des attributions impérativement réservées au conseil d'administration et l'exigence que toute délégation intervienne conformément à un règlement d'organisation.

Le projet de loi a notamment le mérite de régler clairement le problème de la délégation des tâches du conseil d'administration. Il énumère un certain nombre d'attributions inaliénables (art. 716 a al. 1). Les autres tâches peuvent être déléguées à un autre organe si la délégation est autorisée par les statuts et par le règlement d'organisation que le conseil d'administration (à l'exclusion de

333) Cf. infra partie américaine 9.2.3.

334) FF 1983 II 757 à 1027.

335) Cf. infra 7.5.

toute autre entité) est chargé d'établir (art. 627 al. 12, 716 a al. 1 ch. 2, 716 b, 718).

4.6.2 Attributions inaliénables selon l'art. 716 a al. 1 ch. 1 à 3.

Le projet de loi énumère huit groupes de tâches qui ne sauraient être déléguées ni à l'assemblée générale, ni à un comité du conseil d'administration, ni à certains membres individuels du conseil d'administration, ni à la direction de l'entreprise. " Les décisions prises dans le cadre des attributions inaliénables doivent l'être par tous les membres du conseil"(336). Seules la *préparation* et l'*exécution* des décisions peuvent être réparties entre les administrateurs, pris individuellement ou groupés en comités(337).

La portée pratique de l'interdiction absolue de déléguer certaines tâches se manifeste surtout sur le plan externe. Les administrateurs n'échappent pas, en cas de faute même légère de leur part, à la responsabilité instituée par les art. 754 et ss du projet de loi.

Examinons les attributions inaliénables retenues par le projet de loi.

4.6.2.1 Haute direction de la société/établissement des instructions nécessaires (art. 716 a al. 1 ch. 1)

Projet

Le concept de haute direction comprend, outre une grande partie des autres attributions désignées comme inaliénables:

- le développement des buts stratégiques de la société(338);
- la fixation des moyens permettant d'atteindre ces buts(339);

336) FF 1983 II 951.

337) Art. 716 al. 2 du projet de loi.

338) La notion de "buts stratégiques" n'est définie nulle part dans le Message. Cf. cependant sur ce point infra 4.5.2.1.2.

339) Par exemple, les moyens d'atteindre les buts stratégiques (circonscrits sous 4.5.2.1.2) de la société anonyme dont le but est la fabrication et la vente de machines agricoles, pourraient inclure le fait d'engager un spécialiste en marketing chargé d'étudier le comportement de ce genre de machines au niveau mondial et la possibilité de pénétrer dans de nouveaux marchés. La société dont le but social est de coordonner sur le plan mondial les activités de ses filiales spécialisées dans la révision comptable et fiscale pourrait atteindre ses buts stratégiques (Cf. 4.5.2.1.2) en établissant des plans tactiques facilitant l'adoption par chaque filiale de critères uniformes, en mettant en oeuvre de puissants moyens publicitaires, en organisant des conférences et de cours de recyclage pour les milieux intéressés, etc.

- le contrôle des organes de gestion en rapport avec la poursuite des buts fixés(340).

Le conseil d'administration assume la haute direction par le moyen des instructions auxquelles les personnes chargées de la gestion doivent se tenir.

Analyse critique

Telle que décrite par le Conseil fédéral, la haute direction revêt une importance certaine pour la société et doit être assumée par l'ensemble du conseil d'administration. La formule adoptée par le projet de loi s'avère néanmoins insatisfaisante.

Même sur le plan formel, le projet de loi est entaché de défauts. Il ne mentionne expressément aucune des composantes de la haute direction. Si le Message énumère ces composantes, il ne contribue pas à clarifier le concept en laissant entendre que la majorité des tâches dévolues au conseil d'administration ressortissent à la haute direction(341). En outre, le libellé de l'art. 716 a al. 1 ch. 1 du projet de loi ne permet pas de comprendre que les instructions sont simplement les moyens d'assurer la haute direction(342).

Sur le fond, la détermination des trois composantes de la haute direction, selon les termes du Message, est discutable. La *fixation des buts stratégiques* peut, il est vrai, entrer (sous certaines réserves, Cf. infra 4.5.2.1.2) dans la haute direction. Le cas échéant, elle en constitue même une des composantes essentielles dans le cadre de la démarche plus vaste qu'est la détermination de la politique de l'entreprise. En revanche, les *moyens propres* à atteindre ces buts entrent le plus souvent, pour des raisons pratiques, dans les attributions des délégués. Quant au "*contrôle des organes de gestion en rapport avec les buts fixés*", il n'a pas sa place dans la haute direction: il s'agit là typiquement d'un des aspects du devoir de surveillance.

Enfin, indispensables à l'exercice des tâches déléguées(343), les instructions devraient figurer au rang de composantes de la haute direction et n'être point reléguées au rang de moyens(344). Cette dernière approche méconnaît l'importance des instructions et ne correspond d'ailleurs pas à la représentation que se fait la doctrine majoritaire du devoir de donner les instructions.

340) FF 1983 II 949 in initio.

341) FF 1983 II 948 in fine.

342) FF 1983 II 949 in initio.

343) Cf. infra 4.5.2.3.

344) FF 1983 II 949.

4.6.2.2 Etablissement d'un règlement d'organisation (art. 716 a al. 1 ch. 2 et art. 716 b al. 1et 2)

Projet

Le règlement d'organisation "doit désigner les postes de la direction d'entreprise et en décrire de manière générale et abstraite les attributions."(345). Il doit permettre aux tiers de savoir quels sont les responsables d'un éventuel dommage. Il doit contenir des dispositions sur l'obligation de faire rapport. Enfin, il doit être déposé au registre du commerce(346).

En vertu du projet, une délégation de la gestion (et non de la représentation traitée à part) n'est valable que si elle est conforme au règlement d'organisation établi par le conseil d'administration. A défaut, la gestion est exercée conjointement par tous les administrateurs qui en portent la responsabilité dans tous les cas.

Analyse critique

Le projet de loi innove en exigeant que toute délégation intervienne conformément au règlement d'organisation. Si l'adoption d'un règlement d'organisation peut en soi se révéler opportune, les exigences y relatives et le rôle central qui lui est assigné ne tiennent pas compte des réalités pratiques. Cette condition ne répond pas au besoin de flexibilité et de dynamisme exigés par l'organisation des sociétés anonymes(347). Les problèmes engendrés à cet égard par la nouvelle réglementation sont de trois ordres.

Contenu du règlement: l'exigence que les "postes nécessaires"(348) - soit l'ensemble des postes occupés par des personnes susceptibles d'encourir la responsabilité de l'art. 754(349) - soient mentionnés (sans indication de noms) de manière suffisamment concrète(350) implique l'élaboration d'un document détaillé, sujet à de multiples modifications(351). Or, comme le note à juste titre Reymond, "si l'on songe que les actions en responsabilité intentées contre

345) FF 1983 II 951.

346) Art. 716 b al. 2 du projet de loi et FF 1983 II 864.

347) Horber, p. 78 et ss; Reymond, p. 114 et ss.

348) Cf. art. 716 b al. 2, 1ère phrase.

349) Reymond, p. 114/115.

350) "Pour permettre", selon le Message du Conseil fédéral, " - dans le cas où est engagée la responsabilité - que les tiers sachent quels titulaires, le cas échéant, sont appelés à répondre et quels autres ne le sont pas." (FF 1983 II 952).

351) En cas notamment de création, de suppression de postes et de remplacement d'un organe par un autre.

des organes subordonnés autres que des directeurs sont extrêmement rares, l'utilité du règlement d'organisation, tel qu'il est aujourd'hui proposé, paraît pour le moins douteuse"(352).

Publicité du règlement: l'obligation de déposer le règlement d'organisation au registre du commerce implique que toutes les modifications imposées par ce genre de document soient portées à la connaissance du public. A part ses aspects fastidieux, cette publicité poussée à l'extrême risque d'entraîner la divulgation d'informations que l'entreprise aurait parfois intérêt à garder secrètes(353).

Rôle du règlement: au lieu d'insister sur l'utilité interne d'un tel document, les auteurs du projet de loi lui ont assigné une portée principalement externe en faisant de la conformité de la délégation audit règlement une condition d'exonération de responsabilité(354). Cet aspect du projet de loi se heurte à de sérieux obstacles. Raymond relève pertinemment à cet égard que(355):

- vu la complexité des cas de responsabilité, il est illusoire de croire que la simple lecture du règlement suffira à clarifier les responsabilités;
- la nouvelle réglementation n'indique pas la solution à adopter lorsque la délégation prévue n'a pas eu lieu(356);
- la non-conformité de la délégation au règlement d'organisation entraînera pour les auteurs de la délégation des conséquences disproportionnées par rapport à leur faute(357).

En conclusion, les nombreuses difficultés et inconvénients résultant de l'exigence que toute délégation soit conforme au règlement d'organisation militent largement en faveur de l'abandon de la nouvelle réglementation et, avec elle, de la qualité d'attribution inaliénable du conseil d'administration attachée à l'établissement de ce règlement.

352) Page 115.

353) Cf. Raymond, p. 115.

354) Cf. art. 754 al. 2. du projet de loi.

355) Page 116.

356) Cas, par exemple, du problème de la responsabilité du supérieur hiérarchique d'une personne absente dont les attributions auront été temporairement confiées à un autre organe (ibidem).

357) Le simple fait de mal décrire les tâches du subordonné dans le règlement, ou d'omettre d'établir ce dernier, ou d'oublier de le modifier, peut mettre en cause la responsabilité du conseil d'administration qui, par ailleurs, n'aurait rien à se reprocher (ibidem).

4.6.2.3 Attributions de nature financière: approbation du plan financier, détermination des principes de la comptabilité et du contrôle financier (art. 716 a al. 1 ch. 3).

Projet

a) Approbation du plan financier

Selon les termes mêmes du Conseil fédéral:

"Le plan financier est un moyen important qui permettra d'assurer la réalisation des objectifs sociaux et de les corriger à temps. Il doit garantir notamment le maintien des liquidités suffisantes. Le plan financier est davantage qu'un budget qui sert à garantir simplement la planification de l'avenir immédiat."(358).

b) Détermination des principes de la comptabilité

Les administrateurs non directeurs répondent de l'organisation adéquate de la comptabilité, important moyen d'information et de direction(359).

c) Détermination des principes du contrôle financier

Le projet de loi ne définit pas le contrôle financier qui correspond, semble-t-il, au contrôle interne(360).

Analyse critique

L'établissement du plan financier constitue l'une des tâches essentielles de la direction. Il s'inscrit dans le cadre fixé par la politique de l'entreprise telle que l'a définie le conseil d'administration in corpore. Il fait partie de la planification à long terme entrant dans l'entière responsabilité de la direction à l'exclusion du conseil d'administration(361).

Il est certes concevable de classer l'approbation du plan financier parmi les attributions inaliénables du conseil d'administration. Cette démarche toutefois ne s'harmonise pas avec la distinction entre tâches ressortissant respectivement à la politique de l'entreprise et à la planification à long terme. Elle présente en outre le désavantage de diminuer le sens des responsabilités de la direction.

358) FF 1983 II 949.

359) FF 1983 II 949.

360) FF 1983 II 949 e.

361) Cf. infra 4.5.2.1.3.

Les administrateurs non directeurs n'en demeurent pas moins tenus d'exercer la haute surveillance sur le plan financier et d'intervenir en cas de nécessité.

La détermination des principes de la comptabilité et du contrôle financier incombe aux dirigeants chargés d'appliquer ces principes. Eux seuls sont à même d'opérer les choix réalistes tenant raisonnablement compte de toutes les circonstances et données intéressant l'entreprise. Ces attributions supposent des connaissances hautement spécialisées. Exiger de telles connaissances de tous les administrateurs non directeurs dissuaderait la majorité des intéressés d'accepter un mandat d'administrateur.

4.6.2.4 Nomination et révocation des personnes chargées de la gestion (art. 716 a al. 1 ch. 4)

Projet

"Est une personne chargée de la gestion celle qui exerce effectivement cette fonction, c'est-à-dire celle qui est aux commandes de la société. Dans les grandes sociétés, le conseil d'administration ne nomme que la direction suprême de l'entreprise, qui régit elle-même les instances inférieures."(362).

Analyse critique

Cette tâche est désignée à juste titre par le projet de loi comme une attribution inaliénable du conseil d'administration en raison de l'importance déterminante pour la société du choix des délégués et de la possibilité de les révoquer, si les circonstances l'exigent.

4.6.2.5 Nomination et révocation des réviseurs des comptes de groupe (art. 716 a al. 1 ch. 5)

Projet

Cette attribution est dévolue au conseil d'administration en raison du caractère hautement spécialisé de l'activité des réviseurs des comptes du groupe.

Analyse critique

Il n'existe pas de motif impératif justifiant l'attribution de cette tâche au conseil d'administration plutôt qu'à l'assemblée générale. En effet, le projet de

362) FF 1983 II 949 et 950.

loi admet que l'assemblée générale désigne les réviseurs particulièrement qualifiés, dont le Conseil fédéral définit les compétences professionnelles(363).

L'adoption d'un système analogue s'agissant des réviseurs des comptes du groupe, facilement concevable, présente en outre l'avantage de l'uniformité de la désignation des réviseurs.

4.6.2.6 Haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion (art. 716 a al. 1 ch. 6)

Projet

Le Conseil fédéral relève que la fonction de haute surveillance fait partie des attributions essentielles du conseil d'administration en cas de délégation. En revanche, il admet que la surveillance puisse être déléguée à des comités spéciaux.

La haute surveillance vise l'observation des lois, des statuts, des règlements, des instructions et surtout l'opportunité de la gestion(364).

Analyse critique

Le Conseil fédéral met très justement en exergue l'importance toute spéciale du devoir de haute surveillance. Il se contente toutefois d'un bref commentaire sur ce sujet qui exigerait de plus amples développements(365).

4.6.2.7 Etablissement du rapport annuel, préparation de l'assemblée générale et exécution des décisions de l'assemblée générale (art. 716 a al. 1 ch. 7)

Projet

Ce point reprend visiblement les dispositions des articles 722 al. 2 ch. 1 et 724 CO.

Analyse critique

Dans la pratique, les administrateurs non directeurs ne se chargeront de toute évidence pas personnellement d'établir le rapport annuel. Les auteurs du projet

363) Cf. art. 727 b du projet de loi à lire conjointement avec l'art. 727 et FF 1983 II 956.

364) FF 1983 II 950.

365) Cf. infra 4.5.3.

de loi et le Conseil fédéral font toutefois assumer à l'ensemble des administrateurs la responsabilité découlant de ce devoir. Ils justifient leur position en se bornant à souligner le caractère inaliénable de cette attribution. Ils font ainsi sciemment endosser une responsabilité, non pas aux véritables exécutants, mais à une entité qui leur paraît le plus à même d'assumer la responsabilité. Cette démarche a pour effet de nier les réalités de la vie pratique et de diminuer le sens de responsabilité des auteurs du rapport annuel.

Seule la haute surveillance sur l'établissement du rapport annuel peut être raisonnablement exigée du conseil d'administration. Le cas échéant, cette tâche pourrait être accomplie avec le concours d'experts externes. Une telle solution aurait l'avantage de l'équité. Elle s'inscrirait en outre parfaitement dans le nouveau système de répartition des tâches et de la responsabilité. L'exonération de responsabilité continuerait de dépendre de la preuve, par l'administrateur non directeur individuel, qu'il a pris toutes les précautions commandées par les circonstances en matière de choix, d'instruction et de surveillance.

Quant à la préparation de l'assemblée générale et l'exécution de ses décisions, elles consistent en des tâches à caractère administratif ne requérant pas l'exécution personnelle du conseil d'administration in corpore(366).

4.6.2.8 Actio judiciaire en annulation des décisions de l'assemblée générale et information au juge en cas de surendettement (art. 716 al. 1 ch. 8)

Projet

La qualité du conseil d'administration pour agir en annulation des décisions de l'assemblée générale découle de l'art. 706 al. 1 CO. Son obligation d'agir, ici prévue, renforce ses moyens de contrôler la légalité.

Par ailleurs, l'obligation d'informer le juge en cas de surendettement, situation particulièrement grave pour la société, découle de l'art. 725 al. 2 CO(367).

Analyse critique

Elever ce qui devrait être un *moyen* d'assurer la surveillance, soit l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, au rang d'attribution inaliénable, constitue une restriction injustifiée à la liberté d'appréciation des administrateurs non directeurs. La solution du projet de loi s'avère d'autant plus incompréhensible que le conseil d'administration peut se voir imputer, par le

366) Cf. infra 4.4.2.2 in initio.

367) FF 1983 II 950.

biais d'une violation du devoir de surveillance, la responsabilité de n'avoir pas ouvert action. En toute hypothèse, les administrateurs non directeurs seront sujets à responsabilité sur la base du nouvel article 754, s'ils ne peuvent apporter la preuve libératoire requise.

En ce qui concerne l'avis à donner au juge en cas de surendettement, l'attribution de la responsabilité ultime de cette tâche au conseil d'administration plutôt qu'à un autre organe plus proche des questions comptables et financières ne saurait se justifier par le fait qu'en cas de surendettement, le conseil d'administration "assume une responsabilité particulièrement élevée"(368).

4.7 Conclusion générale

Pour pallier les carences de la loi actuelle, l'énumération dans la future loi d'un minimum d'attributions indéléguables, assorti d'un système permettant de déterminer exactement les responsabilités, paraît offrir la solution la plus adéquate. Elle présente, entre autres, l'avantage de rendre les administrateurs plus conscients de leurs tâches tout en suscitant leur sens des responsabilités. A cet égard, la solution des auteurs du projet de loi mérite toute approbation(369).

Autre est la question de la détermination des tâches indéléguables. L'énumération de ces tâches par le projet de loi manque de cohérence: elle traite en effet séparément des points appelant un rapprochement et place sur le même plan des attributions aux valeurs différentes. Il serait notamment plus conforme à la logique du nouveau système que l'établissement du règlement d'organisation constitue une des composantes de la haute direction et que la détermination des instructions, reléguées au rang de moyen d'exercer la haute direction, ne figure pas sur le même plan que cette dernière.

De surcroît, le système de responsabilité institué par l'art. 754 al. 2 exige que les attributions inaliénables soient décrites avec précision et de manière exhaustive. Or, comme le démontre pertinemment Reymond(370), l'énumération présente divers types de failles:

- Tout d'abord, certaines clauses sont ambiguës (art. 716 a al. 1 ch. 4, art. 716 a al. 1 ch. 6) ou imprécises (art. 716 a al. 1 ch. 7);
- par ailleurs, d'autres attributions pouvant être considérées comme inaliénables sont absentes de la liste (art. 634 a al. 1, 718 et 721)(371);

368) FF 1983 II 950.

369) Contra Horber, pour lequel, assumant l'ultime responsabilité, le conseil d'administration doit avoir la compétence de décider lui-même, dans les limites du droit de la responsabilité, de la possibilité de déléguer matériellement une attribution (p. 80).

370) Page 113.

371) Comp. Horber, p. 75/76.

- enfin, l'art. 716 a n'énumère que les compétences exclusives du conseil d'administration et ne mentionne pas les attributions partagées entre le conseil d'administration et l'assemblée générale ou qui peuvent être conférées à l'un ou l'autre de ces organes, mais que l'administration ne saurait déléguer à un autre organe(372).

Le caractère insatisfaisant de l'énumération ressort suffisamment des observations précédentes. L'analyse des solutions apportées par le projet de loi a conduit à écarter plusieurs attributions qualifiées d'inaliénables et à proposer le regroupement d'autres tâches sous une domination différente. Cette démarche a permis de mettre en lumière deux attributions du conseil d'administration absolument inaliénables: la *haute direction* et ses quatre composantes (politique de l'entreprise, nomination/ révocation des délégués au sens large, instructions données à ces délégués, coordination des activités des délégués) ainsi que la *haute surveillance*.

372) Reymond, p. 113, note 9.

CHAPITRE 5: DEVOIRS DE FIDELITE ET DE DILIGENCE

5.1 Généralités

Les principes inhérents aux devoirs de fidélité et de diligence sont applicables sans distinction particulière aux administrateurs non directeurs et aux administrateurs directeurs. Il n'est cependant pas inutile de mettre en évidence quelques aspects de ces devoirs spécialement intéressants pour les administrateurs non directeurs.

5.2 Devoir de fidélité

5.2.1 Base légale et définition

Ce devoir découle implicitement de l'art. 722 al. 1 CO, ainsi que de l'application par analogie des règles sur le mandat (art. 399 al. 2 CO) et du principe de la bonne foi(373). Le devoir de fidélité est expressément régi par l'art. 717 du projet de loi.

Concept de nature éthique, ce devoir exige de l'administrateur une attitude loyale vis-à-vis de la société(374), donc à l'égard d'intérêts de tiers(375). Cette loyauté doit se manifester aussi bien de manière générale que dans chaque situation particulière. Elle peut être définie comme une attitude générale et abstraite visant en priorité au respect des intérêts et du bien de la société(376).

5.2.2 Etendue

Bien que la jurisprudence et la doctrine se montrent strictes dans l'interprétation du devoir de fidélité, une éventuelle pesée d'intérêts n'est pas exclue, lorsque d'autres intérêts importants sont en jeu, comme ceux des actionnaires minoritaires, des travailleurs ou de la collectivité publique(377).

373) Sur ce devoir en général, Cf. not. Funk ad art. 722 CO; Bürgi, N. 8 et ss ad art. 722 CO; Schulthess, p. 53; Wohlmann, p. 39 et ss et la thèse de Thalmann.

374) Comp. Thalmann, p. 9.

375) C'est là sa principale caractéristique selon Gautschi, N. 5a ad. art. 398 CO.

376) Comp. Funk, N. 1 ad art. 722 CO.

377) Cf. infra 3.1.2, not. 3.1.2.5.

En revanche, l'esprit des dispositions précitées est incompatible avec la protection d'intérêts exclusivement personnels(378).

5.2.3 Comportement conforme au devoir de fidélité

Le devoir de fidélité suppose que l'administrateur non directeur entreprenne toutes les démarches nécessaires pour atteindre le but du mandat. Concrètement, il implique notamment que l'administrateur non directeur évite de se trouver dans une situation de conflits d'intérêts telle que:

- les situations de dépendance à l'égard d'une tierce personne morale ou physique;
- les contrats avec soi-même ainsi que la double représentation;
- les opérations d'initiés;
- le cumul de mandats;
- les problèmes de concurrence.

Rappelons que l'administrateur non directeur se trouve plus exposé que son pair directeur à violer son devoir de fidélité, en raison de la large autonomie dont il bénéficie hors du cercle des activités de la société. Pourtant, de manière générale, la violation du devoir de fidélité n'est pas, en Suisse, propre à une espèce d'administrateurs, singulièrement aux administrateurs non directeurs. Dès lors, les divers cas de violation du devoir de fidélité ne seront pas examinés ici plus en détail.

La situation est différente aux Etats-Unis, où les administrateurs non directeurs constituent la cible essentielle des actions pour violation du devoir (notamment) de fidélité(379).

5.3 Devoir de diligence

5.3.1 Base légale et définition

L'art. 722 al. 1 CO (respectivement l'art. 717 du projet de loi) fait expressément mention du devoir général de diligence. Cette disposition est à rapprocher de l'art. 754 CO qui sanctionne les violations du devoir de diligence en rendant notamment les administrateurs responsables de toute faute, même légère(380).

378) *Contra* Funk, N. 1 ad art. 722 CO, pour lequel les administrateurs non directeurs sont autorisés, en tant qu'actionnaires, à défendre aussi leurs propres intérêts, voire ceux d'un groupe d'actionnaires dont ils seraient les représentants, pour autant que le principe de la bonne foi soit respecté.

379) Cf. partie Etats-Unis 5.1 et note (145).

380) Bùrgi, N. 3 ad art. 722 CO; Lustenberger, p. 116 et 164 et ss.

La diligence consiste à apporter à l'accomplissement d'une tâche tout le soin, et à faire preuve de toute la célérité, requis par les circonstances. Non seulement un acte positif, mais également un comportement passif peuvent constituer une violation du devoir de diligence. Les administrateurs non directeurs sujets à responsabilité se verront du reste le plus souvent reprocher un manque d'attention à l'égard de certaines activités des délégués. Ainsi en va-t-il des administrateurs non directeurs qui, par souci d'alléger leur tâche, accordent une confiance par trop étendue aux délégués.

La diligence attendue des administrateurs non directeurs ne s'applique bien entendu, qu'aux seules attributions indéléguables et indéléguées(381).

5.3.2 Etendue

Fondamentalement, l'étendue du devoir de diligence s'apprécie de manière objective en tenant compte de toutes les circonstances(382). Dans un cas concret, la diligence requise est déterminée par rapport à la prestation exigible d'un administrateur consciencieux et raisonnable dans les mêmes circonstances(383). Elle varie par conséquent selon la nature de l'entreprise envisagée, sa grandeur, les tâches assignées aux diverses catégories d'administrateurs(384). En concrétisant la mesure de la diligence, l'on tend à limiter, de manière générale, la responsabilité des administrateurs et à faire supporter à ces derniers un risque raisonnable en rapport avec la vie pratique(385).

Si l'on peut admettre avec le Conseil fédéral qu'en matière de délégation "l'étendue du devoir de diligence... est assez considérable"(386), les administrateurs non directeurs ne sont cependant pas responsables de décisions erronées, à moins que le processus de prise de décisions n'ait été vicié(387).

381) Lustenberger, p. 129 et ss; comp. Horber, p. 116/116.

382) Zimmermann, p. 23/24; Biggel, p. 61; Schucany, N. 2^a ad art. 754 CO; Bürgi, N. 3 ad art. 722 CO; Schulthes, p. 51.

383) Comp. Forstmoser, "Die Verantwortlichkeit", p. 63; Rolf Bär, "Verantwortlichkeit", p. 463; Nirech, "Administrateurs", p. 254; Burckhardt, p. 164; Meier-Wehrli, p. 30 et ss; Zellweger, p. 29 et ss; Lustenberger, p. 117-118.

384) A cet égard, il convient de transposer au cas des administrateurs non directeurs la constatation de Hirsch, selon laquelle est exigible de l'administrateur "la diligence objectivement nécessaire dans la société qu'il doit administrer" ("Administrateurs", p. 254). C'est ainsi que l'on lira "surveiller" en lieu et place d'"administrer".

385) Lustenberger, p. 118; Meier-Wehrli, p. 30.

386) FF 1983 II 964, N. 381.

387) Lustenberger, p. 120. Cf. von Greyerz, "Verantwortung", p. 65.

5.3.3 Comportement conforme au devoir de diligence

5.3.3.1 Généralités

L'exécution appropriée du devoir de diligence requiert toute l'attention des administrateurs non directeurs s'agissant d'activités importantes. Elle nécessite la participation de chacun d'entre eux aux séances du conseil d'administration lors de la prise de décisions essentielles sortant du cours ordinaire des affaires sociales(388).

Le devoir de diligence exige également que l'administrateur non directeur refuse d'adhérer à une décision contraire aux intérêts de la société et prenne toutes les mesures pour empêcher son exécution(389).

5.3.3.2 Devoir particulier de discrétion

Ce devoir, non écrit(390), concerne principalement les administrateurs non directeurs. En effet, de par leurs multiples occupations, ces derniers seront (ici également) plus facilement tentés de divulguer certaines informations recueillies au sein de la société intéressée.

Le devoir de discrétion s'étend à toutes les activités de la société dont le caractère justifie le silence.

388) Schucany, N. 4 ad art. 722 CO; cette participation est d'autant plus importante qu'en vertu de l'art. 713 CO, les administrateurs non directeurs ne peuvent exercer leurs droits qu'en séance.

389) Meier-Wehli, p. 32.

390) Sur ce devoir, Cf. Bürgi, N. 11 et 12 ad art. 722 CO; Thalmann, p. 99 et ss; Burckhardt, p. 53 et ss, not. 55 et ss; Schulthess, p. 52; Schucany, N. 1 art. 722 CO; Funk, N. 1 ad art. 722 CO.

CHAPITRE 6: RAPPORTS ENTRE LES ADMINISTRATEURS NON DIRECTEURS ET LES AUTRES ORGANES SOCIAUX

Ce chapitre a pour but de mieux situer les administrateurs non directeurs dans le cadre de la société.

6.1 Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'assemblée générale

Les administrateurs non directeurs et l'assemblée générale des actionnaires exercent chacun, comme fonction essentielle, selon les méthodes et en vertu de compétences différentes, une certaine forme de surveillance sur la gestion. L'interaction des deux types de surveillance constitue la base principale des rapports entre ces deux organes.

Les tâches de surveillance de l'assemblée générale(391) consistent en:

- la nomination et la révocation des administrateurs (et le cas échéant des directeurs) (art. 698 al. 2 ch. 2 CO, 708 CO et 705 CO);
- l'approbation du compte de pertes et profits, du bilan et du rapport de gestion (art. 698 al. 2 ch. 3 CO);
- la détermination de l'emploi du bénéfice net (art. 698 al. 2 ch. 3 CO);
- la décharge (art. 698 al. 2 ch. 4 CO), dont la portée pratique est souvent restreinte(392).

6.1.1 Nomination et révocation des administrateurs non directeurs.

L'assemblée générale a l'obligation de nommer les administrateurs (non directeurs) (art. 698 al. 2 ch. 2 CO et 708 CO). Elle a en outre le droit de révoquer en tout temps les administrateurs (non directeurs) individuellement ou le conseil d'administration in globo (art. 705 CO)(393). Cela entraîne une certaine dépendance des administrateurs non directeurs par rapport à l'assemblée générale.

Dans la pratique, la marge de manoeuvre de l'assemblée générale est limitée. L'assemblée générale peut difficilement révoquer les administrateurs non

391) Von Greyers, "Bilanzgenehmigung", p. 149, n'hésite pas à qualifier l'assemblée générale d'organe de surveillance ("Aufsichtsorgan").

Selon Funk, N. 5 ad art. 698 CO, non seulement l'assemblée générale est habilitée à exercer la surveillance mais elle en a en outre le devoir.

392) Cf. infra 6.1.4.

393) Cf. Niggli, p. 82.

directeurs contre la volonté des administrateurs en place. En outre les actionnaires importants empêcheront la révocation de leur représentant(394).

6.1.2 Approbation du compte de pertes et profits, du bilan et du rapport de gestion

L'assemblée générale exerce une surveillance à un deuxième niveau en examinant les comptes et le rapport de gestion implicitement acceptés par les administrateurs non directeurs dans le cadre de leur fonction de haute surveillance.

L'acceptation des comptes ne signifie nullement que l'assemblée générale approuve la manière dont les administrateurs non directeurs ont exercé la haute direction et la haute surveillance. Elle signifie tout au plus, qu'aux yeux des actionnaires, le conseil d'administration, sous la haute surveillance des administrateurs non directeurs, a présenté correctement la situation financière effective de la société et la gestion de l'année écoulée. Une remarque analogue peut être faite pour le refus d'acceptation des comptes(395).

Cette forme de surveillance n'en crée pas moins un rapport de dépendance indirecte des administrateurs non directeurs à l'égard de l'assemblée générale.

Un raisonnement similaire est applicable en ce qui concerne le rapport de gestion: par son approbation, l'assemblée se déclare simplement satisfaite des informations contenues dans ce document(396) soumis à la haute surveillance des administrateurs non directeurs. C'est dire que les rapports entre l'assemblée générale et les administrateurs non directeurs sur le plan de l'approbation des comptes et du rapport de gestion s'avèrent très indirects(397).

Par comparaison, les rapports de l'assemblée générale et des administrateurs directeurs se situent principalement au niveau de la préparation et de l'exécution des décisions de la première (art. 722 al. 2 ch. 1 CO)(398), de même qu'au niveau de la gestion proprement dite. Le rôle des administrateurs non direc-

394) Cf. Niggli, p. 83.

395) Comp. Niggli, p. 84.

396) Von Greyers, "Traité", p. 183; Funk, N. 5 ad art. 698 CO.

397) La question de savoir si l'assemblée générale a la compétence de modifier les comptes qui lui ont présentés concerne en premier lieu ses rapports avec les administrateurs directeurs. Cf. à ce sujet, en faveur de cette compétence Bürgi, N. 51 ad art. 698 CO, Funk, N. 5 ad art. 698 CO, von Greyers, "Traité", p. 183 et "Bilanzgenehmigung", p. 143 et ss, Niggli, p. 86; contre la possibilité pour l'assemblée générale de modifier les comptes: Hirsch, "Problèmes actuels", p. 14, Vischer/Rapp, p. 132 et ss.

398) Selon l'art. 716 à ch. 7 du projet de loi, l'exécution des décisions de l'assemblée générale constitue une tâche inaliénable de l'administration: seule peut être déléguée la charge de préparer ou d'exécuter les décisions du conseil d'administration en rapport avec l'exécution des décisions de l'assemblée générale.

teurs à cet égard consiste à surveiller la bonne exécution des activités des personnes chargées de la gestion de la société. Par conséquent, affirmer comme le fait Wander, que l'administrateur non directeur et l'administrateur directeur ont les mêmes rapports avec l'assemblée générale n'est pas exact(399). En effet, les administrateurs directeurs préparent ou exécutent le travail supervisé et sanctionné (la plupart du temps implicitement) par les administrateurs non directeurs, puis soumis à l'assemblée générale. Il y a donc une différence de degré qui ne ressort pas nécessairement de la pratique.

6.1.3 Détermination de l'emploi du bénéfice

La décision relative à l'emploi du bénéfice (art. 698 al. 2 ch. 3 CO) compte parmi les compétences essentielles de l'assemblée générale. Le conseil d'administration se contente de faire, sous la haute surveillance des administrateurs non directeurs, des propositions à cet égard. Les rapports entre assemblée générale et administrateurs non directeurs sur ce point revêtent donc une importance très mineure.

6.1.4 Décharge

Par la décharge (art. 698 al. 2 ch. 4 et 757 CO), l'assemblée générale admet qu'elle n'a pas de prétentions à faire valoir à l'encontre des administrateurs non directeurs, du fait de la haute direction et de la haute surveillance exercée par cette espèce d'administrateurs sur la gestion de la société(400). La portée de la décharge est limitée. Elle doit avoir été prise en toute connaissance de cause. Les actionnaires qui n'ont pas voté la décharge peuvent agir en responsabilité (art. 757 CO).

6.1.5 Information

Une information complète et exacte est indispensable à l'assemblée générale pour exercer correctement sa surveillance (notamment) sur la manière dont les administrateurs ont rempli leurs attributions de haute direction et de haute surveillance.

Le droit de l'assemblée générale à être informée apparaît comme le corollaire indispensable de son obligation de surveillance(401). Elle le fera valoir sur la

399) Page 78.

400) Meier-Wehrli, p. 116 et not. 117; comp. Bürgli, N. 78 et ss ad art. 698 CO et Niggli, p. 89; von Greyerz, "Traité", p. 184.

401) Niggli, p. 90 et 91.

base d'une décision majoritaire(402). Par ailleurs, dans le cadre de son rôle de surveillance, elle peut compter sur la diligence personnelle des actionnaires qui exerceront leur droit individuel aux renseignements (art. 696 et 697 CO) et recourront, le cas échéant, aux autres moyens de défense prévus en leur faveur par le droit de la société anonyme(403).

Dans ce contexte, les administrateurs non directeurs sont appelés à veiller à ce que les informations nécessaires et admissibles soient bien portées à la connaissance, selon les cas, de l'assemblée générale ou des actionnaires individuels.

6.2 Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'organe (et les formes dérivées) de contrôle (organe de révision selon le projet de loi).

6.2.1 Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'organe de contrôle (404)

L'organe de contrôle exerce une certaine influence préventive à l'égard des administrateurs non directeurs. En effet, par les constatations qu'il consigne dans son rapport à l'administration, il incite ceux-ci à veiller à ce que les délégués remédient à tous les défauts signalés préalablement à l'établissement de leur rapport destiné à l'assemblée générale(405). En outre, en cas d'incompréhension de certains comptes, ils peuvent se tourner vers l'organe de contrôle. Ce dernier peut ainsi constituer une aide précieuse pour les administrateurs non directeurs dans l'exercice de leur attribution de surveillance.

Il est bien entendu que pour accomplir leurs tâches, les contrôleurs ont besoin de livres et autres pièces justificatives ainsi que, le cas échéant, d'autres renseignements (art. 728 al. 2 CO). Les administrateurs non directeurs veilleront à ce que les documents soient mis à la disposition des contrôleurs et à ce que les renseignements demandés soient fournis dans la mesure du possible.

402) Niggli, p. 91.

403) Parmi ces moyens, figurent les actions en responsabilité (art. 752 et ss CO), la possibilité d'attaquer les décisions de l'assemblée générale violant la loi ou les statuts (art. 706 CO), la convocation d'une assemblée générale extraordinaire (art. 699 CO), la constatation de la nullité des décisions du conseil d'administration, le droit à la représentation d'une minorité d'actionnaires au conseil d'administration (art. 708 al. 4 CO), la faculté de demander la dissolution de la société anonyme (art. 736 ch. 4 CO).

404) Cf. sur ce point *infra* 4.5.3.2.

405) Comp. Niggli, p. 119.

6.2.2 Rapports avec le contrôle exercé par des experts comptables étrangers à la gestion de la société (art. 723 CO)(406)

Le rapport des experts étrangers à la société constitue pour l'organe de contrôle, aussi bien que pour les administrateurs non directeurs, un guide précieux sur l'attitude à adopter dans l'exercice de leurs tâches(407). Cet avantage a pour corollaire un accroissement de la responsabilité des administrateurs non directeurs en particulier. En effet, ces derniers pourraient être tentés, pour se défendre, d'exciper de leur ignorance. L'exigence que le rapport d'expertise soit porté à la connaissance du conseil d'administration (et des contrôleurs) (art. 723 al. 2 CO) pare dans une certaine mesure à cette éventualité.

Le projet de loi abroge l'art. 723 CO rendu inutile par le contenu des art. 727 b (obligation de désigner des réviseurs autorisés pour les sociétés de taille moyenne et grande) et 729 a (obligation pour les réviseurs autorisés d'établir un rapport explicatif à l'intention du conseil d'administration).

6.2.3 Rapports avec le contrôle exercé par les réviseurs des comptes de groupe (art. 731 a du projet de loi)

Le projet de loi prévoit que toute société réunissant, sous une direction unique, une ou plusieurs sociétés doit établir des comptes de groupe (art. 663 d al. 1) soumis à l'approbation de l'assemblée générale (art. 698 al. 2 ch. 3 nouveau).

Aux termes de l'article 731 a du projet de loi, la vérification de ces comptes incombe à un réviseur particulièrement qualifié. Le réviseur des comptes de groupe est désigné par le conseil d'administration de la société mère, du fait du caractère hautement spécialisé de ses activités. Mise à part cette forme de relation entre les réviseurs des comptes de groupe et les administrateurs non directeurs en particulier, les fonctions des deux entités sont totalement indépendantes. La vérification a pour objet les comptes de groupe (bilan, compte de pertes et profits, annexe). Elle tend à assurer la conformité des comptes de groupe aux dispositions légales et aux règles de consolidation (art. 731 a).

Les distinctions établies entre les fonctions de l'organe de contrôle et celles des administrateurs non directeurs s'appliquent *mutatis mutandis*, dans ce contexte, par le biais de l'art. 731 a al. 2 (selon lequel les dispositions relatives à l'indépendance et aux attributions de l'organe de révision s'appliquent par analogie aux réviseurs des comptes de groupe).

406) Cf. aussi *infra* 4.5.3.2.2.

407) Bûrgi, N. 1 et *es ad art.* 728 CO.

6.3 Rapports entre les administrateurs non directeurs et les délégués

D'une manière générale, les rapports entre administrateurs non directeurs et délégués se situent sur les plans:

- de la haute direction(408) et
- de la haute surveillance(409).

L'intensité de ces rapports diffère en fonction de l'entité qui nomme les délégués, d'où la nécessité d'opérer certaines distinctions.

6.3.1 Rapports entre les administrateurs non directeurs et les délégués, lorsque ceux-ci sont nommés par l'assemblée générale

Deux situations doivent être distinguées dans ce contexte:

- *l'assemblée générale nomme les délégués et procède de manière directe, à la délégation de la gestion et de la représentation.*

Dans cette éventualité (inconcevable sous l'empire du projet de loi(410)), l'assemblée générale est aussi seule compétente pour révoquer les délégués. Par ailleurs, une fois les tâches déléguées par l'assemblée générale sur une base statutaire (explicitée, le cas échéant, dans un règlement(411)), elles ne sont plus du ressort du conseil d'administration in corpore. Libérés de toute responsabilité en matière de nomination des délégués, les administrateurs non directeurs restent tenus de remplir les autres tâches inhérentes à la haute direction et d'exercer la haute surveillance sur les activités des délégués.

Dans ce cas, les délégués occupent, face aux administrateurs non directeurs, la plus solide position de force envisageable, au regard de la loi.

- *L'assemblée générale nomme les délégués, laissant aux administrateurs non directeurs le soin de régler leurs compétences, par le biais d'un règlement, dans le cadre fixé par les statuts.*

408) Cf. infra 4.5.2.

409) Cf. infra 4.5.3.

410) Le projet de loi prévoit que le conseil d'administration est seul compétent pour désigner les délégués (art. 716 a al. 1 ch. 4 à rapprocher des art. 716 b al. 1 et 716 al. 2).

411) Ce règlement, dans un tel cas, émanera de l'assemblée générale. Eigenmann, p. 16, souligne en effet que chaque organe a la compétence d'édicter les règles de conduite obligatoires s'agissant de sa sphère de compétences ou de celle d'un organe subordonné.

La situation en matière de nomination et de révocation des intéressés est semblable à celle du cas précédent(412), mais les administrateurs non directeurs disposent de la possibilité de déterminer les compétences des délégués ainsi que de les modifier.

6.3.2 Rapports entre les administrateurs non directeurs et les délégués, lorsque ceux-ci sont nommés par le conseil d'administration

Il s'impose, ici également, de distinguer deux situations:

- *le conseil d'administration nomme les délégués et détermine la sphère de leurs compétences(413)*

La dépendance des délégués à l'égard des administrateurs non directeurs est particulièrement marquée. Les administrateurs délégants peuvent révoquer en tout temps les délégués(414), mais non leur qualité éventuelle d'administrateur.

Par ailleurs, les administrateurs non directeurs sont habilités à restreindre en tout temps la sphère des compétences transférées, dès lors qu'ils l'ont déterminée eux-mêmes par règlement. Cette mesure exige une simple modification du règlement.

Dans cette hypothèse, la plus fréquente, les administrateurs non directeurs sont tenus d'exercer une surveillance, plus étroite que dans les autres cas, sur les personnes chargées de la gestion et de la représentation.

- *le conseil d'administration nomme les délégués, l'assemblée générale détermine la sphère de leurs compétences(415)*

Dans cette éventualité, les administrateurs non directeurs ne peuvent ni s'immiscer dans le domaine de compétences des délégués, ni modifier le document délimitant leurs tâches. Ils seraient tout au plus habilités, dans les mêmes termes que le cas précédent, à révoquer en tout temps les délégués, si cette mesure leur paraissait justifiée.

412) Les observations émises en relation avec la note 410 supra s'appliquent ici également.

413) Cette situation est la seule prévue et possible aux termes du projet de loi.

414) Art. 726 al. 1 CO à comp. avec art. 716 a al. 1 ch. 4 du projet de loi.

415) Cette situation est inconcevable selon le projet de loi.

CHAPITRE 7: LA RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATEUR NON DIRECTEUR

7.1 Introduction

La responsabilité des organes chargés de l'administration au sens étroit et de la gestion au sens large dépend étroitement de l'organisation de l'entreprise. En s'appuyant sur la jurisprudence et la doctrine, ce chapitre a pour objet l'analyse du rôle joué par la délégation sur la détermination de la responsabilité de l'administrateur non directeur.

D'un côté, il est logique qu'une délégation licite entraîne une diminution de la responsabilité des délégués. Priver systématiquement d'effets une délégation qui remplit certaines conditions précises ou rendre trop difficile la preuve libératoire exigée du délégué reviendrait à dénier toute valeur à la délégation. D'un autre côté, admettre que toute délégation prévue par les statuts ou le règlement limite la responsabilité du délégué enlèverait au conseil d'administration sa raison d'être(416).

La délégation ne pose donc pas le problème du principe de la responsabilité, mais celui de l'étendue de la responsabilité(417).

Ce préambule fait ressortir l'importance d'une réglementation à la fois claire et rationnelle des effets de la délégation sur la responsabilité de l'administrateur non directeur.

La délégation constitue sans aucun doute le pilier du système de responsabilité des administrateurs non directeurs. Elle influence de façon déterminante l'élément d'illicéité (ci-après 7.2), puisque là où le recours à la délégation est maximal, la responsabilité des délégués n'est engagée qu'en cas d'illicéité de la délégation elle-même ou en cas de violation des attributions inaliénables. Elle différencie de manière caractéristique la responsabilité des administrateurs non directeurs de celle des délégués(418).

La délégation élargit le cercle originaire des personnes responsables de la gestion au sens large: la question des conséquences de la délégation sur la responsabilité des délégués fera l'objet de quelques brefs développements (ci-après 7.3).

416) Comp. Horber, p. 112.

417) Horber, p. 110.

418) Comp. von Greyerz, p. 299 et 300.

Les problèmes de la solidarité concernant les administrateurs non directeurs seront aussi abordés dans ce chapitre (ci-après 7.4)(419).

Le système de responsabilité actuel, analysé ci-après sous un angle particulier et adapté (le cas échéant) pour tenir compte des développements précédents, paraît préférable à la solution apportée par le projet de loi. La section 7.5 contient une présentation et une critique du système de responsabilité institué par ledit projet.

7.2 Illicéité

7.2.1 Généralités

L'illicéité ou acte illicite, premier élément constitutif de la responsabilité instituée par l'art. 754 CO, est traditionnellement définie comme:

"Un comportement objectivement contraire à des ordres ou à des interdictions du droit écrit ou non écrit, fédéral ou cantonal, qui tendent à protéger le bien juridique lésé."(420).

Ainsi que le fait remarquer, à juste titre, Forstmoser, la définition classique de l'acte illicite est trop étroite s'agissant de l'application de l'art. 754 CO, dès l'instant où elle n'englobe pas les comportements contraires à des obligations contractuelles ou quasi contractuelles(421).

Il y a dès lors acte illicite de la part des délégués:

- en cas d'illicéité de la délégation elle-même ou
- (si la délégation est autorisée) en cas de violation des devoirs de haute direction et/ou de haute surveillance.

7.2.2 Délégation illicite

Le caractère illicite de la délégation résulte d'une violation du droit: absence de base juridique(422) ou délégation de tâches inaliénables. Dans ce deuxième cas, l'énumération exhaustive des tâches indéléguables facilite la mise en cause de la

419) Pour une étude plus complète de la responsabilité des administrateurs en général, il est renvoyé à la doctrine.

420) ATF 82 II 28; 88 II 280/281; 90 II 279; 94 I 642/643. Oßinger, vol. I, 1975, sect. 4 p. 134-137 et bibliographie citée; Deachenaux/Tercier, paragraphe 6, p. 67 et ss; von Tuhr/Peter, vol. I, sect. 46, not. p. 408 et 409.

421) "Die Verantwortlichkeit", N. 175 et 176, p. 57.

422) Cf. infra 4.3.

responsabilité des administrateurs non directeurs et renforce par là même la protection des actionnaires et des créanciers.

En cas de délégation illicite, les administrateurs non directeurs sont responsables, en vertu des art. 399 al. 1 et 754 CO, de tous les actes et omissions des délégués, comme s'il s'agissait des leurs propres(423).

La délégation de tâches inaliénables entraîne, en cas de faute des intéressés et de création d'un dommage, la responsabilité solidaire des administrateurs non directeurs (délégants), même si certains aspects de ces attributions ont été répartis entre eux pour en faciliter l'exécution(424).

7.2.3 Illicé dans le cadre de la délégation autorisée

7.2.3.1 Principe de responsabilité et exonération

Dans les cas où, en vertu des statuts et/ou d'un règlement prévu par les statuts, les administrateurs ont fait usage au maximum de leur droit de délégation, les délégants ne sont responsables que d'un manquement dans l'accomplissement de leurs attributions inaliénables(425).

Les rares décisions mettant en cause la responsabilité des administrateurs non directeurs l'ont été essentiellement pour violation de leur devoir de haute surveillance. Leur intérêt justifie quelques développements.

7.2.3.2 Culpa in custodendo(426)

Une analyse synthétique des décisions jurisprudentielles fait ressortir que les administrateurs non directeurs manquent à leur devoir de haute surveillance notamment:

- s'ils se désintéressent de la manière dont les dirigeants gèrent et représentent la société;

423) Hirsch, "Administrateurs", p. 259.

424) Contra Horber, p. 139/140, selon lequel un administrateur non directeur s'étant vu attribuer un secteur particulier des tâches inaliénables (par ex. le devoir de procéder à la nomination des délégués) ne sera pas responsable des fautes commises par les administrateurs non directeurs chargés du devoir de donner des instructions et du devoir de surveillance. Il est bien entendu que si, dans un tel contexte, l'intéressé a commis une faute pour n'avoir pas, par exemple, exercé la surveillance nécessaire, il sera responsable solidairement avec les autres administrateurs non directeurs.

425) Cf. infra 4.5.

426) Cf. infra 4.5.3.

- s'ils ne s'efforcent pas de trouver la source et les impacts d'une irrégularité décelée dans la gestion;
- s'ils ne s'assurent pas de la conformité de la structure sociale aux besoins de l'entreprise;
- s'ils ne prennent pas les mesures nécessaires pour remédier aux situations insatisfaisantes;
- s'ils ne s'assurent pas du respect de certaines dispositions légales.

L'arrêt relativement récent du Tribunal fédéral publié au **RO 97 II 403(427)** expose de manière explicite un cas de violation du devoir de haute surveillance.

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que le conseil d'administration doit vérifier, non pas chaque affaire isolément, mais l'activité générale des personnes chargées de la gestion et la marche des affaires dans son ensemble. Il observe ensuite qu'en présence d'un certain nombre d'indices sérieux de gestion frauduleuse, un comportement passif constitue une violation du devoir de haute surveillance. En l'occurrence, l'un des deux administrateurs non directeurs avait approuvé, sans l'examiner ou sans le faire examiner par des experts, un rapport contenant de fausses informations destiné à la Commission fédérale des banques. Les administrateurs non directeurs devaient bien supposer que les dirigeants s'efforçaient de dissimuler certains faits en comptabilisant à part une opération qui n'avait aucune raison d'être traitée spécialement. Dès lors, les deux administrateurs non directeurs étaient tenus d'exiger des éclaircissements des dirigeants et, au besoin, de vérifier ou de faire vérifier par des experts la comptabilité interne, ce qui leur aurait permis de découvrir la véritable situation de la société.

Parmi les autres cas de violation du devoir de surveillance, constatées par des tribunaux, on peut citer les décisions suivantes:

- **RSJ 38 (1941/1942) p. 74**

Dans cet arrêt, le Tribunal cantonal vaudois a notamment reproché aux administrateurs non directeurs d'avoir négligé de réviser les comptes de crédit, comme le prévoyaient les statuts, et d'avoir ainsi rendu possible l'octroi de

427) *Affaire Zürcher et Cons. contre Kredit- und Verwaltungsbank Zug AG, société en liquidation par voie de faillite, 9 novembre 1871.*

crédits non garantis ayant contribué, selon les experts, à la ruine de l'entreprise(428).

- SAS 17 (1944/1945), p. 198 et ss, JT 93 (1945) 1, p. 244 et ss

En l'occurrence, le conseil d'administration s'est vu reprocher par le Tribunal fédéral une violation du devoir de haute surveillance résultant de la méconnaissance de deux dispositions impératives de la loi:

- o l'art. 665 CO qui interdit de porter au bilan les installations permanentes de l'exploitation pour une valeur supérieure à leur prix d'achat ou de revient, déduction faite des amortissements commandés par les circonstances,
- o l'art. 725 CO qui ordonne aux administrateurs de prendre des mesures bien précises lorsque le bilan révèle la perte de la moitié du capital social, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre le surendettement de la société ou si l'actif ne couvre plus les dettes.

- ATF 92 (1966) II 243 et ss, Besse contre Matières Minérales SA

La violation du devoir de haute surveillance retenue à charge des administrateurs (non directeurs) résulte de l'approbation d'un bilan de nature à léser les actionnaires minoritaires. Une dette, constituée en faveur d'actionnaires majoritaires ou de tiers agissant en collusion avec eux, avait en effet été inscrite au bilan, alors que son existence était douteuse.

- BZR 82 (1983), N. 57, p. 150 et ss, spéc. 154

Faire aveuglément confiance aux directeurs en leur laissant une liberté complète constitue également une violation du devoir de haute surveillance. En l'occurrence, le tribunal a reproché à l'administratrice unique de ne pas s'être assurée de l'existence d'un plan financier satisfaisant et de n'avoir pas pris les mesures prévues à l'art. 725 al. 2 CO.

428) Parmi les circonstances aggravantes retenues à charge des administrateurs, le tribunal a cité en l'espèce: la courte durée des séances du conseil; les nombreuses absences des administrateurs aux séances; la mauvaise constitution du comité de direction qui ne comprenait pas de banquiers; la formation professionnelle, l'expérience et la personnalité digne de confiance des administrateurs; la rémunération des fonctions; l'excès de confiance à l'endroit du directeur; l'absence d'un contrôle spécial au début de la marche de l'établissement nouvellement créé; les larges pouvoirs accordés aux administrateurs sujets à responsabilité.

Comme circonstances atténuantes, il a retenu: le fait que le dommage, dans une notable proportion, ne soit que le résultat indirect des fautes commises; le climat spéculatif régnant en l'année 1928; le fait que les directeurs aient systématiquement trompé les organes de la direction par des bilans illusoires.

Les décisions susmentionnées(429) pénalisent surtout un comportement passif, attitude particulièrement fautive, si l'on songe à la pression morale exercée sur les dirigeants par la présence d'administrateurs chargés de surveiller leurs activités.

En fait, assurée par les administrateurs non directeurs, la garantie d'un examen de la gestion à un deuxième degré constitue l'une des raisons d'être de cette espèce d'administrateurs. Une surveillance exercée par tous les administrateurs, sur une base collégiale, permet à chacun d'eux de contribuer à la bonne marche de la société, au travers de ses capacités, de sa formation et des connaissances précises en fonction desquelles il a obtenu son mandat. Cet aspect de la collégialité vise à rétablir ou à assurer, selon les cas, la sécurité qu'a recherchée l'assemblée générale, en désignant chaque administrateur non directeur individuel.

7.3 Conséquences de la délégation sur la responsabilité des délégants en relation avec celle des délégués

7.3.1 Introduction

La délégation a pour effet d'accroître le cercle originare des personnes chargées de l'administration au sens étroit et de la gestion au sens large selon l'art. 754 CO(430). Elle fait éclater la notion d'organe formel résultant de la lettre de l'art. 754 CO au profit de celle d'organe matériel(431).

C'est ainsi que sont soumises à la responsabilité de l'art. 754 CO, toutes les personnes prenant des décisions entrant dans la sphère de compétences d'organes formels de même que toutes celles qui participent de manière décisive à la formation de la volonté sociale.

Par l'effet de la délégation, délégants et délégués peuvent ainsi être amenés à répondre de manière solidaire.

429) Pour un tableau complet des décisions dans lesquelles le conseil d'administration a été mis en cause, sans rapport direct toutefois avec le sujet précis de ce travail, Cf. Forstmoser, "Die Verantwortlichkeit", N. 526 à 548, pages 136 et ss.

430) Cf. Horber, p. 124 et ss.

431) Cf. ATF 107 II 353/354; 102 II 359; 87 II 187/188; Forstmoser-Meier-Hayoz, p. 135 et 184; Forstmoser, "Die Verantwortlichkeit", p. 28 et 125 et ss; Bürgi/Nordmann-Zimmermann, N. 119 ad art. 753/ 754 CO; Schucany, N. 1 ad art. 754 CO.

7.3.2 Responsabilités respectives des délégants et délégués

7.3.2.1 Généralités

La structure et l'organisation de la société constituent des facteurs déterminants dans l'appréciation des responsabilités respectives(432).

Les délégants ne répondent en principe que de la violation de leurs attributions inaliénables, voire de la violation des tâches non déléguées, comprenant également, dans un sens large, les tâches déléguées mais "reprises" par les délégants.

Les délégués, de leur côté, sont exposés à la responsabilité des art. 754 et ss CO, pour la violation des attributions qui leur ont été valablement déléguées et, en outre, en vertu de la notion d'organe matériel, de toutes les tâches de gestion et de représentation, de nature à influencer la formation de la volonté sociale, auxquelles ils participent de manière décisive(433).

7.3.2.2 Distinction en matière de responsabilité selon la qualité du délégué

La qualité interne (autre administrateur) ou externe (directeur) du délégué ne joue par un rôle déterminant dans l'appréciation des responsabilités respectives des délégants et délégués. Toutefois selon les circonstances et non sans réticence, l'on peut admettre qu'en cas de délégation à des administrateurs, les exigences en matière de *cura in eligendo*, *cura in instruendo* et *cura in custodiendo* soient moins élevées qu'en cas de délégation à des tiers(434).

7.3.2.3 Distinction résultant de la faculté ou de l'absence de faculté de sous-déléguer

Dans le cas où la délégation originaire comprend *la faculté de sous-déléguer*(435), l'identité de la personne qui sera effectivement chargée des attributions déléguées demeure incertaine. Ce facteur d'insécurité accroît les exigences du *cura in eligendo*. Les délégants sont tenus de s'assurer du fait que le délégué originaire est à même de choisir avec soin le délégué subséquent (et ainsi de suite, du reste).

432) BGr, "Verantwortlichkeit", p. 487; Buchmann, p. 5 et ss.; Horber, p. 128/127.

433) Comp. ATF 107 II 363 et ss.; Horber, p. 131/132.

434) Cf. infra 4.5.2.2 et ss.; Horber, p. 128/129.

435) Cf. infra 4.4.4.1 in fine, position de Horber.

Dans la même hypothèse, délégants et délégués se partagent les divers aspects du *cura in instruendo*, les premiers donnant les instructions de base, les seconds des instructions spécifiques(436).

Enfin, lorsque certains aspects du *cura in custodiendo* sont délégués avec la faculté de les sous-déléguer(437), les délégants resteront uniquement tenus de surveiller l'activité de surveillance du délégué originaire(438).

Dans tous les cas les administrateurs non directeurs délégants, restent responsables de la haute direction et de la haute surveillance.

A contrario, en l'absence de faculté de sous-déléguer, les exigences en matière de *cura in eligendo*, peuvent n'être pas tout aussi strictes que dans le cas précédent, sans être cependant négligeables du fait de l'importance capitale de ce devoir(439).

Dans la même hypothèse, les exigences en matière de *cura in instruendo* et de *cura in custodiendo* sont nettement plus élevées, puisqu'il y a rapport direct entre délégant originaire et délégué chargé de l'exécution immédiate des attributions déléguées.

Quant à la responsabilité du délégué originaire procédant à une sous-délégation, elle est limitée, à l'instar de celle du délégant originaire, et dans une mesure comparable, aux trois *cura*. Les délégués n'ayant pas la qualité d'administrateurs n'assument toutefois aucune responsabilité pour la haute direction et la haute surveillance, attributions du ressort exclusif du conseil d'administration in corpore(440).

7.3.2.4 Distinction résultant de la supériorité hiérarchique des délégants originaires (hypothèse où la sous-délégation est autorisée)

La première délégation délimite très précisément le domaine et l'étendue des compétences que le délégué originaire pourra à son tour transférer. Ces restrictions imposées au délégué originaire conduisent tout naturellement à une diminution de responsabilité par comparaison avec celle à laquelle sont exposés les délégants originaires. Il en va de même de toutes les délégations subséquentes.

436) Cf. infra 4.5.2.2; Horber, p. 133.

437) Cf. infra 4.5.3.1 in initio.

438) Cf. infra 4.5.3.4 in fine texte en relation avec la note (316).

439) Cf. infra 4.5.2.2 in initio.

440) Cf. infra 4.5.2 et 4.5.3.

C'est ainsi que, dans l'échelle de la délégation, du fait sa proximité immédiate avec le délégant originaire et du fait du domaine plus étendu de ses attributions, le délégué originaire sera exposé à une plus grande responsabilité que le délégué ultime (par ex. un fondé de pouvoirs)(441).

7.4 Solidarité

7.4.1 Introduction

La solidarité de l'art. 759 CO est parfaite. Contrairement à l'art. 50 al. 1 CO, prévoyant une responsabilité solidaire dans le seul cas de dommage causé conjointement, la solidarité de l'art. 759 al. 1 CO prend effet dès que plusieurs personnes sont responsables du même dommage(442). Plus précisément, la solidarité de l'art. 759 CO existe si plusieurs personnes désignées à l'art. 754 CO ont provoqué chacune, par leur(s) faute(s) et leur(s) acte(s) illicite(s) respectifs, un dommage qui se trouve en rapport de causalité adéquate avec l'attitude et les actes répréhensibles. Il n'est pas nécessaire que ces derniers soient la cause unique du dommage: une cause partielle suffit(443).

Selon les règles générales sur la solidarité, chaque débiteur solidaire est responsable pour le tout et peut être actionné pour l'intégralité du dommage (art. 144 al. 1 CO).

Dans ce contexte, la question se pose de savoir si, en cas de responsabilité solidaire, l'administrateur non directeur peut voir sa responsabilité diminuée ou exclue du fait de circonstances particulières. Plus précisément, les principes des articles 41 et ss CO, notamment 43 al. 1 et 44 CO, applicables lors de la détermination des dommages et intérêts en matière délictuelle, peuvent-ils intervenir dans l'évaluation de la responsabilité basée sur les articles 754 et ss CO?

441) Cf. Horber, p. 138.

442) Comp. Forstmoser, "Die Verantwortlichkeit", N. 262, p. 76; Bürgi/Nordmann-Zimmermann, N. 2 ad art. 759 CO et références, à comp. avec ATF 97 II 389 et ss.

443) Forstmoser, ibidem, N. 190, p. 60 et N. 278, p. 79.

7.4.2 Facteurs susceptibles d'influencer le montant des dommages et intérêts requis de l'administrateur non directeur

Article 43 al. 1 CO(444)

La doctrine est très partagée s'agissant de l'application de cette disposition en matière de responsabilité instituée par les articles 754 et ss CO(445). Le Tribunal fédéral quant à lui a toujours soutenu que la responsabilité de l'article 754 doit être totale "pour assurer au lésé la satisfaction la plus complète possible de sa prétention"(446).

Dans un arrêt de 1973 (ATF 97 II 403 et ss), le Tribunal fédéral a déclaré solidairement responsables les administrateurs directeurs et les deux administrateurs non directeurs bien que leur responsabilité découlât de causes différentes (respectivement d'actes illicites et de la violation du devoir de surveillance). Ce faisant, il laisse entendre que l'article 43 al. 1 CO est inapplicable en cas de responsabilité solidaire de l'article 759 CO. Toutefois, comme le fait remarquer Hirsch(447), le dernier paragraphe de l'arrêt laisse pour le moins planer le doute. En effet, le Tribunal fédéral y souligne que, même en cas de solidarité parfaite, le comportement du coresponsable pourrait être invoquée dans deux circonstances:

- s'il interrompt le lien de causalité entre le comportement de l'intéressé et le dommage (libération de toute responsabilité);
- s'il atténue la faute de l'intéressé (diminution de responsabilité).

Dès lors, cette décision ne clôt pas la controverse divisant la doctrine sur le point de savoir si un coauteur peut invoquer une cause de réduction des dommages et intérêts lorsque divers personnes sont toutes responsables d'un même dommage.

Il faut bien admettre avec Bürgi/Nordmann-Zimmermann(448) que la loi n'offre aucun appui à une éventuelle inapplicabilité de l'art. 43 CO dans ce

444) "Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute."

445) Pour un tableau complet des positions respectives: Forstmoser, "Die Verantwortlichkeit", N. 282 à 292 p. 79 et ss; Albers-Schönberg, p. 109 à 111; Horber, p. 80 à 45.

446) ATF 66 II 118; 89 II 122; 93 II 322 et 97 II 415-416. Adhèrent à la position du Tribunal fédéral notamment Holzach, p. 84; Schucany, art. 759 CO; Zellweger, p. 68 et ss, ainsi que tous les auteurs cités par Forstmoser dans "Die Verantwortlichkeit" au N. 285, p. 80. Rejetent cette position notamment Bürgi/Nordmann-Zimmermann N. 15 ad. art. 759 CO; Forstmoser, RJS 78 (1982) p. 369/370; Meier-Wehrli, p. 45 et ss.

447) Note parue au JT 1973 I p. 77 et ss, not. 79 et 80.

448) N. 15 ad art. 759 CO.

contexte. Par ailleurs, la non-application de l'art. 43 al. 1 CO en matière de responsabilité instituée par les art. 754 et ss CO est choquante. En effet, ainsi que le relève à juste titre Horber, si la faute de chaque coresponsable n'est pas prise en considération dans les rapports externes, en tant que facteur différentiel, il peut arriver que la personne lésée réclame la couverture du dommage à une personne ayant commis une faute d'importance mineure(449), notamment en cas d'insolvabilité du principal responsable. Dans tous les cas, il serait inéquitable que l'application des facteurs de réduction de l'art. 43 CO dépende du nombre de coresponsables(450).

Les divers degrés de faute résultant de la délégation d'attributions exigent, par respect du principe de l'équité, l'application d'un traitement différentiel(451). L'art. 759 CO ne saurait faire obstacle à cette solution: il doit être considéré comme une disposition spéciale en matière de responsabilité solidaire et non comme un principe aggravant la responsabilité. Cette interprétation de l'art. 759 CO conduit à admettre que la solidarité ne porte que sur un montant équivalent à la partie du dommage dont la réparation incombe au coresponsable le moins fautif, après la prise en compte des facteurs individuels de réduction(452).

Une telle approche respecte les particularités individuelles et présente l'avantage de ne pas imputer aux coresponsables solidaires une responsabilité plus lourde que celle à laquelle chacun d'eux serait tenu en l'absence d'autres responsables(453).

449) Horber, p. 32.

450) Comp. Bürgi N. 7 ad art. 712 CO; Horber, p. 36.

451) Comp. Horber, p. 36.

452) Ainsi, dans le cas où A, B et C sont respectivement responsables à raison de 80%, 60% et 20% du dommage, la solidarité ne portera que sur le 20%, constituant le dénominateur commun de la responsabilité (Cf. Horber, p. 36 et exemple 2 figurant à la fin de son ouvrage).

453) Est aussi inéquitable à cet égard, dans la mesure où seul le coresponsable le plus fautif en profite, la théorie intermédiaire de Reichwein, selon laquelle la solidarité est limitée pour tous les coresponsables au montant du dommage causé par le plus fautif (p. 131). Le Tribunal fédéral a du reste catégoriquement rejeté cette théorie, ATF 97 II 416.

Article 44 al. 1 et 2 CO(454)

L'art. 44 CO ne présente pas de particularités s'agissant des administrateurs non directeurs(455). Il est en principe applicable en cas de pluralité de responsables(456). En outre, d'après l'opinion dominante il peut s'appliquer dans les rapports externes(457).

Article 99 al. 2 CO(458)

L'absence de (ou la faible) rétribution de l'administrateur non directeur (par comparaison avec celle de l'administrateur directeur) pourrait-elle donner lieu à une réduction de l'étendue de la réparation du premier? Une réponse négative s'impose, de manière à ne pas vider de son sens l'art. 722 CO. Il convient dès lors d'admettre que tous les administrateurs sont tenus au même devoir minimum de diligence et que plus la rémunération est importante, plus les exigences de diligence et de fidélité seront élevées(459).

Une faible rémunération pourra, par contre, constituer un facteur de réduction de la responsabilité dans le cadre du recours interne.

7.4.3 Responsabilité pour le dommage global ou pour le dommage effectivement causé?

La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si, dans le cas d'une causalité (adéquate) partielle, les administrateurs non directeurs répondent de l'ensemble du dommage ou seulement de la partie du dommage causée (de manière adéquate) par leur propre comportement répréhensible(460).

454) "Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque les faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts."

455) Voir notamment: Bürgi/Nordmann-Zimmermann, N. 16 à 18 ad art. 759 CO; Hirsch, "Administrateurs", p. 265; Zaliweger, p. 81/82; Forstmoser, N. 279 à 281, p. 79.

456) Forstmoser, N. 279, p. 79.

457) Forstmoser, N. 281, p. 79.

458) Aux termes de cette disposition la responsabilité contractuelle "s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur."

459) Cf. sur ce point Holzach, p. 86; Forstmoser, ibidem N. 298, p. 83.

460) Bürgi/Nordmann-Zimmermann, N. 4 ad art. 759 CO.

Oftinger, notamment, estime que les intéressés sont responsables solidairement aussi de la partie du dommage non causée par leur comportement fautif et contraire au droit, pour le motif que cette solution améliore la position du lésé(461).

En se référant, dans une certaine mesure, à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 86 II 171 et ss et 93 II 29 et ss), Forstmoser s'oppose catégoriquement à Oftinger à juste titre(462). A son avis, les intéressés ne sont responsables que du dommage causé, de manière adéquate, par leur comportement. Cette opinion correspond du reste à la lettre de l'art. 759 al. 1 CO, selon lequel, (seules) les personnes répondant du *même dommage* sont soumises au principe de la solidarité(463).

Sur cette base, il convient d'établir des distinctions selon le caractère direct ou indirect du dommage.

Les administrateurs non directeurs ne devraient en principe être tenus solidairement responsables avec les autres organes que pour la partie du dommage causé *directement* et de manière adéquate, par leur comportement répréhensible. Une telle situation survient, par exemple, dans les cas extrêmes où les administrateurs non directeurs ont fixé une politique d'entreprise allant à l'encontre des intérêts de la société, ou ont désigné des délégués de toute évidence incapables ou encore ont donné aux délégués des instructions défectueuses.

Là où le dommage n'est imputable qu'*indirectement* au comportement des administrateurs non directeurs, soit notamment en cas de surveillance insuffisante des délégués, il conviendra d'examiner soigneusement si l'on se trouve en présence d'une causalité adéquate ou non(464).

En effet, la responsabilité solidaire des administrateurs non directeurs ne peut être engagée que si un comportement conforme au devoir et au droit aurait pu prévenir le dommage. En d'autres termes, le lien de causalité fait défaut si un comportement même irréprochable n'aurait pas permis d'éviter le dommage(465). Il en va ainsi par exemple lorsque l'exercice diligent de la surveillance n'aurait pas permis aux administrateurs non directeurs de découvrir les

461) Page 337 et références.

462) Forstmoser, N. 275, p. 78.

463) Forstmoser, N. 275, p. 78; Rolf Bär, "Verantwortlichkeit", p. 465; Burckhardt, p. 198; comp. suisse Bürgi/Nordmann-Zimmermann, N. 5 ad art 759, CO qui se contentent d'exposer les diverses opinions sans prendre position.

464) Comp. Forstmoser, N. 189, p. 60.

465) Ibidem, N. 192, p. 60.

agissements fautifs extrêmement subtils de la direction(466). Par conséquent, si le dommage n'est qu'indirectement imputable aux administrateurs non directeurs, il conviendra de se poser la difficile question de savoir quelle aurait été la situation si les intéressés avaient rempli leurs fonctions avec diligence. Auraient-ils pu notamment découvrir les irrégularités et prévenir le dommage(467)?

Le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Il se basera souvent sur l'art. 42 al. 2 CO pour déterminer équitablement le dommage, en considération du cours ordinaire des choses sans exiger une preuve stricte et absolue du rapport de cause à effet(468).

En ce qui concerne la délimitation de la responsabilité des administrateurs non directeurs d'une part et de l'organe de contrôle d'autre part, doctrine et jurisprudence admettent que ce dernier organe ne répond qu'à partir du moment de son intervention(469). En effet, l'organe de contrôle n'intervient qu'une fois l'exercice clôturé, soit à un stade trop avancé pour prévenir le dommage.

Si, dans cet esprit, le projet de loi atténue à juste titre la responsabilité solidaire de l'organe de révision(470), il semble admettre également la réduction de la responsabilité solidaire des administrateurs non directeurs lorsque leur faute est minime(471).

7.4.4 Recours interne

Basé sur l'art. 759 al. 2 CO, respectivement 759 al. 4 du projet de loi, le recours interne permet à l'administrateur non directeur de voir son intervention déterminée selon l'ensemble des circonstances, notamment selon la gravité de sa faute(472). Les coresponsables ayant payé, dans le cadre des rapports externes, une somme dépassant le montant correspondant à leur part de responsabilité

466) Forstmoser, note 324, p. 60.

467) Hirsch, "Administrateurs", p. 263.

468) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le juge doit se contenter du degré de certitude que l'expérience de la vie lui procure et qui tient compte du cours normal des choses. Cf. not. ATF 76 II 307 et 86 II 171.

469) Forstmoser, "Die Verantwortlichkeit", N. 276, p. 78; ATF 86 II 171 et ss, comp. ATF 97 II 415.

470) Cf. infra 7.5.1.

471) Ibidem.

472) Comp. Forstmoser, N. 293, p. 82.

peuvent se retourner contre les autres coresponsables plus fautifs à concurrence de la différence entre ces deux sommes(473).

Rares sont les décisions jurisprudentielles établissant une différenciation claire entre responsabilité des délégués et des administrateurs non directeurs sur la base de l'art. 759 CO. La décision non publiée du Tribunal de District de Zurich du 16 décembre 1958 citée par Meier-Wehrli(474), s'avère dès lors particulièrement intéressante à cet égard.

Sur le *plan externe*, les six défendeurs (un directeur, un administrateur-délégué et quatre administrateurs non directeurs) furent déclarés solidairement responsables (l'un d'entre eux, il est vrai, seulement pour le dommage causé par la violation de son devoir de surveillance jusqu'au moment de son départ).

Sur le *plan interne*, le directeur et l'administrateur-délégué se sont vu attribuer chacun un tiers du dommage, le dernier tiers étant réparti, dans un deuxième temps, entre les quatre administrateurs non directeurs, pour violation de leur devoir de surveillance, dans les proportions de 4:3:1:1. Une faute plus lourde fut imputée au président et au vice-président qui, au vu de leur position, auraient dû s'informer dans une mesure particulière sur le cours des affaires et entreprendre les démarches nécessaires pour redresser la situation. Du fait de la légèreté de leur faute, les deux autres administrateurs non directeurs furent condamnés chacun à des dommages et intérêts de l'ordre de 1/27ème du préjudice total(475).

7.5 Proposition, en matière de responsabilité des administrateurs non directeurs, du projet de loi tendant à modifier le droit de la société anonyme.

7.5.1 Présentation de la solution du projet de loi

Contrairement au droit actuel, le projet de loi règle expressément les conséquences de la délégation sur la responsabilité des délégués, les administrateurs non directeurs.

473) Supposé un dommage de Frs. 10.000.- pour lequel A, B et C sont responsables à raison respectivement de Frs. 3.000.-, Frs. 6.000.- et Frs. 2.000.- (proportion 4:3:1): si A paie Frs. 3.000.-, il peut se retourner contre B pour 3/8èmes et contre C pour 1/8ème. Dans le cadre du règlement définitif, A, B et C auront payé respectivement Frs. 4.000.-, Frs. 3.000.- et Frs. 1.000.- correspondant au 30% du dommage total de Frs. 10.000.- (Horber, p. 39).

474) Pages 43 à 45, affaire Mease en faillite de P. SA contre B et cinq codéfendeurs.

475) La situation de ces deux derniers administrateurs non directeurs aurait été appréciée différemment sous l'empire du projet de loi. En effet, le nouvel article 759 prévoit que le coobligé puisse faire valoir le caractère léger de sa faute dans le rapport externe déjà (Cf. infra 7.5.1 in fine et 7.5.2 in fine).

Le schéma est le suivant:

1. L'art. 716 a al. 1 énumère un certain nombre d'attributions que les administrateurs non directeurs ne sauraient aliéner.
2. Les autres tâches peuvent être déléguées à un autre organe si la délégation est autorisée par les statuts et par le règlement d'organisation que le conseil d'administration est chargé d'établir (art. 627 al. 12, 716 a al. 1 ch. 2, 716 b, 718).
3. Les administrateurs non directeurs répondent, au sens du nouvel art. 754, du dommage qu'ils causent à la société, à un actionnaire ou à un créancier social en manquant à leurs devoirs.
4. En cas de délégation illicite, les administrateurs non directeurs répondent des actes et des omissions des délégués comme s'ils étaient les leurs propres.
5. En cas de délégation licite, l'(les) administrateur(s) non directeur(s) réponde(nt) du dommage causé par les délégués, "à moins qu'il(s) ne prouve(nt) avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, toutes les précautions commandées par les circonstances" (art. 754 nouveau al. 2).

En d'autres termes, il n'y a exonération de responsabilité en faveur des administrateurs non directeurs que:

- si une délégation licite d'attributions est intervenue;
- si la délégation est conforme aux statuts et au règlement d'organisation; et
- si l'administrateur non directeur prouve qu'il a en matière de choix, d'instruction et de surveillance pris toutes les précautions commandées par les circonstances(476).

Donc, même instituée par le règlement d'organisation, la délégation licite des tâches ne libère pas sans autre l'administrateur non directeur de toute responsabilité. L'effet d'une telle délégation est double(477):

- il limite la responsabilité au choix, à l'instruction et à la surveillance des organes subordonnés;
- il entraîne un renversement du fardeau de la preuve.

476) Cf. FF 1983 II 988; comp. Horber, p. 148.

477) Ibidem, p. 871.

En effet, pour engager la responsabilité du délégant, le demandeur doit seulement établir la responsabilité du délégué et l'existence d'une délégation de compétence. Le défendeur (délégant) qui invoque la limitation de responsabilité du fait de la délégation doit, quant à lui, prouver qu'il s'est acquitté du devoir de diligence en matière de choix, d'instruction et de surveillance du délégué(478).

Selon le Conseil fédéral, il n'y a donc pas lieu à exonération de la responsabilité des administrateurs non directeurs, lorsque par exemple:

- "des attributions inaliénables au sens de l'article 716 a, 1er alinéa, sont déléguées;
- des travaux auxiliaires, tels que préparation, exécution ou surveillance de décisions, sont attribués à quelques-uns des membres du conseil d'administration;
- la délégation a lieu en violation du règlement d'organisation;
- le règlement d'organisation est privé de base statutaire;
- le délégant n'a pas pris tous les soins commandés en matière de choix, d'instruction et de surveillance du délégataire."(479).

En matière de solidarité, le projet innove en prévoyant que le coobligé puisse faire valoir le caractère léger de sa faute dans le rapport externe déjà(480). Le Conseil fédéral observe expressément à cet égard que le principe de la solidarité

478) FF 1983 II 871; comp. Horber, p. 147.

479) Ibidem, p. 963 et 964.

480) L'art. 759 du projet de loi est libellé comme suit:

1. Si plusieurs personnes sont responsables d'un dommage, elles en répondent solidairement à l'égard du lésé.
2. Celui qui est soumis à la responsabilité dans la révision et qui doit répondre solidairement avec d'autres personnes d'un dommage commis par négligence en répond à concurrence du montant auquel il serait tenu à la suite d'un recours.
3. Il en va de même pour les personnes dont la faute est minime par rapport à celle de leurs coobligés solidaires.
4. Le juge règle le recours entre plusieurs responsables en tenant compte de la part de responsabilité que porte chacun d'eux pour le dommage, eu égard à leur faute et aux autres circonstances."

Le Conseil fédéral précise à cet égard:

"Si l'on veut, de plus, que la responsabilité dérivant de la délégation soit effectivement limitée, il faut que celui à qui on ne peut reprocher qu'un manquement de diligence dans le choix, l'instruction et le contrôle de l'organe qui lui est soumis, puisse faire valoir, dans le rapport externe, que sa propre faute, comparée à celle de l'organe directement compétent, est minime. A ce sujet aussi, nous nous rallions à la doctrine dominante qui va à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral." (FF 1983 II, p. 874).

du droit de la société anonyme ne peut s'opposer à l'application de l'art. 43 CO(481).

Il résulte de l'al. 3 de l'art. 759 du projet de loi (comme déjà du reste de l'al. 2) que non seulement cette disposition atténue les effets de la responsabilité solidaire, mais en outre, qu'elle supprime le principe même d'une telle responsabilité(482) dans les deux cas mentionnés par la loi:

- coresponsabilité de l'organe de révision et d'autres organes (sans égard au degré de la faute de l'organe de révision);
- coresponsabilité de personnes dont la faute est minime (dont, le cas échéant, les administrateurs non directeurs) avec d'autres coobligés.

Cette nouvelle réglementation maintient en outre la procédure du recours interne où est appréciée la part de responsabilité que porte chacun des coobligés solidaires pour le dommage, eu égard à leur faute et aux circonstances.(483).

7.5.2 Critique de la solution du projet de loi

Bien que la possibilité pour le délégant de se disculper en prouvant qu'il a appliqué tout le soin commandé par les circonstances en matière de nomination, d'instruction et de surveillance des délégués soit largement admise par la doctrine(484), il est utile que le projet de loi la mentionne expressément à son art. 754 al. 2.

En revanche, l'exigence supplémentaire, entièrement nouvelle, d'une délégation conforme à un règlement d'organisation basé sur les statuts et rendu accessible au public est plus contestable (sans parler de la rédaction défectueuse de cette disposition(485)). Vouloir faciliter pour les tiers la détermination de la

481) "De la sorte", ajoute le Conseil fédéral, "le principe de la solidarité n'est aucunement supprimé, mais réduit, pour chaque participant, au montant duquel il répond en considération de sa part à la production du dommage, de sa faute ainsi que des autres circonstances (cf. art. 759, 4e al.). Ainsi la mesure de la solidarité devient-elle dans le droit de la société anonyme, la même que dans les autres domaines; de plus, les principes généraux de la responsabilité sont applicables même dans ce cas." (FF 1933 II, p. 966).

482) Cf. Horber, p. 41.

483) Nouvel art. 759 al. 4. Selon Horber, p. 42, l'appréciation des circonstances permet avant tout au juge d'examiner la situation au regard des principes de justice et d'équité.

484) Cf. infra chapitre 4; Forestmoser, N. 230, p. 69; Hirsch, "Administrateurs", p. 249 et ss, not. 258 et ss. Le projet de loi sur ce point n'innove donc pas, mais se borne à codifier les opinions doctrinales émises depuis de nombreuses années, cf. Horber, p. 149.

485) Raymond, p. 115, relève à juste titre l'absurdité de la formulation selon laquelle "celui qui agit" d'une manière licite et conformément au règlement d'organisation (...), répond du dommage causé (...) à moins qu'il ne prouve...". Il aurait fallu dire que "celui qui, même d'une manière licite (...), répond du dommage causé (...) à moins qu'il ne prouve..." ou "celui qui, d'une manière licite (...), ne répond pas du dommage causé (...), s'il prouve avoir pris...".

responsabilité de chaque organe constitue certes un but louable en soi, mais le moyen d'y parvenir crée plus de difficultés qu'il n'en résoud. Aussi parfait soit-il, le règlement d'organisation proposé donnerait inévitablement lieu à de multiples controverses au sujet de son interprétation et de son application dans la pratique(486). En particulier, il comporterait nécessairement des lacunes (il est impossible de prévoir tous les cas spéciaux, exceptionnels pouvant se présenter dans le cadre de l'entreprise).

Mais plus encore que les problèmes évoqués ci-dessus, ce sont les conséquences excessives attachées à la violation de l'art. 716 b qui font ressortir les insuffisances du nouvel art. 754 al. 2. En effet, aux termes de cette réglementation, les administrateurs non directeurs pourraient être amenés à répondre solidairement avec les délégués (toutes autres tâches ayant par ailleurs correctement été remplies) pour le seul motif que le règlement d'organisation n'aurait pas été établi ou que les compétences déléguées n'auraient pas été clairement définies dans le règlement ou que le règlement n'aurait pas été déposé au registre du commerce.

Le Conseil fédéral aurait pu atteindre son but plus simplement en améliorant les droits et moyens d'information des actionnaires et des créanciers, par le biais de rapports divers, donnant des indications sur les personnes détenant les postes clés dans la société, avec une brève description de leurs fonctions respectives. Une information régulière devrait permettre aux intéressés de se faire une bonne représentation des responsables de chaque secteur. L'accès de ces informations à un nombre déterminé de personnes et la liberté d'appréciation de la société quant à l'étendue des renseignements à fournir permettrait d'observer la discrétion nécessaire en matière d'organisation sociale interne.

A part l'exigence du règlement d'organisation et les conséquences qui lui sont attachées, l'article 754 du projet de loi n'apporte pas d'innovation importante.

En particulier, l'obligation imposée aux délégués (désireux de bénéficier de la limitation de responsabilité) de prouver qu'ils se sont acquittés du devoir de diligence commandé par les circonstances en matière de choix, d'instruction et de surveillance ne fait que consacrer la situation actuelle caractérisée par l'objectivisation de la faute. Le projet de loi a néanmoins le mérite d'instituer expressément une réglementation uniforme sur le fardeau de la preuve (aucune distinction n'est établie selon la qualité du demandeur, société, actionnaires ou créancier) mettant par là fin, si besoin était, aux controverses existantes. Il correspond du reste à la réglementation (proposée) de droit européen sur la

486) Cf. infra 4.6.2.2.

société anonyme, qui, pour l'essentiel des dispositions sur la responsabilité civile des organes sociaux, renvoie aux législations des Etats membres(487).

En matière de solidarité, à deux égards, les facteurs de réduction individuels sont déjà largement pris en considération dans les rapports externes.

Cette approche a le mérite de tenir compte de la situation particulière de l'organe de révision et de celle de la personne ayant commis une faute minime: elle fait supporter à l'un et à l'autre une responsabilité "appréciée sur mesure". L'on peut néanmoins se demander si les auteurs du projet ont bien voulu l'effet de suppression de responsabilité solidaire des al. 2 et 3 de l'art. 759 du projet de loi(488). Il semble que ce ne soit pas le cas(489).

D'une manière générale cependant, l'art. 759 du projet de loi constitue une nette amélioration des dispositions sur la responsabilité solidaire, puisqu'il institue le principe de la solidarité par le bas où la solidarité n'existe que pour le montant à concurrence duquel les coobligés encourent une responsabilité commune(490).

Cette forme de responsabilité s'oppose à une solidarité par le haut (applicable sous le droit actuellement en vigueur) où l'ensemble des coobligés répondent à concurrence du montant total du dommage, voire à la théorie de Reichwein où la solidarité existe à concurrence du montant auquel serait tenu le coobligé le plus fautif.

7.6 Conclusion générale

Les profonds changements intervenus dans l'organisation de la société anonyme depuis l'adoption du titre XXVIème du Code des Obligations nécessitent un ajustement de la réglementation du système des responsabilités, notamment de celle des administrateurs non directeurs.

487) Cf. la proposition modifiée d'une cinquième directive parue au Journal officiel des Communautés Européennes, C 240 du 9 septembre 1983. Cette proposition maintient dans sa version intégrale l'article 14 de la proposition initiale sur la responsabilité civile des organes de la société anonyme. En vertu de l'alinéa 2 dudit article:

"La responsabilité pèse solidairement et indéfiniment sur chacun des membres de l'organe en cause. Toutefois, ceux-ci peuvent s'en décharger s'ils démontrant qu'aucune faute ne leur est personnellement imputable."

488) Comp. Horber, p. 41.

489) Si l'on se réfère au Message du Conseil fédéral relatif à l'al. 3 de l'art. 759 du projet de loi cité à la note 481 infra.

490) Le Conseil fédéral déclare expressément à cet égard que "le principe de la solidarité", prévu dans le droit de la société anonyme, ne peut s'opposer à l'application de l'article 43 CO.

Une détermination précise des devoirs respectifs des intéressés est indispensable à la compréhension et à la cohésion des normes sur la responsabilité. En cette matière, la loi doit prévoir un minimum de dispositions impératives applicables à toutes les sociétés anonymes, laissant pour le surplus à chaque entreprise la liberté d'organisation nécessaire à son bon fonctionnement. En énumérant les devoirs inaliénables des administrateurs non directeurs (à l'instar de la proposition figurant sous chiffre 4.5 infra), le législateur parviendrait à réaliser le difficile équilibre entre l'insuffisance et l'excès de réglementation. Il établirait par là un critère de base solide et éliminerait une source potentielle de problèmes.

L'énumération des attributions indéléguables des administrateurs non directeurs devrait contenir des précisions suffisantes sur leur étendue et leur portée (la solution du projet de loi laisse à désirer à cet égard). La politique de l'entreprise notamment nécessite une présentation structurée du fait de son importance particulière.

La responsabilité des administrateurs non directeurs ne devrait être engagée qu'en cas de délégation illicite (délégation d'une attribution inaliénable au sens de la loi, des statuts ou d'un règlement prévu par les statuts) ou de violation du devoir de diligence et/ou du devoir de fidélité dans l'accomplissement de leurs attributions inaliénables. La preuve imposée au demandeur, quant à elle, devrait être facilitée.

Enfin, une violation du devoir de diligence dans l'accomplissement des attributions inaliénables des administrateurs non directeurs implique, à juste titre, une solidarité parfaite en matière de responsabilité avec les délégués, mais à concurrence du montant équivalent à la partie du dommage dont la réparation incombe au coresponsable le moins fautif.

PARTIE ETATS-UNIS

CHAPITRE 1: INTRODUCTION

1.1 Généralités

Comme en Suisse, le conseil d'administration américain joue un rôle variable selon la grandeur et le genre de société envisagée.

Au sein des grandes sociétés, le divorce entre propriété et contrôle est particulièrement frappant. Dans une étude célèbre, Adolf Berle et Gardiner Means décrivent ce phénomène(1). Ils relèvent entre autres que la direction de la société n'est plus aux mains des propriétaires(2).

Dans ce nouveau cadre, le conseil d'administration doit être à même de prodiguer, de manière suivie, les conseils nécessaires témoignant d'une large expérience et d'une ouverture sur l'extérieur. A ces fins, les entreprises modernes font appel à des personnes externes à la société en leur offrant des sièges dans leur conseil d'administration à côté des dirigeants. Ces nouveaux membres contribuent, dans une certaine mesure, à assurer l'indépendance du conseil d'administration (par rapport à la direction de la société et à toute entité extérieure), élément primordial au bon fonctionnement du système social interne.

Les administrateurs non directeurs ne sont pas étrangers aux nombreuses critiques adressées depuis une quinzaine d'années au conseil d'administration. Les reproches formulés à leur encontre (sur le plan individuel et comme entité majoritaire au sein du conseil d'administration) visent leur appartenance professionnelle(3) qui les empêchent de représenter les intérêts des actionnaires(4) et leur relative inactivité dans l'exercice de leurs principaux devoirs. Particulièrement virulent, Myles Mace va même jusqu'à affirmer que le conseil d'adminis-

1) "The Modern Corporation", New York (1932), éd. révisée 1968.

2) Dans son oeuvre non moins célèbre, p. 91-92, Galbraith va encore plus loin. Il soutient que la direction ne dépend en réalité ni du conseil d'administration, ni des dirigeants supérieurs, mais d'une entité collective et indéfinie qu'il nomme "technostructure" (comprenant le président du conseil d'administration, le président de la société, les vice-présidents, les collaborateurs, les secrétaires, etc.).

3) Cf. infra 1.4.

4) Cf. infra 3.1.

tration ne remplit *aucune* de ses fonctions essentielles (détermination des objectifs sociaux fondamentaux et de la politique de l'entreprise, nomination de la direction, octroi de conseils à cette dernière, approbation des décisions financières importantes, etc.)(5). La presse et les autres mass media ont rendu la nation américaine attentive à cette situation(6).

L'importance croissante des administrateurs non directeurs a contraint les entités intéressées (associations privées, tribunaux, agences gouvernementales) à réexaminer le rôle de cette espèce d'administrateurs pour mieux l'intégrer dans le système juridique.

C'est ainsi que l'"American Bar Association" a modifié en 1974 la section 35 du "Model Business Corporation Act"(7) disposant à l'origine que "les affaires de la société doivent être gérées *par* le conseil d'administration". Selon le nouveau texte, "les affaires de la société doivent être gérées *sous la direction* du Conseil d'administration"(8). La section 8.01 (b) du "Revised Model Business Corporation Act" de 1984(9) reprend telle quelle cette partie modifiée de la section 35 MBCA. L'"American Law Institute" ("ALI") a adopté dans l'actuelle partie III de son Projet de codification en matière d'administration/direction des sociétés anonymes la formule selon laquelle le conseil d'administration "surveille le déroulement des affaires sociales"(10).

Vivement critiqués, les administrateurs non directeurs sont, paradoxalement, les membres de la société dont les autorités et le public attendent le plus. Même

-
- 5) Mace, "Directors: Myth and Reality", 1971, p. 6 et 7; comp. avec Mace, "Directors: Myth and Reality", 1979 où il est observé que le conseil d'administration n'a guère évolué de 1971 à 1979.
 - 6) Comp. Directorship, "Significant Issues Facing Directors: 1985", p. 14 et p.42; cf. aussi infra chapitre 8.
 - 7) "MBCA": modèle de loi uniforme, publié en 1950 par l'"American Bar Association" et modifié plusieurs fois. Adopté dans plus de 36 Etats.
 - 8) Il est impossible, explique l'"American Bar Association" ("ABA"), d'exiger des administrateurs non directeurs une connaissance approfondie des affaires sociales (ABA, Corporate Director's Guidebook, p. 1833).
 - 9) Le "Revised Model Business Corporation Act" (RMBCA) a été adopté au printemps 1984 par le "Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association". Il remplace le "MBCA". Il a déjà fait l'objet de modifications concernant notamment la distribution de dividendes et la responsabilité des administrateurs à cet égard. Cf. "The Business Lawyer", Vol. 42, novembre 1986, p. 259 et ss et Vol. 42, août 1987, p. 1207.
 - 10) Cet Institut créé en 1923 s'est donné pour tâche de clarifier et simplifier la loi, de manière à mieux l'adapter aux besoins sociaux. En matière d'administration de sociétés anonymes, il a adopté différents projets successifs dont la dernière version s'intitule "Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations". Cf. "The Business Lawyer", Vol. 41, août 1986, p. 1195 et ss et critique, *ibidem*, p. 1237 et ss.

sans base législative, les tribunaux et la "Securities Exchange Commission"(11) ne cessent d'assigner à ces administrateurs des devoirs nouveaux, espérant par là apporter une solution au dilemme social(12).

1.2 Origines de l'administrateur non directeur

Les origines de l'administrateur non directeur remontent à l'époque des trusts, soit au début de ce siècle. Avec la fondation de la société United States Steel en 1901 apparut le premier conseil d'administration formé de 24 administrateurs non directeurs et du "Chief Executive Officer (CEO)(13). Toutefois, du fait de leurs solides intérêts financiers dans la société, les administrateurs d'United States Steel se différenciaient considérablement des administrateurs non directeurs actuels.

Si le concept d'administrateur non directeur se révèle relativement ancien, il a subi une évolution singulière au cours des quinze dernières années, ainsi que nous allons le voir par la suite.

1.3 Définition de l'administrateur non directeur

Aucun texte légal ou document de portée juridique ne définit l'administrateur non directeur. Cette notion n'a jamais fait l'unanimité. En fait l'expression "outside director" recouvre des concepts non uniformes.

Selon l'"American Bar Association", l'administrateur non directeur n'est ni un dirigeant de la société, ni un employé. Il peut toutefois avoir une relation financière - réelle, apparente, passée, présente ou future - avec la société. Il peut être actionnaire (non majoritaire) ou être apparenté aux administrateurs directeurs. Il peut être un membre d'une banque commerciale ou d'investissement, un avocat (externe) de la société, un fournisseur principal ou un client. Une fonction antérieure dans le gouvernement n'empêche pas un individu d'être considéré comme un administrateur non directeur(14).

Selon une définition plus stricte, les administrateurs non directeurs seraient uniquement les membres du conseil d'administration indépendants financièrement et moralement de la société. Cette définition exclut donc tous les liens admis par l'"American Bar Association".

11) "SEC": agence gouvernementale fédérale indépendante, chargée de la surveillance du commerce des papiers-valeurs et autres titres.

12) Estes, "Emerging solution", p. 20 et ss et cf. infra not. 7.4.7 et 7.4.8.

13) Le dirigeant exécutif en chef appelé communément CEO. Cf. Vance, "Inside vs Outside Directors", p. 4.

14) ABA, p. 1621 et 1622.

Les termes "independent director" coïncident parfois avec "outside director"; ils peuvent aussi être tantôt plus restrictifs, tantôt plus larges(15).

Devant cette profusion de notions, Vance estime que l'opposition "outside directors vs. inside directors" est à la fois simpliste et inadéquate, compte tenu des nombreuses différences relatives à la composition des conseils d'administration et aux compétences de leurs membres(16).

1.4 Portrait de l'administrateur non directeur

Aux termes d'une enquête entreprise par la revue Directorship auprès des 500 plus grandes sociétés américaines(17), les professions exercées par les 3747 administrateurs non directeurs(18) sont les suivantes:

Nombre d'administrateurs selon l'échelle établie par Fortune

Sociétés:	1-100	101-200	201-300	301-400	401-500	total
Professions						
Dirigeants actifs d'autres sociétés	363	287	250	295	238	1,433
Anciens dirigeants d'autres sociétés	217	168	128	101	98	700
Banquiers	113	96	72	72	66	419
Avocats	36	41	38	61	50	225
Membres de sociétés d'investissement	27	38	28	37	40	170
Conseillers financiers	22	22	26	22	26	118
Enseignants	98	95	61	69	39	352
Membres de fondations	32	26	12	8	9	87
Fonctionnaires fédéraux	84	36	22	14	9	165
Autres	10	19	18	21	10	78
Total	1,001	818	653	690	585	3,747

15) Rosenfeld, "New Questions for Directors", p. 6.

16) "New dimensions for boards of directors", p. 58.

17) Selon la classification établie par la revue Fortune. Edition Directorship de septembre 1984.

18) Des 455 sociétés ayant participé activement à l'enquête.

Sur les 3747 administrateurs non directeurs, 214 sont des femmes(19).

L'âge des administrateurs non directeurs varie en général entre 50 et 64 ans(20).

Les administrateurs non directeurs consacrent en moyenne deux semaines complètes à chacun des conseils d'administration dans lesquels ils siègent. Ils participent à 8.3 réunions de conseil d'administration par an(21).

19) A titre de comparaison, selon l'enquête de Heidrick et Struggles, Director Data de 1982, p. 7, le 94,5% des 409 administrateurs non directeurs ayant répondu à l'enquête étaient des hommes en 1979 contre 94,6% en 1982. Selon une enquête plus récente de Heidrick et Struggle, "The Changing Board 1986", p. 3, le pourcentage d'hommes était de 95% sur un total de 303 personnes interrogées.

20) Selon la première enquête citée sous note (19), l'âge moyen était de 53 ans en 1979 et de 55 ans en 1982.

21) Enquête Louis Harris, p. 5.

CHAPITRE 2: ORGANISATION DE L'ADMINISTRATION ET ESPECES D'ADMINISTRATEURS

2.1 Organisation de l'administration

L'administration des sociétés américaines est de type unitaire, comme en droit suisse(22).

2.2 Espèces d'administrateurs

2.2.1 Généralités

Le droit et la pratique américaine distinguent principalement entre administrateurs directeurs ("inside directors") et administrateurs non directeurs ("outside directors"). D'après une enquête récente sur la structure des 1000 plus grandes sociétés américaines(23), 10 membres sur 13 sont des administrateurs non directeurs(24). Les statistiques font apparaître une préférence toujours plus marquée pour les administrateurs non directeurs(25).

La quasi-totalité des statuts exigent que le conseil d'administration nomme un président (le "Chairman")(26), un vice-président, un secrétaire et un trésorier(27).

22) Cf. infra partie suisse 2.1.

23) Korn/Ferry International, "Boards of Directors Fourteenth Annual Study", février 1987. 532 sociétés ont participé activement à cette enquête.

24) Ibidem, p. 5 et 14.

25) Ibidem, p. 5. Au cours de la dernière décennie, les femmes, les minorités ethniques, les ex-membres du gouvernement et les enseignants ont gagné des sièges au conseil d'administration (Korn/Ferry International, "Board of Directors Eleventh Annual Study", p. 4 et 13), avec une légère baisse en 1986, sauf en ce qui concerne les enseignants ("Board of Directors Fourteenth Annual Study", p. 5/6 et 15). En 1987, les administrateurs non directeurs étaient de trois origines principales: CEO/COO d'autres sociétés (74,2%), dirigeants retraités d'autres sociétés (87,4%) et enseignants (49,7%) (Ibidem).

26) A ne pas confondre avec le président de la société ou président de la direction.

27) Juran/Louden, p. 80.

En pratique, le président du conseil d'administration cumule dans le 77,3% des cas sa fonction avec celle de "Chief Executive Officer"(28). Il est donc en général un administrateur directeur(29).

La situation américaine ne présentant que peu d'analogies avec celle de la Suisse à cet égard, un schéma différent sera utilisé ci-après dans l'étude des espèces d'administrateurs.

2.2.2 Administrateurs directeurs

Les administrateurs directeurs se caractérisent par le fait qu'ils sont à la fois administrateurs et dirigeants de la société.

Le plus important d'entre eux, celui avec lequel les administrateurs non directeurs établissent les contacts les plus étroits, est le CEO(30). Là où les fonc-

28) Selon l'enquête de Korn/Ferry International, citée sous note (23) p. 5 et 14. La deuxième enquête de Heidrick and Struggles, citée sous note (19) parle de 70,7% (p. 3). De son côté, le CEO est aussi d'après l'enquête de Korn/Ferry, le "Chief Operating Officer" dans le 38,3% des cas (même référence).

29) Comp. Henn/Alexander, sect. 204.

30) Cf. infra 6.4.

tions de CEO et de Chairman ne sont pas cumulées, elles font l'objet d'une délimitation précise(31).

31) Le **CHAIRMAN** (ou "Board's Agent") remplit en général, selon Juran/Louden, p. 352 et ss, les fonctions suivantes:

s'agissant des pouvoirs délégués nécessitant l'approbation du conseil d'administration:

- revoir avec le CEO les stratégies, objectifs, plans, budgets proposés par ce dernier, de même que ses recommandations quant à l'attitude à observer à l'égard des dirigeants de la société et à leur rémunération, avant que le CEO ne présente ces divers points au conseil d'administration.

s'agissant des relations avec les actionnaires:

- proposer les date et lieu des assemblées, les convoquer, les présider;
- s'assurer que les actionnaires soient bien informés des affaires de la société; signer les communications adressées aux actionnaires, conjointement avec le CEO;
- établir un plan sur les relations des actionnaires avec la société, conjointement avec le CEO.

s'agissant de l'obligation de rendre compte de la gestion des affaires sociales:

- s'assurer auprès du CEO du bon déroulement de l'exécution des décisions sociales;
- revoir, avec le CEO, le programme des mesures destinées à protéger les droits et intérêts des actionnaires, créanciers, etc.
- établir, avec le CEO, un système de contrôle interne satisfaisant.

s'agissant de l'information à fournir au conseil d'administration:

- se tenir informé sur l'évolution des affaires sociales;
- s'assurer que le conseil d'administration soit informé de manière satisfaisante.

s'agissant du fonctionnement du conseil d'administration:

- diriger le conseil, repourvoir les postes vacants;
- conseiller les membres, résoudre les différends pouvant surgir;
- proposer les date et lieu des assemblées et prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer leur déroulement sans heurts;
- prendre toutes mesures pour assurer l'efficacité du conseil d'administration.

s'agissant des commissions du conseil d'administration:

- voir s'il est nécessaire de créer ou de dissoudre une commission; délimiter les pouvoirs des commissions;
- participer à ces commissions;
- s'assurer qu'elles fonctionnent réellement;
- soumettre, conjointement avec le CEO, des propositions aux commissions sur des matières entrant dans leur compétence.

Le **CEO**, selon la même source, p. 349, est chargé de:

- déterminer les lignes de conduite et les objectifs de la société et les mettre en oeuvre avec l'approbation du conseil d'administration;
- établir les différents plans nécessaires à la conduite des opérations;
- diriger les opérations de manière à réaliser un profit, à assurer la stabilité financière et le développement de la société;
- établir et surveiller les relations avec les actionnaires, les clients, les employés, les créanciers, le gouvernement, le public.

2.2.3 Administrateurs non directeurs

2.2.3.1 Sélection des candidats

Contrairement à la lettre de la loi prescrivant que les administrateurs soient nommés par les actionnaires(32), les dirigeants contrôlent en fait la sélection des administrateurs(33). Le CEO joue un rôle essentiel dans ce domaine(34). Il décide en dernier lieu de l'acceptation ou du refus des candidats proposés. Certains sièges sont attribués par tradition aux dirigeants supérieurs des banques ou d'autres grandes sociétés et vice versa(35). Il arrive aussi que le candidat soit désigné par l'actionnaire majoritaire.

Pour éviter tout conflit d'intérêts, une grande partie des sociétés ont créé des commissions de nomination composées en quasi-totalité d'administrateurs non directeurs(36)(37). D'autres entreprises, encore peu nombreuses, recourent aux services de sociétés spécialisées dans le recrutement des administrateurs non directeurs(38).

2.2.3.2 Critères de sélection

Les qualités personnelles, de même que les connaissances nouvelles apportées au conseil d'administration figurent au premier rang des critères de sélection. La bonne entente entre l'intéressé et le CEO constitue un autre élément important(39).

32) Cf. notamment section 7.28 RMBCA et section 36 MBCA. Comp. Henn/Alexander, sect. 203.

33) Bacon/Brown, "Role", p. 28 et ss; Mace, "Directors: Myth and Reality", 1971 p. 94 et ss.

34) Selon l'enquête de Korn/Ferry International citée sous note (28), p. 11, 12 et 21, dans le 80,6% des sociétés interrogées, les administrateurs non directeurs sont choisis sur recommandation du président du conseil d'administration (qui est en même temps le CEO) et, dans 80,8% des cas, sur recommandation des autres membres du conseil d'administration.

35) Bacon/Brown, "Role", p. 28.

36) Cf. infra 9.2.4.6.4.

37) Selon l'enquête de Korn/Ferry International cités sous note (28), les administrateurs non directeurs sont désignés dans 57,9% des cas par la commission de nomination de la société.

38) Par exemple Heidrick and Struggles, Boardroom Consultants, Korn/Ferry International. Le recours aux services de ces sociétés s'est accru, selon l'étude de Korn/Ferry International citée sous note (28), p. 20, de 7,8% en 1979 à 12% en 1987.

39) Notons toutefois que le choix par le CEO d'administrateurs dans son cercle d'amis, de manière à éviter toute forme d'opposition, a été largement décrié. On parle aussi de "old boy network", de "cronysm" et de "buddy system". Les critiques ont été formulées entre autres par Mace, "Directors: Myth and Reality", 1971, p. 94 et ss; Solomon, p. 584; cf. aussi Cohen/Loeb, 1977, p. 68/69.

Un certain niveau de compréhension des affaires et des finances est considéré comme essentiel(40). Mais une spécialisation particulière n'est en général pas requise. L'expérience la plus recherchée est celle d'un habile CEO d'une autre entreprise. Jusqu'à des temps récents, les autres dirigeants, même de rang élevé, n'étaient guère sollicités pour un poste d'administrateur non directeur. Cette situation semble changer en raison du trop petit nombre de CEOs disponibles(41).

2.2.3.3 Durée du mandat

Traditionnellement un mandat d'administrateur était accordé à vie(42). Au cours des vingt dernières années nombre de sociétés ont révisé cette politique en fixant un âge limite(43) : 70, 71 et 72 pour les administrateurs non directeurs, 65 ans pour les administrateurs directeurs(44)(45).

2.2.3.4 Rôle

2.2.3.4.1 Cadre légal général

Les diverses lois fédérales et étatiques contiennent peu de dispositions relatives aux attributions et à la responsabilité(46) du conseil d'administration(47).

-
- 40) Selon l'enquête de Korn/Ferry International citée sous note (23), p. 12, le 90% des sociétés interrogées attachaient la plus grande importance à l'expérience générale au sein de sociétés, un 59% à la personnalité de l'intéressé, un 34% aux connaissances et capacités dans le domaine financier et un 34% à l'expérience spécifique en matière d'industrie.
- 41) Directorship, "Significant Issues Facing Directors: 1986", p. 58, 73 et 86. Comp. enquête de Korn/Ferry citée à la note (23), p. 1 et 2 et enquête de Heidrick and Struggles, "The Changing Board", 1986, p. 1.
- 42) Comp. Henn/Alexander, sect. 205.
- 43) Bacon/Brown, "Role", p. 42 et 43. Comp. avec l'étude de Keidrick and Struggles, "The Changing Board", 1986, p. 10, selon laquelle 7 sur 9 des sociétés interrogées limitent la durée du mandat des administrateurs non directeurs.
- 44) Bacon/Brown, "Role", p. 50.
- 45) Ce décalage de 5 à 7 ans entre les âges de retraite des deux espèces d'administrateurs présente deux avantages pour la société désireuse de transformer le mandat échu d'un administrateur directeur en un mandat d'administrateur non directeur. D'une part l'intéressé connaît parfaitement la société, d'autre part sa disponibilité retrouvée lui permettra de se consacrer entièrement à la société.
- 46) Cf. chapitre 7.
- 47) Vagts relève que "the legal view of directors' functions has been a rather vague and relaxed one" ("Directors: Myth and Reality", p. 1231).

De manière générale, on admet qu'il incombe au conseil d'administration de:

- prendre les décisions de base relatives aux produits, services, prix, salaires et relations avec les employés;
- fixer la rémunération des dirigeants ainsi que les rentes de retraite, etc.;
- prendre les décisions relatives au versement des dividendes, au financement de la société et aux modifications du capital;
- déléguer certains pouvoirs;
- le cas échéant, adopter ou modifier les statuts;
- le cas échéant, prendre conjointement avec les actionnaires les décisions relatives à des affaires extraordinaires;
- surveiller la gestion(48).

Pour mener ces tâches à bien, le conseil d'administration doit:

- s'assurer de la compétence de la direction;
- agir comme une conscience, un gardien des valeurs morales;
- poser des questions cruciales;
- prodiguer avis et conseils aux dirigeants supérieurs;
- servir d'ouverture sur le monde extérieur;
- justifier le fonctionnement et les opérations de la société à l'égard des minorités internes de la communauté extérieure(49)(50).

2.2.3.4.2 Rôle des administrateurs non directeurs au sein du conseil d'administration

La surveillance ("monitoring") et l'évaluation des activités de la direction constituent les attributions principales des administrateurs non directeurs au sein du conseil d'administration(51). Plus précisément, les administrateurs non directeurs

48) Henn/Alexander, sect. 207, p. 562/563; comp. Bacon/Brown, "Role", p. 13.

49) Cf. l'article de Peter Drucker paru à ce sujet dans le Wall Street Journal du 1er juin 1978.

50) Selon qu'ils remplissent effectivement ou non les fonctions en question, les divers conseils d'administration peuvent être divisés en quatre catégories en vertu de la classification de la NACD ("Evolution in the Boardroom", p. 5):

- les conseils d'administration minima ("minimum boards"), dont le but est de satisfaire aux obligations légales minimales;
- les conseils d'administration cosmétiques ("cosmetic boards") qui se contentent d'entériner les décisions de la direction;
- les conseils d'administration exerçant la surveillance ("oversight boards"), chargés de revoir les programmes, la politique de l'entreprise, les rapports de la direction ainsi que les activités des directeurs. (La NACD énumère dans sa "Newletter" de janvier/février 1979, p. 13 et 14, vingt fonctions généralement remplies par les "oversight boards");
- les conseils d'administration aux pouvoirs décisionnels ("decision-making boards"), chargés de déterminer la politique de l'entreprise, d'en fixer les objectifs.

De son côté, le Professeur Vance adopte une classification légèrement différente, en quatre catégories également: ("New Dimensions for Boards of Directors", p. 53 à 56).

51) Leech/Mundheim, p. 1803 et ss; Eisenberg, "Legal Model", not. p. 398 et ss.

sont tenus de revoir de manière continue les activités de la direction et de se demander si des mesures particulières s'imposent dans l'intérêt des actionnaires.

Selon Leech et Mundheim, l'exercice de ce devoir fondamental peut, dans certains cas, créer une confusion des fonctions de surveillance et de gestion et susciter l'hostilité de la direction envers les administrateurs non directeurs(52). Or, l'objectif du devoir de surveillance ne consiste ni en l'usurpation des fonctions de la direction, ni en la création de tensions. Bien au contraire une étroite collaboration entre administrateurs non directeurs et direction s'impose(53).

La surveillance ne libère pas les administrateurs non directeurs de l'accomplissement des devoirs plus classiques, tels que:

- l'inventaire des possibilités pour la société de conclure de nouvelles affaires;
- l'inventaire des problèmes existant et leur soumission au conseil d'administration in globo ainsi qu'au CEO en particulier(54).

En cas de crise, le rôle des administrateurs non directeurs devrait prendre une dimension nouvelle (accroissement des responsabilités, enquêtes plus sévères sur les activités de la direction, prise d'initiatives(55).

2.2.3.4.3 Cas particulier de l'administrateur professionnel

Un administrateur professionnel est un membre du conseil d'administration dont l'occupation principale (exigeant plus du 50% de son temps) consiste à siéger, en tant qu'administrateur non directeur, au sein de plusieurs sociétés non concurrentes. A l'instar de l'administrateur non directeur ordinaire, l'administrateur professionnel travaille à temps partiel chacun des conseils d'administration dans lesquels il siège. Il n'a, par comparaison, pas d'engagement à temps complet à l'égard d'une société envers laquelle il se sentirait obligé en premier lieu(56).

52) Page 1805.

53) ABA, p. 1621; Estes, "Outside Directors", p. 112.

54) C'est ce que laissait entendre Harold Williams, alors qu'il était président de la SEC, dans sa conférence sur "The Role of the Director in Corporate Accountability" dans SEC News, p. 12. Dans la liste des "devoirs" plus classiques, Williams faisait également figurer deux attitudes devant nécessairement sous-tendre toutes les activités des administrateurs non directeurs soit:

- la nécessité d'acquérir une bonne connaissance des affaires sociales et des relations de la société avec le monde extérieur et
- la nécessité d'acquérir des connaissances pratiques dans les domaines de travail ressortissant aux diverses commissions dont ils sont membres.

55) Losocco, p. 21.

56) Leech/Mundheim, p. 1810.

De par sa disponibilité, son travail au sein de plusieurs sociétés, ses vastes connaissances et son indépendance, l'administrateur professionnel peut, dans une large mesure, contribuer à raffermir l'institution du conseil d'administration.

Son rôle consiste à sans cesse remettre en question les activités de l'entreprise pour formuler des lignes de conduite applicables à la société et aux dirigeants(57).

L'administrateur professionnel exerce ses activités dans des domaines dont l'accès est normalement fermé aux administrateurs non directeurs ordinaires pour des motifs de disponibilité. Ses qualifications propres lui permettent de résoudre certains problèmes résultant de la coexistence, au sein d'un même conseil, des administrateurs directeurs et non directeurs.

L'administrateur professionnel est soumis à certaines contraintes pouvant l'empêcher d'accomplir ses fonctions de manière efficace(58). Il ne se conçoit que dans les sociétés de moyenne grandeur. Par ailleurs, il ne réussit que là où il est désiré: un CEO ne pouvant admettre les critiques doit renoncer à la collaboration d'un administrateur professionnel. En outre, ce dernier doit obtenir l'assistance des membres de la société et convaincre tous les échelons de l'entreprise qu'il travaille uniquement pour accroître l'efficacité de la société et, partant, ses profits. Enfin, il doit disposer de toute la documentation nécessaire à l'accomplissement de ses tâches.

En présence des conditions susmentionnées, l'administrateur professionnel pourra prendre ses décisions sur la base d'une perception directe et personnelle des faits. Il sera en mesure de stimuler le président et les autres dirigeants, de prévoir les problèmes, de jouer un rôle influent au sein de la commission interne de contrôle(59)(60).

Malgré toutes ses qualités, ce type d'administrateurs n'est guère attrayant pour diverses raisons. Tout d'abord, le terme de "professionnel" rebute: il implique une défaillance de la direction que l'administrateur professionnel se doit de combler(61). Ensuite, la possibilité d'un empiètement de l'administrateur professionnel sur les compétences de la direction soulève quelques craintes. Enfin,

57) Patton, "Working Directors", p. 71.

58) Patton, "Management Middleman", p. 38.

59) "Audit committee", cf. infra 9.2.4.6.

60) Stanley Sporkin, alors directeur d'une division interne de la SEC, a suggéré la création d'une école - peut-être rattachée à une université existante - où les étudiants pourraient apprendre à servir en tant qu'administrateurs professionnels dans un "audit committee" (cf. Lee Smith, p. 170).

61) Barr, p. 20.

les administrateurs professionnels requièrent souvent leur propre personnel; cette exigence est source de confusions et de discordes(62).

L'enquête de Korn/Ferry International citée sous note (23) indique un léger recul du nombre de sociétés recourant aux services d'un administrateur professionnel (28,2% en 1985, 25% en 1986). D'une manière générale cependant, le nombre de ces administrateurs a augmenté d'environ 6% de 1982 à 1986(63).

L'administrateur professionnel apporte dans tous les cas une forme de garantie aux autres administrateurs non directeurs empêchés de consacrer suffisamment de temps aux affaires de la société(64).

2.2.4 Arguments relatifs aux deux espèces d'administrateurs

2.2.4.1 Arguments relatifs aux administrateurs non directeurs

Parmi les arguments avancés en faveur des administrateurs non directeurs on peut citer:

- l'absence de népotisme(65);
- l'ouverture sur l'extérieur;

62) Barr, p. 20.

63) Page 16.

64) Gerald R. Hildebrandt, administrateur professionnel dans six sociétés en 1979 (ou administrateur "extra time" comme il préfère se nommer) se considère comme une sorte d'assurance responsabilité ambulatoire pour les autres administrateurs (entretien du 25 septembre 1979 à Philadelphia).

65) Les administrateurs non directeurs apparaissent comme des éléments nouveaux, non comme les successeurs pressentis des membres en place (Vance, "Inside vs. Outside Directors", p. 6). Contra: Solomon, p. 684, soulignant que, contrairement aux croyances populaires, ils ne sont pas choisis par les actionnaires mais par le CEO ou le président de la société, dans leur cercle d'amis.

- la représentation d'idées et d'intérêts divers(66);
- l'indépendance, l'objectivité(67).

Les trois principaux griefs formulés à l'encontre des administrateurs non directeurs consistent en:

- le manque de temps;
- l'absence d'intérêt dans la société et ses activités;
- le manque de connaissances des affaires sociales.

2.2.4.2 Arguments relatifs aux administrateurs directeurs

Les mérites attribués aux administrateurs directeurs touchent:

- à leur excellente connaissance des affaires de la société;
- à leurs compétences techniques supérieures;
- à leur possibilité de fournir aux administrateurs non directeurs des informations sur le point de vue des dirigeants;
- à leur jugement sain du fait de leur double "appartenance"(68).

Parmi les points faibles des administrateurs directeurs, on peut relever:

- leur manque d'ouverture dû à une trop grande concentration sur les affaires sociales;
- la création de tension parmi les dirigeants: la présence d'administrateurs directeurs au sein du conseil d'administration crée deux classes de dirigeants, ceux qui font partie du conseil et les autres.

2.2.4.3 Conclusions

Aucune des deux espèces d'administrateurs n'emporte exclusivement la faveur des milieux intéressés, puisque les conseils d'administration formés aussi bien de

66) Vance, "New Dimensions in the Boardroom", p. 44.

67) Censés être choisis par les actionnaires, les administrateurs non directeurs sont parfois appelés "administrateurs publics" ou "administrateurs non affiliés" (Vance, "Inside vs. Outside Directors", p. 3). Ils jouissent d'une réputation d'intégrité et sont considérés par leurs partisans comme les gardiens incorruptibles de la société. Leur indépendance financière devrait leur permettre de défier le CEO, contrairement aux administrateurs directeurs dont la fonction principale dépend du CEO (Maca, "Directors: Myth and Reality", 1971, p. 119). Cette même indépendance devrait les aider à poser plus facilement des questions que les administrateurs directeurs lors de réunions du conseil d'administration.

D'autres objectent que, contrairement à la lettre de la loi et aux commentateurs (Section 7.28 RMBCA et section 36 MBCA et Flechter, Vol. 2, para 285, p. 85) tous les administrateurs sont désignés par cooptation, le système des procurations ("proxies") "contraignant" les actionnaires à donner leur approbation à la réélection des administrateurs (Vance, "Corporate Governance", p. 20), cf. infra 8.3.1.

68) Double appartenance qui leur permet en particulier d'informer les autres dirigeants sur les points de vue du conseil d'administration et d'accroître leur intérêt dans la gestion sociale.

seuls "insiders"(69) que de seuls "outsiders" (à l'exception du CEO(70), voire en excluant également le CEO(71)) trouvent des partisans.

En fait, aucune des deux espèces d'administrateurs n'est manifestement préférable à l'autre. L'histoire des sociétés américaines montre que certains conseils d'administration formés en majorité soit de l'une soit de l'autre espèce d'administrateurs se sont révélés très efficaces. Il n'existe pas de formule magique pour créer un conseil d'administration idéal.

-
- 69) Vance, "Boards of Directors: Structure and Performance", p. 1 à 3. Contra Juran/Louden, p. 176, pour lesquels un conseil d'administration formé à 100% d'insiders devient une commission directrice.
- 70) Mace, "Directors: Myth and Reality", 1971, p. 127. En outre cette position a été vigoureusement soutenue par Harold Williams, ex-président de la SEC (SEC News, "The Role of the Director in Corporate Accountability", p. 4, 7 et 24).
- 71) Courtney Brown, "Putting the Corporate Board to Work", p. 15 et es; Schmidt, p. 39.

CHAPITRE 3: REPRESENTATION D'INTERETS AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

3.1 Intérêts à représenter en droit

3.1.1 Intérêts à représenter selon la loi

Les diverses lois américaines sont en général silencieuses sur la question de savoir quels intérêts le conseil d'administration doit représenter.

Le RMBCA se borne à déclarer en sa section 8.30 (a) que l'administrateur doit remplir ses devoirs de bonne foi, d'une manière qui lui paraît raisonnablement servir au mieux *les intérêts de la société*, et avec la diligence qu'une personne normalement prudente, placée dans une situation similaire, appliquerait dans des circonstances semblables(72)(73).

Un certain nombre d'Etats ont reformulé leurs dispositions légales en la matière pour préciser que les administrateurs doivent servir les intérêts de la société et aussi, dans plusieurs cas, ceux des actionnaires(74).

3.1.2 Intérêts à représenter selon la doctrine

Une large partie des milieux intéressés est d'avis que les administrateurs répondent directement à l'égard des "propriétaires" de la société: les actionnaires qui les ont nommés(75). Ils sont en effet tenus à leur égard de remplir leurs devoirs avec fidélité, bonne foi et en faisant passer leurs intérêts privés à l'arrière-plan(76).

72) Accentuation ajoutée. La section 8.30 (a) RMBCA reprend les termes de la version, modifiée en 1974, de la section 35 MBCA. La section 8.30 est reproduite intégralement dans sa version originale infra à la note (95). Le dernier projet de l'ALI (cf. note 10 infra) contient une formule similaire.

73) Expliquant le sens de la section 35 MBCA (soit de l'actuelle section 8.30 (a) RMBCA), l'ABA relève: "The fundamental responsibility of the individual corporate director is to represent the interests of the shareholders as a group, as the owners of the enterprise, in directing the business and affairs of the corporation within the law" (Corporate Director's Guidebook., p. 1606.)

74) Henn/Alexander, section 235, p. 627.

75) Bacon/Brown, "Role", p. 7; Directorship, "Significant Issues Facing Directors: 1985", p. 24, 36, 65, 72; Ruder, "Duty of Loyalty", p. 1684. Contra Henn/Alexander (section 207), pour lesquels, les administrateurs répondent en premier lieu à l'égard de la société elle-même. Selon eux, les administrateurs ne sont ni les mandataires des actionnaires, ni des trustees au sens strict. Leurs fonctions sont sui generis.

76) Juran/Louden, p. 42; ABA, p. 1606, cf. note (73).

D'aucuns émettent des doutes quant au bien-fondé de l'allégeance des administrateurs aux intérêts des actionnaires. Ils déclarent que l'actionnaire typique ne se comporte pas comme le propriétaire d'une entreprise mais comme un investisseur ne manifestant ni intérêt, ni loyauté à l'égard de la société(77).

3.2 Intérêts représentés en fait

3.2.1 Intérêts de l'actionnaire majoritaire

Que l'actionnaire majoritaire soit lui-même administrateur(78) ou qu'il se fasse représenter, ce sont ses intérêts particuliers (et non ceux de tous les actionnaires) qu'il s'efforcera de faire triompher.

3.2.2 Intérêts des banques commerciales et des banques d'investissement

Ces deux formes de banques sont particulièrement influentes aux Etats-Unis. Il est inévitable qu'elles cherchent à défendre en premier lieu leurs intérêts (notamment de créancières) au sein du conseil d'administration(79).

77) En réalité, la notion d'actionnaire est vague. Diverses études font ressortir la variété des actionnaires en insistant sur le rôle croissant joué par les institutions (compagnies d'assurance, fonds de placement, fonds de prévoyance, etc.) dans les investissements en matière de titres sociaux. Selon l'"Investor Responsibility Research Center, Inc.", p. 65, les institutions détenaient en 1973 la moitié des actions enregistrées auprès de la bourse de New York (dix ans plus tôt, la proportion était de 30%). La valeur des actions ordinaires détenues par les institutions s'élevait à 310 milliards de dollars en 1974. Une étude de la SEC destinée au Congrès ("Staff Report of the SEC, Institutional Investor Study", 1971, p. 1310 et ss du vol. 3), indique qu'un petit nombre d'institutions détient un pourcentage important de la totalité des titres en mains des institutions.

Cf. aussi le rapport du Congrès ("Disclosure of Corporate Ownership") préparé par "the sub-committee on intergovernmental relations and budgeting management and expenditures of the committee operations", 93ème Congrès, 1ère et 2ème sessions, Washington D.C., 23 décembre 1973 et 4 mars 1974.

Comp. Littlefield, pl 52.

78) Selon l'enquête de Korn/Ferry International citée sous note (23), p. 15, l'actionnaire majoritaire siégeait dans le conseil d'administration de 30,9% des sociétés interrogées en 1986.

79) Selon la même source d'information, en 1986, des membres de banques commerciales siégeaient dans le 25% des sociétés interrogées. La proportion de membres de banques d'investissement était de 24,3% à la même époque.

3.2.3 Intérêts des travailleurs

Bien que la participation des travailleurs à la gestion sociale n'ait pas fait son chemin aux Etats-Unis(80), les administrateurs non directeurs ne sont pas insensibles aux problèmes des travailleurs. Ils accordent une attention appropriée aux revendications des syndicats qui préfèrent ne pas prendre part aux décisions sociales pour pouvoir transiger avec la société(81).

3.2.4 Intérêts d'autres entités

Comme en Europe(82), un courant d'opinion estime que les administrateurs non directeurs sont responsables non seulement à l'égard des actionnaires mais également envers toutes les entités ayant un intérêt dans la société: clients, fournisseurs, collectivité publique(83). Les statuts de quelques sociétés reflètent ce point de vue(84).

Dans le même esprit, certains conseils d'administration ont créé en leur sein des commissions, composées dans leur quasi-totalité d'administrateurs non directeurs, chargées d'examiner les questions de responsabilité à l'égard du public entendu dans un sens très large(85). Le rôle de ces commissions est d'assurer que la politique de l'entreprise corresponde à l'intérêt public et d'élaborer des programmes en vue de protéger l'environnement et d'améliorer la qualité de la vie(86).

80) Contrairement à la situation de la plupart des pays européens, les syndicats ne sont pas favorables à la représentation des travailleurs au sein du conseil d'administration. Ils craignent en particulier que leurs représentants au conseil d'administration acquièrent une trop grande indépendance par rapport à eux. En outre, par tradition, les syndicats et les dirigeants sociaux se considèrent aux Etats-Unis, comme des antagonistes.

81) Hoffman, p. 44 et 45.

82) Cf. infra partie suisse 3.1.2.2.

83) Bacon/Brown, "Role", p. 9.

84) Ainsi, les statuts d'une société pétrolière stipulent que le conseil d'administration agit comme un "trustee", s'efforce de concilier les intérêts des actionnaires, employés, consommateurs et veille à ce que la société continue à réaliser utilement des profits (cf. Bacon/Brown, "Role", p. 9).

85) Ces commissions sont appelées indifféremment "corporate responsibility" ou "public responsibility" ou "public interest" ou "public policy" "committees".

86) Selon l'enquête de Heidrick and Struggles, "The Changing Board", 1986, p. 5, le nombre de ces commissions a passé de 5,5% en 1970 à 47,4% en 1986.

3.3 **Ordre de priorité des intérêts**

Comme en Suisse, les administrateurs non directeurs sont appelés à soupeser soigneusement les divers intérêts en présence.

Un administrateur non directeur de plusieurs sociétés américaines, disposant d'une large expérience en matière commerciale et gouvernemental estime, par exemple, être responsable à l'égard:

- de sa propre conscience;
- du CEO avec lequel il lui incombe de collaborer de manière optimale;
- du public en général;
- des actionnaires.

Il place les actionnaires en dernière position en faisant observer que si les administrateurs respectent les trois premières priorités, les intérêts des actionnaires seront nécessairement bien servis(87).

3.4 **Pressions extérieures visant à modifier la forme actuelle de la représentation d'intérêts**

Cf. infra chapitre 8.

3.5 **Conclusions**

Bien que l'on puisse, à l'heure actuelle, largement admettre le devoir du conseil d'administration de représenter en premier lieu les intérêts des actionnaires, la responsabilité des administrateurs non directeurs à leur égard est rarement mise à contribution dans la pratique. Les actionnaires n'interviennent guère dans le cadre des assemblées générales annuelles(88), ils se font rarement entendre par d'autres moyens et introduisent peu d'actions en justice.

87) Bacon/Brown, "Role", p. 11.

88) Bacon/Brown, "Role", p. 8.

CHAPITRE 4: DELEGATION

4.1 Généralités

4.1.1. Définition

A notre connaissance, aucune loi, aucune décision judiciaire ou administrative, aucun texte doctrinal ne définissent la délégation.

Dans les grandes lignes, la définition relative à la partie suisse⁽⁸⁹⁾ peut également s'appliquer ici avec toutefois une réserve importante: la loi, la doctrine et la jurisprudence ne distinguent pas entre la répartition des tâches à l'intérieur du conseil d'administration et la délégation à un administrateur ou à un directeur. On parle de délégation dans les deux cas. En outre, il est admis que les délégués soient totalement étrangers à la société, au moins pour une période limitée⁽⁹⁰⁾.

4.1.2 Effets

Quant aux effets de la délégation, ils ne sont pas vraiment traités par les textes légaux (très elliptiques sur ce point). La doctrine n'aborde en général pas ce sujet ou le fait de manière très laconique.

Sauf indication contraire de la loi, il semble toutefois, qu'à part le cas particulier des informations fournies par des tiers⁽⁹¹⁾, la délégation, même de tâches en principe aliénables, ne suffise pas sans autre à exonérer l'administrateur non directeur de sa responsabilité⁽⁹²⁾. Seul l'examen de l'ensemble de la situation permettrait de conclure ou non à la responsabilité de l'intéressé⁽⁹³⁾. Selon cette conception, la délégation constituerait seulement un moyen pour les administrateurs non directeurs de remplir leurs devoirs⁽⁹⁴⁾.

89) Cf. infra, partie suisse 4.1.1.

90) Fletcher, vol. II section 495 et notes citées.

91) Cf. infra 4.3.

92) Cf. Henn/Alexander, section 212, p. 573, selon lesquels: "Delegation of authority does not relieve the directors of their legal responsibilities, unless otherwise provided by statute."

93) Bacon/Brown, "Role", p. 73 et 74.

94) Ibidem, p. 73.

L'adoption, en 1984, du RMBCA a jeté quelque lumière sur les effets de la délégation à des commissions du conseil d'administration. La (nouvelle) section 8.25 (f) dispose en effet que:

"The creation of, delegation of authority to, or action by a committee does not alone constitute compliance by a director with the standards of conduct described in section 8.30."(95).

Ainsi, selon les termes mêmes du "Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association", une délégation de pouvoirs à une commission valablement constituée ne suffit pas en elle-même à satisfaire aux conditions d'exonération de responsabilité des administrateurs (délégants) prévues à la section 8.30(96).

Inversement, un administrateur non membre d'une commission ne sera pas automatiquement responsable si la conduite de la commission ne satisfait pas aux critères de diligence posés par la section 8.30 RMBCA(97). La responsabilité de l'intéressé est engagée dans les seuls cas où il n'a lui-même pas répondu aux exigences de la section 8.30 RMBCA. En d'autres termes, un administrateur dont la responsabilité est mise en cause du fait de décisions prises par une commission à laquelle il n'appartient pas est libéré, s'il satisfait aux critères posés par la section 8.30(98)(99).

95) Intitulée "General standards for directors", la section 8.30 est libellée comme suit:

"(a) A director shall discharge his duties as a director, including his duties as a member of a committee:

(1) in good faith

(2) with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and

(3) in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation.

(b) In discharging his duties a director is entitled to rely on information, opinions, reports, or statements, including financial statements and other financial data, if prepared or presented by:

(1) one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent in the matters presented

(2) legal counsel, public accountants, or other persons as to matters the director reasonably believes are within the person's professional or expert competence; or

(3) a committee of the board of directors of which he is not a member if the director reasonably believes the committee merits confidence.

(c) A director is not acting in good faith if he has knowledge concerning the matter in question that makes reliance otherwise permitted by subsection (b) unwarranted.

(d) A director is not liable for any action taken as a director, or any failure to take any action, if he performed the duties of his office in compliance with this section."

96) Commentaire officiel ad section 8.25 RMBCA, p. 219.

97) Ibidem.

98) Ibidem.

99) Cf. infra 5.3.1.

Sur la base de ces observations, on doit pouvoir affirmer que la question de savoir si la délégation a pour effet de libérer les administrateurs non directeurs de leur responsabilité sera examinée au regard de la conformité au devoir général de diligence (défini, selon les cas, par le RMBCA ou une autre loi applicable ou encore déterminée, le cas échéant, par le juge). Une délégation conforme au devoir de diligence exerce un effet automatique d'exonération de responsabilité de l'intéressé(100).

4.2 Développement et causes de la délégation

Ils sont semblables à ceux du droit suisse(101).

Notons que la délégation aux dirigeants et à des commissions du conseil d'administration, formées en grande majorité d'administrateurs non directeurs(102), est usuelle(103).

4.3 Base juridique de la délégation

Bien qu'autorisant la délégation à des dirigeants, les lois étatiques ne prévoient normalement en principe pas la possibilité générale de déléguer(104). Le nouveau droit des sociétés californien mentionne expressément cette faculté sans en préciser les effets:

"The board may delegate the management of the day-to-day operation of the business of the corporation to a management company or other person provided that the business and affairs of the corporation shall be managed and all corporate powers shall be exercised under the ultimate direction of the board."
(section 300 (a) in fine du California Corporations Code).

100) Commentaire officiel ad section 8.30 (d) RMBCA, page 224.

101) Cf. infra, partie suisse 4.2.

102) Cf. infra 9.2.4.

103) Hann/Alexander, section 212, p. 573; comp. Ballantine, section 46 et ss, déclarant déjà en 1940 que les administrateurs sont implicitement admis à désigner des dirigeants et des mandataires et à leur déléguer le pouvoir d'agir dans le cadre des affaires ordinaires de la société, même dans des matières supposant l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire (section 46); comp. Flechter, Vol. II, section 494 et ss pour lequel, si la loi ou les statuts autorisent expressément le conseil d'administration à nommer des commissions, des dirigeants et des mandataires, les administrateurs ont assurément le pouvoir de déléguer la compétence d'agir pour le compte de la société (section 495); Bacon/Brown, "Role", p. 73; Juran/Louden, p. 58 et ss not. 75 et ss.

104) Comp. Hann/Alexander, section 212, p. 573.

Les lois étatiques modernes prévoient en outre expressément la faculté, plus limitée, de *déléguer un certain nombre de tâches à des commissions* du conseil d'administration(105).

Plus large que l'ancien MBCA (section 42), le RMBCA, par exemple, dispose en sa section 8.25 (a), que, sous réserve d'une disposition contraire des statuts ou du règlement, le conseil d'administration peut créer une ou plusieurs commissions. La création de commissions requiert l'approbation d'un certain nombre d'administrateurs(106). Dans les limites des statuts ou du règlement, chaque commission peut exercer les pouvoirs du conseil d'administration (section 8.25 (d)), sous certaines réserves prévues à la lettre (e)(107).

Par ailleurs, le RMBCA et différentes lois étatiques prévoient le droit exprès pour les administrateurs non directeurs de se *fier aux informations, avis et rapports* établis par les dirigeants de la société, par des experts ou d'autres professionnels extérieurs ou encore par les membres d'une commission dans laquelle ils ne siègent pas.

Selon la section 8.30 (b) à (d) RMBCA, un administrateur non directeur est libéré de sa responsabilité à raison de ces informations, s'il a agi de bonne foi, sans avoir de raison de douter de leur fiabilité (108).

En vertu de la section 14 (e) du droit des sociétés du Delaware, un administrateur non directeur est exonéré de toute responsabilité si, dans l'exercice de ses fonctions, il a de bonne foi accordé crédit aux livres de comptes ou rapports présentés par un dirigeant de la société ou un expert comptable indépendant. Des dispositions semblables figurent notamment dans les lois du Tennessee, d'Alabama, du Kansas, de Puerto Rico.

105) Hann/Alexander, section 12, p. 574.

106) Selon la section 8.25 (b) RMBCA, "The creation of a committee and appointment of members to it must be approved by the greater of (1) a majority of all the directors in office when the action is taken or (2) the number of directors required by the articles of incorporation or by laws to take action under section 8.24."

107) Cf. ci-après 4.4.

108) Cf. Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, commentaire officiel ad section 8.30 RMBCA, sous ch. 2, p. 223 et ss.

Dans de nombreux cas, les administrateurs non directeurs ont fait valoir leur droit de se fier à des informations préparées par des tiers(109). La jurisprudence a précisé que ce droit n'était pas absolu: il suppose que l'administrateur non directeur ait entrepris un minimum de recherches sur le contenu des informations, avis et documents reçus de tiers(110). Selon l'ABA, l'administrateur doit s'être conformé au devoir général de diligence de la section 8.30 en prenant sa décision de se fier à certaines informations préparées par des tiers(111).

4.4 Etendue de la liberté de déléguer

Le conseil d'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de délégabilité. Toutefois une délégation trop large peut être considérée comme une abdication (illicite) de leurs attributions par les administrateurs(112).

Dès lors, un conseil d'administration prudent et diligent s'impose ses propres limites en matière de délégation. Il se réserve les domaines qu'il estime importants en fonction de toutes les circonstances (personnalité du CEO, grandeur et complexité de la société, rythme de développement, état financier). De temps à autre, il revoit son système de délégation de manière à l'adapter aux conditions nouvelles.

Le conseil d'administration est guidé dans sa tâche par quelques principes de base. Il ne saurait, par exemple, déléguer l'ensemble de la surveillance, car une telle délégation - contraire aux usages - viole le plus souvent la loi ou les statuts qui attribuent précisément ce devoir au conseil d'administration(113).

109) Puma v. Marriot, 283 A. 2d 693 (Del. Ch., 1971): dans une action dérivative en vue d'empêcher une fusion, les administrateurs ont été admis à se baser sur une évaluation entreprise par des experts indépendants; Prince v. Bengiger, 244 A. 2d 89 (Del. Ch., 1968) (avantages financiers octroyés aux employés par les administrateurs sur la base de déclarations d'un comptable); Brundage v. The New Jersey Zinc Co. 226 A. 2d (48 N.J. 450) (1967) (transaction dans le cadre d'une fusion); Evans v. Armour & Co., 241 F. Supp. 705 (E.D., Pa 1965) (fusion); Cheff v. Mathes, 198 A. 2d 548 (41 Del. Ch. 494, 1964) (rachat d'action); Klein v. Fisher Foods Inc., N.E. 2d 647 (6 Ohio Misc. 84, 1965) (fusion); Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 89 A. 2d 562 (33 Del. Ch. 20, 1952) (fusion); Pool v. Pool, 22 So. 2d 131 (La. App. 1945) (allocation de dividendes).

110) Davis J. Greene & Co. v. Dunhill Int. Inc., 249 A. 2d 427 (Del. Ch. 1968).

111) Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, commentaire officiel ad section 8.30 RMBCA, sous ch. 2, p. 223.

112) Henn/Alexander, section 212, p. 576.

113) Flechter, Vol. II, section 496.

Par ailleurs, les administrateurs ne sont en principe(114) pas habilités à déléguer l'exercice de pouvoirs discrétionnaires qui leur sont assignés en exclusivité par la loi, les statuts, un règlement, une décision des actionnaires ou l'usage(115). C'est notamment le cas de toutes les communications aux actionnaires requérant une décision de leur part(116). En outre la plupart des lois confient au seul conseil d'administration le pouvoir de décider des distributions de dividendes, la compétence de modifier les statuts (sous réserve de l'approbation des actionnaires) et le droit d'apporter des changements à sa propre organisation.

Le RMBCA (section 8.25 (e)), de son côté, refuse expressément aux commissions la compétence:

- d'autoriser les distributions de dividendes;
- d'approuver, ou de recommander aux actionnaires, d'approuver une décision nécessitant leur approbation aux termes du RMBCA;
- de repourvoir un poste d'administrateur au sein du conseil ou de l'une de ses commissions;
- de modifier les statuts (aux termes de la section 10.02 RMBCA);
- d'adopter, de modifier ou d'abroger le règlement;
- d'approuver un plan de fusion ne requérant pas l'approbation des actionnaires;
- d'autoriser ou d'approuver le rachat d'actions, sauf en accord avec une formule spécifique ou une méthode déterminée par le conseil d'administration;
- d'autoriser ou d'approuver l'émission d'actions, la vente d'actions ou un contrat prévoyant la vente d'actions ou de déterminer les droits, traitements préférentiels ou limitations attachés à une classe d'actions ou à une série d'actions. Le conseil d'administration peut toutefois autoriser

114) Cette règle est valable lorsque les devoirs non déléguables sont décrits précisément. Par contre, si les statuts disposent que le conseil d'administration peut nommer et révoquer à son gré une commission exécutive en lui conférant tous ses pouvoirs dans la direction des affaires sociales lorsqu'il ne siège pas lui-même (sauf la compétence de repourvoir un poste au sein du conseil d'administration et celle de modifier les statuts), le conseil d'administration peut déléguer à cette commission des tâches précises, comme par exemple le pouvoir de déterminer quelles mesures prendre pour protéger au mieux les intérêts des créanciers (Flechter, Ibidem, section 498 in fine).

115) Ibidem, section 497.

116) Juran/Louden, p. 42 et ss. Ainsi en va-t-il:

- de la dissolution de la société
- des changements dans la structure du capital
- des programmes financiers majeurs
- des acquisitions et des fusions
- des plans de pension importants
- des assemblées annuelles générales des actionnaires (notamment la préparation des procurations)
- des rapports annuels et intermédiaires aux actionnaires
- des nominations au conseil d'administration
- de la désignation d'experts-comptables indépendants
- des modifications aux statuts.

une commission (ou un dirigeant hautement qualifié) à prendre les mesures sus-mentionnées dans les limites qu'il aura définies précisément.

En ne limitant que l'exercice des compétences décrites ci-dessus, l'"American Bar Association" admet que des tâches même sortant du cadre des affaires ordinaires de la société soient délégués(117). Le "Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association" déclare expressément à cet égard(118) que la non-déléabilité doit être limitée:

- aux décisions affectant les droits des actionnaires;
- aux matières ayant un effet immédiat et irrévocable (comme la déclaration de dividendes);
- aux matières pouvant devenir irrévocables en l'absence d'une prompt action de la part des intéressés;
- aux matières pouvant causer, indirectement, des changements aux effets irrévocables.

4.5 Pouvoirs Indélégués en pratique

En pratique, nombre de conseils d'administration se réservent une série de tâches incluant:

- l'approbation du budget annuel et d'autres budgets spécifiques;
- l'approbation des programmes d'investissement;
- l'approbation du programme financier;
- l'introduction d'une nouvelle ligne de produits;
- l'implantation dans un nouveau marché;
- la cessation d'une ligne de produits;
- les acquisitions et les fusions;
- les engagements à long terme;
- les décisions impliquant des conflits d'intérêts potentiels (paiements à des dirigeants, possible favoritisme, donations);
- la rémunération des dirigeants;
- les relations avec les groupes de pression (clients, employés, créanciers, public, syndicats, actionnaires);
- les modifications dans la forme d'organisation de la société;
- les contrats spéciaux (ventes ou achats immobiliers, ventes ou achats de biens immatériels)(119).

117) Commentaire officiel du "Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association" ad section 8.25, p. 218.

118) Ibidam, p. 217 et 218.

119) Juran/Louden, p. 68 et ss.

CHAPITRE 5: DEVOIRS DE FIDELITE ET DE DILIGENCE

5.1 Introduction

D'une manière générale, les administrateurs (comme les dirigeants) sont tenus de respecter trois principes de base dans l'accomplissement de leurs fonctions:

- leurs actions doivent rester dans les limites des buts sociaux et de leurs pouvoirs respectifs ("intra vires");
- ils doivent se conformer aux devoirs découlant de leur relation particulière avec la société et les actionnaires ("fiduciary duties");
- il leur incombe d'agir avec diligence ("duty of care")(120).

Toute cette matière a donné lieu à de nombreuses décisions jurisprudentielles, parfois contradictoires. L'absence d'uniformité et de clarté en ce domaine a conduit deux importants organismes américains à entreprendre une restructuration, voire une codification (notamment) des principes sous-tendant les devoirs de fidélité et de diligence(121).

Du fait que tout le débat en matière de "corporate governance" est centré sur les administrateurs non directeurs(122) (situation inconnue en Suisse), ces deux devoirs font l'objet d'une analyse particulière, basée sur la comparaison des différents "casebooks" utilisés dans les facultés de droit américaines(123). En sus de quelques traités célèbres(124), ces ouvrages constituent la meilleure source doctrinale en la matière. Par souci d'alléger la lecture, les références particulières sont réduites au minimum dans ce chapitre. Pour le surplus, il est renvoyé collectivement aux oeuvres citées sous notes (123) et (124).

120) Henn/Alexander, section 231; Ruder, "Duty of Loyalty", p. 1384.

121) Il s'agit d'abord de l'"American Bar Association" dans le cadre de son Model Business Corporation Act et de son Revised Model Business Corporation Act (cf. infra notes 7 et 9). On relèvera toutefois, qu'au vu des difficultés présentées par cette tâche, l'ABA a renoncé à modifier certains aspects de son MBCA. De son côté, l'"American Law Institute" a préparé plusieurs versions de son projet de codification actuellement intitulé "Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations". La rigidité de ce projet lui a valu de sévères critiques (cf. not. l'article de Manning cité dans la bibliographie et infra note 10).

122) Cf. note infra (145).

123) Les "casebooks" les plus utilisés sont, dans l'ordre alphabétique, les suivants: W. Gary & M. Eisenberg, "Cases and Materials on Corporation", (5ème éd. 1980, avec suppléments en 1983 et 1986); A. Conrad, R. Knauss & S. Sigel, "Enterprise Organization", (4ème éd. 1987); A. Frey, J. Choner, N. Leech & C.R. Morris, "Cases and Materials on Corporations", (2ème éd. 1977); R. Hamilton, "Cases and Materials on Corporations", (3ème éd. 1986); R. Jennings & R. Buxbaum, "Corporations: Cases and Materials", (5ème éd. 1979); L. Solomon, R. Stevenson & D. Schwartz, "Corporations, Law and Policies, Materials and Problems", (1982 avec un supplément en 1986 de L. Solomon, D. Schwartz & J. Bauman); D. Vagts, "Basic Corporation Law", (2ème éd. 1979). Périodiquement, la plupart de ces ouvrages sont dotés d'un supplément contenant les décisions jurisprudentielles les plus importantes.

124) W. Flechter, *Cyclopedia of Corporations*; Henn/Alexander; W. Knepper.

5.2 Devoir de fidélité

Les "fiduciary duties" supposent que l'administrateur agisse de bonne foi et négocié, le cas échéant, sur une base tenant équitablement compte des intérêts de la société et des actionnaires(125). Ainsi définis, les "fiduciary duties" se confondent dans une large mesure avec le devoir de fidélité.

Ce devoir se traduit dans la pratique par l'interdiction faite à un administrateur d'user de sa position dans la société pour retirer un profit personnel ou obtenir un avantage quelconque(126). Une violation de ce devoir entraîne l'obligation de remettre à la société tout le profit réalisé ou d'indemniser la société pour toute perte subie.

Conscient des nombreuses facettes du devoir de fidélité(127), le "Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association" a tenté, dans deux sections du RMBCA (8.31 et 8.32), de prévenir le maximum de conflits d'intérêts(128) (129).

125) Henn/Alexander, section 235, p. 625 et ss.

126) Comp. Feuer, p. 47 et ss.

127) Similaires à celles relevées en droit suisse sous 5.2.3.

128) Les lettres (a) et (b) de la section 8.31 sont libellées ainsi:

"(a) A conflict of interest transaction is a transaction with the corporation in which a director of the corporation has a direct or indirect interest. A conflict of interest transaction is not voidable by the corporation solely because of the director's interest in the transaction if any one of the following is true:

(1) the material facts of the transaction and the director's interest were disclosed or known to the board of directors or a committee of the board of directors and the board of directors or committee authorized, approved, or ratified the transaction;

(2) the material facts of the transaction and the director's interest were disclosed or known to the shareholders entitled to vote and they authorized, approved, or ratified the transaction; or

(3) the transaction was fair to the corporation.

(b) For purposes of this section, a director of the corporation has an indirect interest in a transaction if (1) another entity in which he has a material financial interest or in which he is a general partner is a party to the transaction or (2) another entity of which he is a director, officer, or trustee is a party to the transaction and the transaction is or should be considered by the board of directors of the corporation."

Les lettres (c) et (d) de la section 8.31 décrivent la procédure d'approbation prévus à la lettre (a) ch. 1 et 2.

La section 8.32, quant à elle, règle le problème des prêts aux administrateurs qu'elle prohibe sous certaines réserves.

129) Ladite commission de l'ABA s'est toutefois refusée de définir l'ensemble des situations présentant des conflits d'intérêts. Elle estime qu'une telle entreprise limiterait prématurément les critères au regard desquels les administrateurs doivent répondre, du fait de l'apparition constante de nouvelles formes de transactions impliquant des conflits d'intérêts (commentaire officiel ad section 8.31 RMBCA, p. 227).

En vertu de la section 8.31 RMBCA à la formulation très générale, il y a conflit d'intérêt lorsqu'un administrateur a un intérêt direct ou indirect dans une transaction conclue avec la société. Une telle transaction n'est pas (automatiquement) nulle lorsque:

- les faits importants sous-tendant la transaction et l'intérêt de l'administrateur étaient connus du conseil d'administration ou des actionnaires;
- la transaction est équitable pour la société(130).

La transaction doit être approuvée par la majorité absolue des administrateurs (ou, le cas échéant, des membres d'une commission du conseil d'administration) qui n'ont aucun intérêt dans la transaction, ou par la majorité absolue des actions pouvant être prises en considération. Si aucune de ces deux procédures de vote n'a pu se dérouler conformément, la validité de la transaction est examinée au regard du principe de l'équité(131). Les exigences quant à la procédure de vote sont particulièrement élevées pour permettre le plus large examen possible des situations de conflits d'intérêts dont l'importance n'est pas négligeable(132).

La section 8.31 RMBCA rejette ainsi le principe de common law selon lequel toute transaction présentant des conflits d'intérêts est automatiquement annulée sur requête de la société, sans égard à son caractère d'équité ou au fait qu'elle ait été approuvée par les intéressés(133). L'élimination du principe d'annulation automatique ne signifie pas cependant que toute transaction répondant aux critères posés par section 8.31 (a) RMBCA est automatiquement valide: ces transactions peuvent être annulées sur la base d'autres dispositions(134).

Un administrateur a un intérêt indirect dans la transaction au sens de la section 8.31 (b) RMBCA, lorsque la transaction intervient entre la société et une entité dans laquelle il a un intérêt financier ou est associé principal(135). En outre, il y a conflit d'intérêt indirect au sens de la section 8.31 (b) RMBCA, lorsque la transaction avec une autre entité, dont l'administrateur est soit dirigeant, soit un administrateur, revêt une telle importance qu'elle requiert l'examen du conseil

130) La transaction est équitable, lorsqu'elle aurait pu être conclue dans les mêmes termes, par des personnes désintéressées placées sur un pied d'égalité (cf. "Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association", commentaire officiel ad section 8.31 RMBCA, sous chiffre 4, p. 230).

131) Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, commentaire officiel ad section 8.31 RMBCA, sous ch. 2, p. 228.

132) Ibidem.

131) Ibidem, p. 227.

134) Ibidem, sous ch. 1, p. 228.

135) Ibidem, sous ch. 3, p. 230.

d'administration, même si l'intéressé n'a pas d'intérêt financier majeur dans l'affaire.

5.3 Devoir de diligence

5.3.1 Généralités

Un nombre toujours plus élevé de lois étatiques définissent en termes généraux le devoir de diligence. Les dispositions relevantes partent de l'idée qu'un administrateur est tenu de prendre des décisions supposant de délicates pesées d'intérêts et qu'il ne saurait être responsable de toute erreur de jugement(136). S'il s'est conformé au devoir de diligence défini par la loi applicable ou déterminée par le juge, l'administrateur ne saurait être responsable d'un éventuel dommage. Sa responsabilité n'est engagée qu'au cas où, par suite d'une violation du devoir de diligence et de la commission d'une faute de sa part, l'administrateur a provoqué un dommage(137).

La conformité au devoir de diligence suppose l'appréciation de chaque situation de faits particulière.

Les tribunaux prennent en considération aussi bien les éléments objectifs que subjectifs pertinents(138). Ils se posent par exemple la question de savoir si les administrateurs travaillent à plein temps ou non(139), s'ils sont rémunérés, si l'éloignement de leur domicile les empêche de participer aux séances du conseil d'administration, s'ils disposent d'une formation spéciale ou non; ils s'interrogent également sur leur état d'esprit et de santé(140). Cependant des excuses pour inattention ne sont généralement pas admises. Un administrateur souvent absent peut être tenu responsable d'une violation de ses devoirs, en cas de décision prise par ses confrères pendant son absence(141).

Lors de la révision de son MBCA, l'ABA s'est basée, pour définir les critères de diligence, sur l'ancienne section 35 du MBCA dans sa version de 1969, sur un

136) Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, commentaire officiel ad section 8.30 RMBCA, p. 220/221; Henn/Alexander, section 234.

137) Henn/Alexander, section 234.

138) Henn/Alexander, section 234, p. 623.

139) *Anderson v. Akers*, 2 F. Supp. 924 (W.D. Ky. 1954), modifié par la suite sous le nom de *Atherton v. Anderson*, 86 F. 2d 518 (6th Cir. 1936) modifié par la Cour Suprême dans *Anderson v. Atherton*, 302 U.S. 643; 58 S. Ct. 53; L. Ed. 500 (1937).

140) *Ibidem*.

141) *Walker v. Man*, 142 Misc. 277; 253 N.Y. Supp. 458 (Sup. Ct. 1931).

certain nombre de lois étatiques et sur la jurisprudence pertinente(142). L'ABA a en particulier écarté certains critères appliqués par quelques Etats, jugés inutiles ou excessifs(143). De son analyse comparative est résultée la section 8.30 RMBCA(144), selon laquelle le conseil d'administration doit remplir ses devoirs de bonne foi, d'une manière qui paraît raisonnablement servir au mieux les intérêts de la société, et avec la diligence qu'une personne normalement prudente, placée dans une situation similaire, appliquerait dans des circonstances semblables (section 8.30 (a) RMBCA)(145).

142) Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, *commentaire officiel ad section 8.50*, p. 221.

143) *Ibidem*, sous ch. 1.

144) Cf. *infra* note (95).

145) La formulation de la section 8.30 du RMBCA, l'application actuelle du devoir de diligence, de même que le projet de codification de l'"American Law Institute" à cet égard (cf. note 10 *infra*) ont été fondamentalement ramis en question par un percutant article d'un avocat de New York (Bayless Manning, "The Business Judgement Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality", dans *The Business Lawyer*, vol. 39 N. 4 d'août 1984, p. 1477 et ss). L'auteur s'attache à démontrer ce que peuvent faire et font en pratique les administrateurs non directeurs, "puisque tout le débat en matière de "corporate governance" est centré sur eux" (p. 1481). Il note incidemment à cet égard que ni l'"American Bar Association", ni l'"American Law Institute" ne se sont posés la question de savoir si les administrateurs non directeurs devaient être soumis aux mêmes critères de responsabilité que les administrateurs directeurs (p. 1481, note 5).

L'auteur met surtout l'accent sur le choix que doivent faire les administrateurs non directeurs quant aux affaires sociales nécessitant un examen de leur part. Ce choix est rendu impératif par le peu de temps dont disposent les intéressés. Manning note qu'en principe les 3/4 de ce temps sont consacrés à la lecture des rapports des dirigeants et des commissions du conseil d'administration, à des décisions de routine, aux réponses à des questions posées antérieurement aux dirigeants par les administrateurs (p. 1485). Pour le surplus, l'ordre du jour est déterminé dans une très large mesure par les dirigeants. Dans un tel contexte, les administrateurs ne peuvent guère prendre d'initiatives (ce qui d'ailleurs, selon Manning, n'est pas attendu d'eux)(p. 1484).

L'auteur admet que les principes exposés ci-dessus souffrent deux exceptions. Le conseil d'administration doit s'assurer que la direction remplit ses fonctions sur une base continue et que le système interne d'information fonctionne de manière satisfaisante. Par ailleurs un administrateur découvrant un problème doit prendre toutes les mesures nécessaires pour le résoudre (p. 1484/1485).

Selon Manning, le nombre de choses qu'un conseil d'administration ne fait pas, dépasse de loin le nombre de ses réalisations (p. 1485). Dans ces conditions, la décision la plus importante prise par les administrateurs est celle de savoir ce qu'ils vont mettre à leur propre ordre du jour, de quelle manière ils vont s'organiser et quelle sera l'étendue de l'examen des points mis à l'ordre du jour (p. 1488/1489).

En se référant au MBCA, Manning relève qu'une violation fautive du devoir de diligence suppose un écart du comportement normal. Tout le concept de la faute et de l'"homme raisonnable" nécessite une représentation claire de ce que fait la personne raisonnable et un consensus sur la manière dont elle doit le faire. Or ces éléments manquent dans le cas des administrateurs non directeurs (p. 1494), puisque les deux données dépendent de très nombreuses circonstances et varient non seulement d'une société à l'autre, mais également d'un administrateur à l'autre, selon l'importance qu'il attache à telle ou telle question.

En d'autres termes, l'administrateur doit faire preuve d'un bon sens commun, d'une sagesse pratique, d'un jugement longuement mûri et de connaissances ordinaires (par opposition aux connaissances précises d'un homme d'affaires)(146). C'est dans ce sens qu'a été jugée l'affaire *Hun v. Cary*, où le juge refusa de considérer une grande ignorance comme un moyen d'exonération pour un administrateur(147).

Pour que la comparaison prenne tout son sens, la section 8.30 RMBCA précise que la personne doit être placée dans une situation similaire et agir dans des circonstances semblables. C'est admettre les différences de nature et d'étendue des rôles joués par les divers administrateurs(148).

La première décision célèbre concluant à la responsabilité d'administrateurs non directeurs pour violation de leur devoir de diligence a été rendue en 1967 seulement(149). Les administrateurs non directeurs d'une compagnie d'assurances ont été tenus responsables pour avoir ignoré que deux autres administrateurs avaient obtenu des commissions d'une société en relation d'affaires avec des filiales de la société. Le tribunal a jugé que les administrateurs restants avaient fait preuve de négligence en laissant la gestion de ces filiales aux mains des deux administrateurs accusés de double représentation.

Dans l'affaire *Lanza v. Drexel & Co.*, les différences de situation ont conduit le tribunal à appliquer des critères distincts à l'administrateur non directeur(150). Il était reproché à ce dernier, membre d'une banque d'investissement, de n'avoir pas découvert les fausses allégations faites par la société lors de la négociation d'une acquisition d'une autre société. L'administrateur a échappé de justesse à

Dans ces conditions, M. Manning formule de nouveaux critères applicables au devoir de diligence (p. 1498 et ss). Cf. infra note (169).

146) Ibidem, p. 222 sous ch. 1.

147) 82 N.Y. 65 (1880). Selon le tribunal, une personne qui, volontairement, accepte le mandat d'administrateur laisse supposer qu'elle possède au moins des connaissances et une prudence ordinaires et qu'elle les appliquera dans l'accomplissement de ses tâches (p. 73/74).

148) Cf. Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, commentaire officiel ad section 8.30 RMBCA sous ch. 3 p. 222. Ladite commission reconnaît:

- que la nature et l'étendue des responsabilités varient en fonction de facteurs tels que la grandeur de la société, la complexité des affaires, l'urgence de la matière, la situation géographique des activités;
- que les décisions doivent être prises sur la base des informations connues des administrateurs au moment considéré;
- que la formation spéciale, les qualifications particulières d'un administrateur jouent un rôle non négligeable dans l'appréciation de la conformité au devoir de diligence.

149) *Heit v. Bixby*, 276 F. Supp. 217, 231 (E.D.Mo. 1967).

150) 479 F. 2d 1277, 2d Cir. 1973.

sa responsabilité pour le motif qu'il ne pouvait pas connaître les détails des activités sociales(151).

Par contre, dans l'arrêt *Francis v. United Jersey Bank*, la Cour Suprême de New Jersey s'est montrée plus stricte quant à l'application du devoir de diligence(152). Elle a jugé responsable l'administrateur non directeur (Mrs. Pritschard) pour n'avoir pas empêché ses fils (administrateurs directeurs) de dilapider la fortune sociale. Il lui a été reproché en particulier de s'être totalement désintéressée des affaires sociales et de n'avoir rien entrepris pour éviter des pertes aux clients de la société.

5.3.2 Recours à des informations préparées par des tiers

La mesure dans laquelle le recours à des informations préparées par des tiers est compatible avec le devoir de diligence a été déterminée infra sous chiffre 4.3.

5.3.3 "Business Judgment Rule" (ci-après BJR)

Aux termes de ce principe, énoncé pour la première fois dans l'arrêt *Pollitz v. Wabash R.R.*(153), les administrateurs sont exonérés de toute responsabilité pour des erreurs de jugement même importantes, s'ils ont été honnêtes et agi loyalement dans le cadre de leurs compétences(154). Les tribunaux renoncent dès lors à prendre position sur le bien-fondé ou l'opportunité de telle ou telle décision prise par des personnes plus expérimentées qu'eux en matière de gestion sociale. L'application du BJR suppose l'absence de tout conflit d'intérêts et une prise de décision honnête de la part des intéressés(155).

Il y a souvent confusion entre les critères du devoir de diligence et du BJR(156). L'ABA précise à cet égard que la section 8.30 RMBCA n'a pas pour but de codifier le BJR, ni de tracer la limite, s'il en est, entre le BJR et les

151) Cette décision se réfère largement aux commentaires des Professeurs Douglas et Bates (op. cit.) p. 195.

152) 87 N. J. 15, 432 A.2d 814. N.J. 1981.

153) 100 NE 721, 724 (1912), 207 N.Y. 113, 124.

154) Dans *Gould v. Hawaiian Steamship*, 351 F. Supp. 853 (D. Cal. 1972), un administrateur n'a pas été admis à se baser sur un rapport qu'il n'avait pas lu (pour certains développements de cette affaire, Cf. 862, F. Supp 771 et 836 F. 2d 761 (1978)).

155) Henu/Alexander, sect. 242, p. 661 et ss.

156) Cf. *Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association*, commentaire officiel ad section 8.30 RMBCA, p. 221 et p. 224, sous ch. 4.

critères du devoir de diligence(157). Selon l'ABA, l'application du BJR intervient seulement là où l'administrateur ne s'est pas conformé au devoir de diligence (tel qu'il est défini notamment par la section 8.30 du RMBCA(158)). En effet, la conformité au devoir de diligence entraîne automatiquement, selon l'ABA, l'exonération de responsabilité de l'intéressé au regard de la section 8.30 (c) RMBCA(159).

Bien que le BJR ne trouve pas de base dans un texte légal, il a été solidement établi par la jurisprudence dans la plupart des juridictions. Il a fait l'objet d'un regain d'intérêt ces toutes dernières années, notamment dans le cadre des travaux de codification entrepris par l'"American Bar Association" et l'"American Law Institute"(160)).

Applicable, le cas échéant, à tous les cas d'actions dirigées contre les administrateurs, le BJR joue un rôle particulièrement important dans le cadre des actions dérivatives(161), des fusions et acquisitions d'un nombre important d'actions d'une société(162).

Dans le cadre des actions dérivatives, le BJR intervient sous trois formes:

- au niveau de la condition préalable à l'action qui consiste à épuiser d'abord les moyens internes en demandant aux administrateurs de faire valoir eux-mêmes directement la prétention au nom de la société(163).

157) Cf. Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, commentaire officiel ad section 8.30 RMBCA, p. 221.

158) Ibidem, p. 224 sous ch. 4; comp. l'opinion contraire de Henn/Alexander, section 242, p. 661 et ss.

159) Ibidem, p. 224 sous ch. 4.

160) Cf. infra note (121).

161) L'action dérivative est celle qu'introduisent les actionnaires à un second degré pour faire valoir une prétention de la société contre des organes de la société ou des tiers, lorsque les personnes détenant les pouvoirs sociaux renoncent à porter directement action au nom de l'entreprise. (Cf. Henn/Alexander, section 358 et ss). Cette action ne peut en principe être introduite que si, dûment sollicités d'agir eux-mêmes directement au nom de la société, les administrateurs s'y refusent. Si les administrateurs sont visiblement impliqués dans un conflit d'intérêts, cette condition ne doit pas obligatoirement être respectée. On parle de "demande futile".

Mais dans le cas où une demande en bonne et due forme est refusée, les actionnaires peuvent être empêchés d'ouvrir action, si le refus émane d'une commission des litiges formée d'administrateurs non directeurs désintéressés.

162) Cf. notamment l'article de Lipton/Brownstein, "Takeover Responses and Directors' Responsibilities - An Update", paru dans "The Business Lawyer" d'août 1985, Vol. 40, p. 1403 à 1430. Les pratiques variées de défense contre les sociétés désirant acquérir l'entreprise (cf. infra note (421)) adoptées par les administrateurs ont, par l'application du BJR, souvent été soustraites à l'examen des tribunaux (Veasey, "Further Reflections", p. 1374).

163) En 1984, la Cour Suprême de Delaware a jugé dans l'affaire Aronson v. Lewis (473 A. 2d 805 (Del. 1984)) qu'une demande était nécessaire, sauf si le demandeur pouvait renverser la présomption selon laquelle les administrateurs ont agi en toute connaissance de cause, de bonne foi

En prenant la décision d'endosser ou non la prétention, les administrateurs exercent un jugement qui, selon les cas, peut être protégé contre toute attaque;
 au niveau de l'appréciation par les demandeurs potentiels de l'utilité de la demande (s'ils estiment que les administrateurs ne sont de toute évidence pas en mesure d'exercer leur jugement de manière désintéressée, ils renonceront à épuiser les moyens internes,(164));
 au niveau de l'appréciation de l'impact sur la société d'une action dérivative portée contre elle ou contre un de ses membres. Dans un tel cas, la décision d'une commission formée d'administrateurs non directeurs indépendants ("litigation committee"(165)), peut avoir pour effet de mettre fin à l'action dérivative(166).

et en pensant honnêtement que leur action servait au mieux les intérêts de la société (p. 812). Selon la Cour Suprême, la demande n'était pas "futile" du seul fait qu'en vertu des allégations des demandeurs, l'administrateur responsable dominait tous les autres. Dans cette affaire, le tribunal admit l'application du BJR en relevant toutefois qu'il suppose l'absence de faute grave (ce qui constitue une nouveauté) et une action (non une omission) de la part des administrateurs.

164) Cf. supra note (163).

165) Cf. infra 9.2.4.4.

166) Dans Bursk v. Lasker, (441 U.S. 471; 99 S. Ct. 1831; 60 L. Ed. 2d 404, 1979) la Cour Suprême jugea que la question de savoir si une commission spéciale d'administrateurs désintéressés (non directeurs) pouvait écarter une action dérivative portée contre d'autres membres du conseil d'administration devait être résolue à la lumière d'un double critère. Selon elle, un tribunal saisi d'une telle affaire doit (se limiter à) examiner (1) si la loi étatique applicable permet au conseil d'administration de déléguer à une commission spéciale le pouvoir d'écarter une action judiciaire et (2) si la loi étatique en question est compatible avec le droit fédéral applicable.

Le double critère posé par la Cour Suprême a été appliqué pour la première fois dans Abbey v. Control Data Corp. (603 F. 2d 724, 8th Cir. 1979), certiorari denied, 44 U.S. 1017, 100 S. Ct. 870; 62 L. Ed. 647 (1980). Dans ce cas, le tribunal jugea qu'en vertu des lois du Delaware, le BJR était applicable à la décision d'une commission spéciale d'écarter une action dérivative portée contre des membres du conseil d'administration. Le tribunal admit en outre la compatibilité du droit du Delaware avec le droit fédéral. Le même raisonnement a été tenu dans Lewis v. Anderson (615 F.2d 778, 9th Cir. 1979) et dans Auerbach v. Benett (47 N.Y. 2d 619; 419 N.Y.S. 2d 920; 393 N.E. 2d 994 (1979)).

Per contre, dans une affaire très discutée, Zapata Corp. v. Maldonado (430 A. 2d 779, 1981), la Cour Suprême du Delaware appliqua un double critère dont la deuxième partie peut être interprétée comme une sérieuse restriction au BJR. Selon la Cour, le juge doit d'abord s'assurer que la commission ait pris ses conclusions de manière indépendante, en toute bonne foi et sur la base d'une enquête approfondie. Le fardeau de la preuve incombe à la société. Lorsque le juge s'est convaincu de l'indépendance de la commission, il lui appartient de déterminer, en toute liberté, et au regard de l'ensemble des circonstances, l'indépendance des intéressés est suffisante pour justifier le rejet de l'action dérivative au nom du BJR. Cette très grande liberté accordée au tribunal va à l'encontre du fondement du BJR. La Cour Suprême a, il est vrai, limité quelque peu l'application de ces principes aux cas où une demande préalable adressée aux administrateurs d'introduire l'action dérivative a été considérée comme inutile. Selon la Cour Suprême, le BJR ne s'applique que dans les cas où les administrateurs font l'objet d'une action en justice.

Appliquant les critères posés par Zapata, le tribunal dans Joy v. North (692 F2d 880, 2d Cir. 1982) rejeta la recommandation négative d'une commission spécialement chargée d'étudier l'opportunité d'une action dérivative. Il estima que les administrateurs non directeurs n'avaient pas agi dans le cadre du BJR en laissant volontairement les dirigeants prendre des décisions

importantes pour l'avenir de la société, sans exercer aucune surveillance. Selon le tribunal, arguer de son ignorance dans un tel cas est dénué de pertinence, car l'ignorance est précisément constitutive d'une violation du devoir de diligence.

En résumé, on distingue deux types d'approche des tribunaux en présence d'une décision d'écarter une action dérivative prise par une commission formée d'administrateurs non directeurs déintéressés. Certains juges revoyent tout le fond de la décision et des conclusions de la commission, d'autres examinent seulement si la commission était indépendante et de quelle manière elle a procédé, en se remettant pour le surplus au jugement de ses membres. La première de ces approches est adoptée dans les décisions de la lignée *Zapata Corp. v. Maldonado*, la seconde dans celles de la lignée *Auerbach v. Bennett*.

L'affaire *Aronson* (citée infra sous note (163)) jette toutefois une nouvelle lumière sur la portée de *Zapata*. Elle laisse entendre que le BJR continuera à s'appliquer dans les procédures visant à mettre fin à une action dérivative et que le double critère posé par *Zapata* sera utilisé dans les seuls cas où le BJR est inapplicable, soit principalement lorsque la majorité des administrateurs est accusée de "self dealing".

Sur toute cette matière cf. not. les articles de Vensey, "New Insights"; de Block/Prussin, "Viva *Zapata*?", "Zapata One Year Later" et "From *Zapata* to *Aronson*".

L'application du double critère posé par *Zapata* dans l'affaire *Kaplan v. Wyatt* (484 A. 2d 501, Del. Ch. 1984, affirmé 499 A. 2d 1184, Del. 1985) a fait l'objet de sévères critiques dans Solomon, Stevenson & Schwartz's, 1986 supplement, p. 135 et ss, note 139 à 142.

sur la société a fait l'objet de nombreux examens(167).

167) Cf. infra note (162). Les arrêts Aronson (cité sous note (163)) et, dans sa lignée, Pogostin v. Rice (480 A. 2d 619, Del. 1984) pourraient laisser présager que les administrateurs sont protégés, au moins dans le Delaware, s'ils résistent, en toute bonne foi, à des offres hostiles d'achat et s'abstiennent de faire passer leurs intérêts personnels en premier lieu. Toutefois une décision rendus en 1985 pourrait mettre en doute cette constatation.

Dans cette décision (Smith v. Van Gorkom, connue sous le nom de "Trans Union Case", 488 A. 2d 858, Del. 1985), la Cour Suprême du Delaware imputait aux administrateurs une responsabilité pour faute grave commise lors du choix des mesures de défense contre une offre importante d'achat d'actions. La Cour estima le BJR inapplicable du fait de la faute grave (prise de décision trop rapide, sans se procurer les informations indispensables, sans s'entourer des avis d'experts et sans comprendre exactement les conditions de l'offre d'achat). Ce cas a fait l'objet de critiques (cf. not. les articles de Fischel, "The Business Judgment Rule and the "Trans Union Case" et de Harsel/Katz, "Smith v. Van Gorkom: The Business of Judging Business Judgment"). Cette décision a soulevé des craintes car, contrairement à l'arrêt Aronson (où le juge admettait expressément l'application du BJR dans le cas de fautes ordinaires) le "Trans Union Case" pourrait être interprété de manière à exclure le BJR même dans des cas où de simples fautes sont prouvées.

En fait, dans trois affaires récentes et importantes la Cour Suprême du Delaware a reformulé le concept du BJR, dans le cadre d'offres hostiles d'achat, en exigeant des administrateurs qu'ils justifient leurs décisions/actions de manière satisfaisante préalablement à l'application du BJR par la Cour.

Cette condition a d'abord été introduite dans Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. (493 A. 2d 946, Del. 1985) où la Cour Suprême du Delaware a exigé que les administrateurs de la société faisant l'objet d'une offre hostile d'achat prouvent préalablement:

- 1) qu'ils avaient de sérieuses raisons de penser que l'offre présentait un danger pour la société (remise en question de sa politique et de la bonne marche de ses affaires);
- 2) que la tactique défensive adoptée par le conseil d'administration était proportionnée à la menace.

La Cour Suprême du Delaware a jugé que seuls les administrateurs à même de rapporter ces preuves pouvaient bénéficier de la protection du BJR lorsqu'ils s'opposent à une offre hostile d'achat. Dans le cadre d'Unocal, la Cour a admis, au vu des circonstances, que la décision, même rapide, des administrateurs était protégée par le BJR.

Cette application du BJR a été réaffirmée dans Moran v. Household International Inc. (500 A. 2d 1346, Del. 1985), où la Cour Suprême du Delaware a considéré comme bien fondée l'adoption par le conseil d'administration d'un plan donnant aux actionnaires le droit d'acheter, à certaines conditions, des actions de la société et rendant, de ce fait, plus difficile et/ou plus coûteuse une offre d'achat externe.

Encore mouvant, ce domaine du droit évolue rapidement et parfois dans des sens différents. La question se pose de savoir s'il vaut mieux s'en remettre aux

En l'occurrence, les administrateurs avaient prouvé à satisfaction de la Cour que leur plan n'était pas motivé par le seul désir de se maintenir en fonction. La Cour a également jugé que le fardeau de la preuve en cette matière est plus facile à rapporter lorsqu'une majorité du conseil d'administration ayant voté en faveur du plan consiste en des administrateurs non directeurs indépendants.

Par ailleurs, l'application du BJR dans le cadre de tactiques défensives mises en place par le conseil d'administration a été affirmée en 1984 respectivement par les 8ème et 9ème "circuits" au regard de la loi texane (Gerhart Industries, Inc. v. Smith International, Inc., 741 F. 2d 707, 1984) et de la loi californienne (Jewel Companies, Inc. v. Pay Less Drug Stores Northwest, Inc., 741 F. 2d 1555 (1984)).

Le principe du BJR a été encore affiné dans l'affaire Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings (506 A. 2d 173, Del. 1986). La Cour Suprême du Delaware a ici été amenée à revoir la validité de certaines mesures de défense prises par Revlon pour résister à une offre hostile d'achat de la part de Pantry Pride. Appliquant les critères formulés dans Unocal et Moran, la Cour a considéré qu'en favorisant un acquéreur potentiel "ami", aux dépens d'un acquéreur potentiel "hostile", sans chercher à obtenir un bénéfice maximal pour les actionnaires, les administrateurs non directeurs avaient violé leur devoir de diligence d'une manière qui exclut l'application du BJR.

De même, dans Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition Inc. (781 F. 2d 284, 2d Cir. 1986), la Cour fédérale du deuxième "Circuit" a jugé que l'approbation, par les administrateurs non directeurs de SCM, de l'octroi à Hanson d'une option d'achat sur un actif ("asset purchase option", appelée aussi "lock-up option"), n'était pas protégée par le BJR. En effet, ces administrateurs (qui, au demeurant étaient "désintéressés" et n'avaient pas violé leur devoir de loyauté) n'avaient entrepris aucune démarche en vue d'obtenir les informations nécessaires pour prendre une décision en toute connaissance de cause.

On peut admettre néanmoins, que les tribunaux américains continueront à appliquer le BJR, en exigeant, le cas échéant, que les administrateurs prouvent préalablement le bien-fondé de leurs actions.

tribunaux quant à la portée du BJR ou essayer d'en fixer l'étendue et les limites sous la forme d'une codification nécessairement imparfaite (comme s'attache à le faire notamment l'"American Law Institute")(168(169). Malgré ses limites,

168) Cf. Veasey, "Further Reflections" et note 10 infra.

169) Dans son remarquable article cité infra sous note (145) Manning relève la contradiction existant entre la formulation traditionnelle du BJR applicable seulement en cas d'action par les administrateurs et le fait que la majorité des activités du conseil d'administration ne consiste justement pas en des actions dans des domaines particuliers, mais bien plutôt en un processus de surveillance continue ponctuée occasionnellement par une décision effective (p. 1494). Interprétée strictement, cette constatation signifierait que dans les procès où un administrateur se verrait reprocher un comportement passif, soit dans le 90% des cas, le BJR serait inapplicable. Comme personne ne souhaite cet "horrible résultat", Manning propose d'adapter le BJR aux réalités de la vie pratique et de formuler de nouveaux critères de diligence (p. 1498 et ss).

C'est ainsi que l'administrateur devrait vouer aux affaires de la société et à l'accomplissement de ses devoirs toute la diligence dont ferait preuve, en prenant sa décision de bonne foi, un administrateur responsable et diligent placé dans la même situation. Il appliquerait en outre toute la diligence à laquelle il aurait pu s'engager spécialement à l'égard de la société ou des autres membres du conseil d'administration. A ces fins, il devrait assister à toutes les séances du conseil d'administration, poser toutes les questions, faire toutes les propositions commandées par les circonstances en vertu d'une appréciation faite de bonne foi.

cette deuxième solution semble préférable à la première pour des raisons de clarté et d'uniformité.

Par ailleurs, il incomberait à l'administrateur de se tenir informé (et de prendre toute mesure que dicte son jugement à cet égard) sur l'accomplissement de ses fonctions par la direction, sur l'existence d'un système interne d'informations financières approprié à l'entreprise et sur l'existence d'un système d'information similaire en ce qui concerne les développements importants relatifs à la société.

En cas de découverte d'anomalie importante, l'administrateur devrait prendre toute mesure requise par les circonstances selon son propre jugement des faits exercé conformément au principe de la bonne foi.

Dans l'exercice de son devoir de diligence, l'administrateur serait autorisé à se baser sur les avis de tiers auxquels, en vertu de son jugement exercé de bonne foi, il estime pouvoir faire confiance.

Enfin, malgré les conditions énumérées ci-dessus, le devoir de diligence ne supposerait pas que l'administrateur consacre aux affaires de la société plus de temps que l'on attend habituellement d'administrateurs de la société exerçant les mêmes fonctions, sauf en cas d'accord contraire.

En cas de respect de toutes ces conditions, l'on admettrait que l'administrateur se soit conformé à son devoir de diligence.

CHAPITRE 6: RAPPORTS ENTRE LES ADMINISTRATEURS NON DIRECTEURS ET LES AUTRES ORGANES SOCIAUX

6.1 Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'assemblée générale

Les rapports directs entre les deux entités sont très limités. Ils se réduisent à la nomination des administrateurs par les actionnaires (théorique la plupart du temps(170) et aux communications que le conseil d'administration dans son ensemble doit faire aux actionnaires(171).

Certes, les administrateurs non directeurs sont appelés à jouer un rôle toujours plus important en matière d'offre hostile d'achat(172), de fusion(173) et d'action dérivative(174). Toutefois, il sied de rappeler que les actionnaires interviennent peu, mettent rarement en question les propositions qui leur sont soumises et n'exigent en principe pas que les administrateurs non directeurs leur rendent compte de manière détaillée.

6.2 Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'organe de contrôle

L'appartenance de certains administrateurs non directeurs à la commission de contrôle ("audit committee") crée des contacts étroits entre ces administrateurs et les contrôleurs, aussi bien internes qu'externes, dont ils sont chargés de surveiller les activités(175).

Ces administrateurs informent leurs pairs non membres de la commission de contrôle de toute matière susceptible de les intéresser(176).

170) Cf. infra 8.3.1 et note (S08).

171) Cf. infra 4.5 et note (116).

172) Cf. infra 10.2.3.

173) Cf. infra 10.2.2.

174) Cf. infra 5.3.3 et 10.2.1.

175) Pour une étude détaillée sur ce point, Cf. infra 9.2.4.6.1.

176) Sur la mesure dans laquelle les administrateurs non directeurs sont valablement admis à se fier aux informations fournies par une commission telle l'"audit committee", Cf. infra ch. 4.3.

6.3 Rapports entre les administrateurs non directeurs et les administrateurs directeurs

Les rapports entre les administrateurs non directeurs et les administrateurs directeurs se situent principalement sur le plan de la surveillance ("monitoring").

Cette surveillance exercée de manière générale sur les personnes chargées de la gestion(177) porte notamment sur les comptes et autres questions financières du ressort de l'ensemble de la direction, dont les administrateurs directeurs(178).

En outre l'élargissement des attributions des administrateurs non directeurs sur le plan externe(179) risque de créer des tensions entre les deux espèces d'administrateurs, aux intérêts divergents, dans le cadre:

- d'actions dérivatives(180);
- de fusion(181);
- d'offres (hostiles) d'achat d'un nombre important d'actions d'une société par une autre société(182).

De manière générale, pourtant, les deux espèces d'administrateurs se complètent, comme l'a fort bien exprimé Eisenberg:

"Seules les personnes engagées à plein temps dans une entreprise disposent des connaissances suffisantes pour diriger la société. Par ailleurs, seules les personnes consacrant moins de temps à l'entreprise présentent les qualités nécessaires pour surveiller ceux qui la dirigent. Le rôle des administrateurs non directeurs consiste à s'assurer que les dirigeants obtiennent les résultats adéquats, celui des dirigeants à prendre toutes les mesures nécessaires à l'obtention de ces résultats."(183).

177) Cf. infra 10.1.6.2.

178) Cf. infra 10.1.6.1.

179) Cf. infra 10.2.

180) Cf. infra 5.3.3 et 10.2.1.

181) Cf. infra 10.2.2.

182) Cf. infra 10.2.3.

183) "Legal Models", p. 439.

6.4 Rapports entre les administrateurs non directeurs et le CEO

Le CEO est le responsable en chef de la gestion de la société. Qu'il cumule ou non ses fonctions avec celles de "Chairman"(184) il fait le plus souvent partie du conseil d'administration(185). Il forme le lien entre ce dernier et la direction. En tant qu'administrateur, il assume des responsabilités identiques à celles de ses collègues, voire plus étendues du fait de son accès facile aux informations sociales.

Dans ce cadre, la relation entre les administrateurs non directeurs et le CEO revêt un caractère bilatéral et complémentaire. D'une part les administrateurs non directeurs doivent s'en remettre au CEO pour la direction des opérations quotidiennes de la société. D'autre part, le CEO trouve auprès des administrateurs non directeurs sa source la plus précieuse de conseils(186).

Par ailleurs, le conseil d'administration (formé en moyenne d'environ trois quarts d'administrateurs non directeurs(187)) et les dirigeants supérieurs, se partagent la responsabilité ultime de la bonne marche de l'entreprise. Parfois leurs fonctions respectives sont si intimement liées que si l'influence de l'un croît, celle de l'autre diminue inévitablement(188).

Pendant de nombreuses années, le CEO a exercé une influence prépondérante sur la société. Tous les intéressés ont récemment admis que seule une collaboration entre un CEO fort et un conseil d'administration fort permet d'atteindre les résultats optimaux(189). A cette fin, le CEO doit d'abord permettre aux administrateurs non directeurs l'accès à un flot non limité d'informations(190). Le CEO doit aussi faire preuve d'assez de force de caractère pour solliciter le débat et ne pas se sentir menacé par des administrateurs non directeurs forts. Le CEO doit notamment se montrer réceptif, ouvert à tout commentaire. Enfin, le président du conseil d'administration, de son côté, doit comprendre l'importance des débats contradictoires et accepter que les réunions soient menées dans cet esprit.

184) Cf. infra 2.2.1 et 2.2.2, ainsi que la note (31).

185) Courtney Brown, "Putting the Corporate Board to Work", p. 12.

186) Reginald Jones dans Northwestern University, p. 17.

187) Cf. infra 2.2.1.

188) Bacon/Brown, "Role", p. 20.

189) Cf. enquête de Korn/Ferry International "Board of Directors Eleventh Annual Study, p. 1.

190) John F. Magee, dans Arthur Little, p. 95.

D'un point de vue idéal, la relation entre le CEO et les administrateurs non directeurs devrait se situer à quatre niveaux:

- les administrateurs non directeurs (avec leurs pairs directeurs) nomment le CEO(191), lui délèguent les pouvoirs de diriger la compagnie non expressément réservés au conseil d'administration;
- les administrateurs non directeurs évaluent la compétence et les activités du CEO;
- les administrateurs non directeurs voient et approuvent les objectifs majeurs de la société et les stratégies proposées par le CEO;
- les administrateurs non directeurs surveillent le fonctionnement des affaires sociales sur la base des informations fournies par le CEO.

191) De l'avis unanime, la décision la plus importante du conseil d'administration consiste à choisir chaque année le CEO (ou, plus généralement à le confirmer dans ses fonctions) (Cf. à ce propos Juran/Louden, p. 97; Directorship: "Significant Issues Facing Directors: 1984" p. 13 et ss et 1985 p. 61.

Selon l'enquête de Heidrick and Struggles, "Directors Data", 1982, p. 6, dans 6 sur 10 des 409 compagnies interrogées, c'est le conseil d'administration (à raison de 36,8%) ou une de ses commissions (à raison de 23,4%) qui nomme(nt) le CEO. La pratique veut cependant que le CEO choisisse son propre successeur dans une grande partie des cas (à raison du 38% selon la même enquête).

CHAPITRE 7: LA RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATEUR NON DIRECTEUR

7.1 Introduction

Le mandat d'administrateur a longtemps été considéré comme une fonction prestigieuse exempte de responsabilité. Depuis une quinzaine d'années, les tribunaux, les lois, l'opinion publique se sont efforcés de rendre les administrateurs (non directeurs) responsables de leurs actes ou omissions. Ces développements ont entraîné une sérieuse réévaluation du rôle et des fonctions des administrateurs. Ce chapitre étudie l'environnement légal dans lequel évolue l'administrateur non directeur.

7.2 Droit étatique

7.2.1 Lacunes du droit des sociétés

"Current state corporation statutes are towering skyscrapers, internally welded together and containing nothing but wind."(192).

Cette critique, sans aucun doute exagérée, vise les lois souples promulguées par nombre d'Etats pour inciter les sociétés à se constituer sur leur territoire. Il n'en demeure pas moins que, au nom de cette souplesse, les lois étatiques n'établissent en général pas de distinction entre les diverses formes de sociétés (familiales, privées, "publiques" comprenant des milliers d'actionnaires). La distinction entre administrateurs non directeurs et directeurs est en général pareillement ignorée(193).

Les tribunaux suppléent dans une certaine mesure à ces carences par l'application des principes de la common law(194).

7.2.2 Différences entre les réglementations étatiques

Les lois étatiques sur les sociétés règlent de manière sensiblement différente les devoirs et responsabilités des administrateurs.

La loi de New York, par exemple, prévoit une pluralité d'actions contre les administrateurs en cas de violation de leurs devoirs cè, dans une formulation assez

192) Bayless Manning, cité par Lieberman, p. 98.

193) Bacon/Brown, "Role", p. 72.

194) Nicolson, p. 216 et 219.

générale(195). Les causes de responsabilité peuvent être décrites de manière plus spécifique(196).

De nombreux Etats prévoient la possibilité d'actionner les administrateurs (notamment) pour des décisions en matière de dividendes contraires à la loi ou à l'équité, pour des acquisitions illicites par la société de ses propres actions, pour des prêts illicites à des administrateurs, des dirigeants ou des actionnaires, pour des transactions inéquitables, pour des activités sociales entreprises sans observer les conditions légales ou réglementaires préalables, pour l'émission d'actions sans juste contrepartie, pour n'avoir pas fait enregistrer auprès des autorités compétentes les rapports appropriés requis par la loi, pour n'avoir pas effectué les paiements nécessaires, pour avoir continué à exploiter la société après sa liquidation, pour avoir violé la loi(197).

Selon les Etats, les administrateurs sont tenus responsables uniquement sur la base du contrat les liant à la société ou, en outre, en cas d'insolvabilité, du fait de leur qualité de "trustee" à l'égard des créanciers(198).

7.2.3 Domaines particuliers du droit des sociétés

Toute la réglementation sur la délégation, le devoir de fidélité et le devoir de diligence relève des compétences étatiques. Il est renvoyé aux chapitres correspondants.

7.2.4 Blue-Sky Laws

Tous les Etats ont adopté des lois sur l'émission des papiers-valeurs, appelées communément "Blue-Sky Laws"(199). Elles ont pour but d'empêcher, le cas échéant de sanctionner, l'émission frauduleuse de titres sociaux. A la différence des lois fédérales sur les titres ("securities laws"(200) visant à rendre publiques

195) New York Business Corporation Law, section 719 et 720.

196) Cas de l'Illinois (section 154.42) jusqu'à l'adoption en 1983 du nouveau chapitre 32, entré en vigueur le 1er juillet 1984.

197) Henn/Alexander, section 218 p. 584/585.

198) Corp. Flechter, Vol. 3, section 841, selon lequel les administrateurs sont, dans une certaine mesure, à la fois "agents" de la société et "quasi-trustees" à l'égard des actionnaires aussi longtemps que la société est solvable; en cas d'insolvabilité, ajoute l'auteur, la relation de "quasi-trustee" s'étend aux créanciers.

199) Henn/Alexander, section 806, p. 843. Cf aussi, de manière plus générale, Hazen, p. 219 et ss et l'étude approfondie de Halperin et Makens. Cf en outre "The Business Lawyer", vol. 4, mai 1986, p. 785 et ss et août 1988, p. 1509 et ss.

200) Cf. infra 7.3.2.

les transactions, une grande partie des "Blue-Sky Laws" soumettent chaque émission de titres à une procédure d'examen et à l'approbation préalable d'une commission gouvernementale. Une vente de titres est souvent annulable ex lege sur requête de l'acheteur, si elle viole les dispositions légales. Diverses lois tiennent les personnes ayant participé à la vente - ou l'ayant favorisée (mandataires, administrateurs, dirigeants) - responsables à l'égard de l'acheteur à concurrence du montant payé(201).

Les Etats ont tenté à de nombreuses reprises d'harmoniser leurs lois (très différentes les unes des autres) sur les titres(202). Un grand nombre d'entre eux ont adopté l'"Uniform Securities Act" de 1956 (modifié en 1958), rédigé de manière à être acceptable, au moins partiellement, par les Etats aux philosophies les plus diverses(203).

7.2.5 Illicéité

7.2.5.1 Généralités

Les principes relatifs à l'illicéité ("tort") relèvent encore en grande partie de la common law(204). Ils découlent de la jurisprudence et n'ont été que peu modifiés par l'adoption de dispositions légales en matière d'acte illicite par les Etats(205).

Contrairement à la situation rencontrée en Suisse, il n'existe pas à proprement parler de définition de l'acte illicite. Selon une tentative de définition, l'illicéité serait:

"A civil wrong, wherein one person's conduct causes a compensable injury to the person, property, or recognized interest of another, in violation of a duty imposed by law."(206)

Cette définition nécessiterait une analyse détaillée de ses divers éléments mais comme une telle analyse sortirait du cadre de ce travail, l'on insistera uniquement sur les quatre éléments constitutifs principaux de l'illicéité soit:

- l'existence d'un devoir à l'égard du demandeur;

201) Loss, "Securities Regulation", Vol. 3, p. 1638, note 38, cite de nombreuses décisions de tribunaux à ce sujet.

202) Henn/Alexander, section 306, p. 844.

203) Ibidem, section 307, p. 849.

204) Klonka, p. 3.

205) Ibidem, p. 4/5.

206) Ibidem, p. 5.

- la violation de ce devoir par suite d'un comportement du défendeur contraire à la norme de conduite requise (soit notamment conduite fautive ("negligent conduct") ou comportement intentionnellement contraire au devoir ("intentional misconduct"));
- la survenance d'un dommage;
- un lien de causalité suffisant entre la conduite et le dommage(207).

Ces éléments sont assez semblables à ceux de l'acte illicite en droit suisse.

Le "devoir" dont il s'agit correspond dans une large mesure aux "ordres ou interdictions du droit écrit ou non écrit, fédéral ou cantonal qui tendent à protéger le bien juridique lésé", entrant dans la définition de l'acte illicite en Suisse(208). La notion de "devoir" est utilisée aux Etats-Unis, à défaut d'un terme plus approprié(209).

En général, une faute est nécessaire, comme en droit suisse (sous réserve des cas de responsabilité causale dont il n'est pas question dans ce contexte(210)). Les tribunaux ne font en principe pas de distinction entre les divers degrés de faute non intentionnelle(211). C'est dire qu'une faute légère suffit pour engager la responsabilité des administrateurs non directeurs.

Le lien de causalité existe si l'acte ou l'omission de l'auteur était un élément nécessaire à la survenance du dommage (règle "sine qua non")(212). Une causalité partielle suffit(213).

Dans ce contexte, il y a acte illicite de la part des délégués:

- en cas d'illicéité de la délégation elle-même,
- (si la délégation est autorisée) en cas de violation des devoirs de diligence et de fidélité.

207) Kionka, p. 51.

208) Cf. partie suisse 7.2.1., comp. Kionka, p. 88, 103 et 104.

209) Kionka, p. 103.

210) Ibidem, p. 34 et ss.

211) Ibidem, p. 114 et 115.

212) Ibidem, p. 29/30.

213) Ibidem, p. 30.

7.2.5.2 Délégation illicite

La délégation est illicite principalement lorsqu'elle est contraire à une disposition de la loi(214). Les lois étatiques modernes énumèrent en général (au moins) les attributions que le conseil d'administration n'est pas autorisé à déléguer à des commissions constituées en son sein. Ainsi en va-t-il du RMBCA(215).

La délégation est également illicite si elle viole un principe établi par la jurisprudence, comme par exemple l'interdiction de déléguer l'ensemble de la surveillance à une commission exécutive(216).

Par contre, il n'y aura en général pas de délégation illicite en l'absence de base juridique, puisque l'autorisation de déléguer est le plus souvent contenue de manière implicite dans le droit des différents Etats(217).

7.2.5.3 Illicéité dans le cadre de la délégation autorisée

Les administrateurs non directeurs commettent un acte illicite s'ils ne se conforment pas au devoir général de diligence(218). Ce devoir est clairement défini à la section 8.30 RMBCA(219). Il y aura violation du devoir de diligence par exemple lorsqu'un délégant - ayant confié à un tiers, conformément à la loi, le soin de réunir certains renseignements - se base entièrement sur le rapport de ce tiers, malgré l'existence de sérieux doutes quant à la véracité des informations(220).

7.2.6 Solidarité

Comme en Suisse, par application analogique des dispositions correspondantes en matière délictuelle, le droit des divers Etats prévoit en général qu'en cas de participation à des actes illicites toutes les personnes impliquées (administrateurs, dirigeants et même tierces personnes) sont responsables solidairement

214) Cf. infra 4.3.

215) Section 8.25 (e), Cf. infra 4.6.

216) Fletcher, vol. II section 496.

217) Cf. Fletcher, vol. II section 495.

218) Cf. infra 4.1.2 in fine et 5.3.

219) Cf. infra note (95). En vertu de la section 8.30 RMBCA, un administrateur se conforme à ce devoir s'il procède à une délégation autorisée en toute bonne foi, avec la diligence qu'une personne normalement prudente, placée dans une situation similaires, appliquerait dans des circonstances semblables.

220) Cf. section 8.30 (c) RMBCA.

("jointly and severally")(221). Ce principe est valable même en l'absence de disposition spéciale à cet effet. Plusieurs Etats mentionnent expressément la responsabilité solidaire dans divers contextes bien précis(222).

Il n'existe pas de réglementation spéciale en ce qui concerne les administrateurs non directeurs. Un traitement différent peut cependant être envisagé lors de l'examen de l'ensemble de la situation et notamment du devoir de diligence(223).

7.2.7 Recours Interne

L'ancienne common law ne connaissait pas le recours interne en matière délictuelle. Environ la moitié des Etats prévoient actuellement, de manière plus ou moins large, l'institution de "contribution" entre les auteurs d'un même dommage(224). Dans d'autres Etats, ce sont souvent les tribunaux qui octroient la possibilité de faire un recours interne.

7.3 Droit fédéral

7.3.1 Introduction

Les célèbres banqueroutes de Penn Central, Webb & Knapp, Equity Funding, les scandales de corruption de hauts dirigeants étrangers, portant sur des sommes fabuleuses et sur un nombre impressionnant de sociétés(225), ont contribué au durcissement des dispositions des "Federal Securities Laws" sur la responsabilité des administrateurs. Par ailleurs des lois fédérales plus récentes établissent de nouvelles bases de responsabilité. Les administrateurs non directeurs sont notamment appelés à vouer un soin tout particulier aux exigences des lois fiscales, des lois sur le travail, sur les fonds de prévoyance, sur les pratiques de corruption à l'étranger, sur l'environnement, sur la qualité et la sécurité des produits, sur la protection des consommateurs, etc.

221) Nicolson, p. 222.

222) New York Business Corporation Law, section 719; Delaware General Corporation Law, section 174; Cf. aussi la section 48 du MBCA.

223) Cf. infra 5.3.1.

224) New York Business Corporation Law, section 719 (c); Delaware General Corporation Law, section 174 (b). California Corporations Code, section 318 (e).

225) Environ 400, selon la déclaration de Philip Loomis, représentant de la SEC, lors des "Hearings before the subcommittee on citizens and shareholders rights and remedies of the committee on the judiciary", United States Senate, 95ème Congrès, première session, part 1, p. 8, Washington D.C., 27 juin 1977.

Parmi les violations les plus fréquentes de la loi par les administrateurs non directeurs, on peut citer les conflits d'intérêts, la surveillance insuffisante des affaires sociales, les fausses indications dans les déclarations d'enregistrement à la SEC, les violations des lois antitrust, les opérations d'initiés, les violations des lois sur la pollution, les contributions versées illégalement dans le cadre de campagnes électorales, les irrégularités dans l'établissement des procurations.

7.3.2 "Federal Securities Laws"

Le droit fédéral des titres comprend six lois promulguées entre 1933 et 1940 ainsi qu'une loi adoptée en 1970:

- le "Securities Act" de 1933 (SA)(226);
- le "Securities Exchange Act" de 1934 (SEA)(227);
- le "Public Utility Holding Company Act" de 1935 (PUHCA);
- le "Trust Indenture Act" de 1939 (TIA)(228);
- l'"Investment Company Act" de 1940 (ICA)(229);
- l'"Investment Advisers Act" de 1940 (IAA);
- le "Securities Investor Protection Act" de 1970 (SEPA)(230)(231).

Les "Securities Laws" requièrent la publicité complète des informations que les investisseurs potentiels et les actionnaires actuels peuvent considérer comme déterminantes. N'ayant pas de juridiction directe sur les obligations des administrateurs (à l'exception de l'article 36 ICA(232), la SEC agit en principe seulement par le biais de la publicité(233)) en se basant principalement sur le "Securities Act" de 1933 et le "Securities Exchange Act" de 1934.

226) Cf-après 7.3.2.3.

227) Cf-après 7.5.2.4.

228) Cf-après 7.3.2.11.

229) Cf-après 7.3.2.10.

230) Cf. à ce sujet l'importante étude du Professeur Louis Loss, "Securities Regulation" et du même auteur "Fundamentals of Securities Regulation"; Cf. aussi l'ouvrage de Hazen.

231) Devant la complexité des "Federal Securities Laws" actuelles, l'"American Law Institute" s'est attaché à codifier toutes ces lois sous la forme d'un "Federal Securities Code" dont la direction a été confiée au Professeur Louis Loss. Bien que cautionné par la SEC, ce code datant de 1980 (Cf. Louis Loss, "Federal Securities Code", Philadelphia 1980), n'est pas encore en vigueur.

Les trois objectifs principaux de ce code sont les suivants:

- simplifier la réglementation existante;
- éliminer, dans la mesure du possible, la répétition de règles;
- réexaminer tout le mécanisme de protection des investisseurs, de manière à accroître son efficacité.

232) Cette disposition permet à la SEC d'introduire une action en révocation du mandat d'administrateur.

233) Ray Garrett, dans Arthur Little, p. 106.

Sans intérêt dans ce contexte, le "Public Utility Holding Company Act", l'"Investment Advisers Act" et le "Securities Investor Protection Act" ne feront pas l'objet de développements ultérieurs.

7.3.2.1 Base de responsabilité

La responsabilité des administrateurs (non directeurs) dépend principalement de leur qualité éventuelle de personnes contrôlant la société ("controlling persons").

En vertu du "Securities Act", les personnes contrôlant la société encourent la même responsabilité que l'émetteur des titres, à moins qu'elles n'aient pas connu, ou n'aient pas eu de raison valable de connaître, les faits engageant cette responsabilité.

Le "Securities Exchange Act" prévoit une réglementation similaire. La loi ne mentionne pas expressément que les administrateurs appartiennent au groupe de personnes contrôlant la société. Toutefois, les administrateurs non directeurs échapperont difficilement à cette qualification.

Les administrateurs non directeurs peuvent aussi être tenus indirectement responsables pour avoir prêté assistance à l'auteur de l'acte incriminé.

Enfin, une responsabilité directe est envisageable en cas de violation par les administrateurs de leurs devoirs à l'égard des actionnaires.

7.3.2.2 Définition de "security"

Le terme de "security" recouvre une grande variété de titres. En vertu de la section 2 (1) du SA, "security" englobe entre autres:

"Any note, stock, treasury stock, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit sharing agreement, collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas, or other mineral rights, or, in general, any interest or instrument commonly known as a "security" or any certificate of participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing"(234).

234) Cf. not. Hazen, section 1.5, p. 14 et ss.

7.3.2.3 "Securities Act" de 1933 (SA)

Relative à la responsabilité civile des administrateurs en cas de fausses déclarations sur la situation de la société, la section 11 de cette loi constitue la seule disposition mentionnant expressément l'administrateur. L'intéressé pourra bénéficier d'une exonération de responsabilité s'il prouve qu'il n'avait aucune raison de penser que la déclaration d'enregistrement était entachée du vice allégué.

Si la déclaration d'enregistrement n'est pas encore intervenue, l'administrateur non directeur peut être tenu responsable pour violation de la section 12 (1) du SA. Cette disposition protège les investisseurs des offres ou ventes de titres sociaux intervenues en violation de la section 5 de la même loi(235). Dans ce contexte, la notion de vente est interprétée de manière extensive.

7.3.2.4 "Securities Exchange Act" de 1934 (SEA)

Sections 9 et 10 (a)

Elles prohibent expressément toute manipulation du marché relative à des titres cotés en bourse.

Règle 10b-5

La réglementation anti-fraude à laquelle appartient la règle 10b-5 institue une très lourde responsabilité.

La règle 10b-5 vise à prévenir les abus non couverts par les sections 9 et 10 (a) du SEA. En termes simplifiés, cette disposition prohibe:

- l'utilisation de tout moyen destiné à tromper;
- toute déclaration fausse, ou toute omission, d'un fait déterminant;
- le fait d'entreprendre tout acte impliquant ou pouvant impliquer une tromperie,

pour autant qu'ils soient intervenus par le biais du commerce interétatique, la poste ou toute facilité offerte par les bourses nationales.

La règle 10b-5 s'applique à tout achat ou vente par toute personne de tout titre social. Il n'y a pas d'exemptions. Elle couvre aussi bien les titres enregistrés en vertu du "Securities Exchange Act" que les titres non enregistrés. Elle s'applique

235) La section 5, disposition centrale du SA, prévoit qu'un titre ne peut pas être vendu au public sans avoir été préalablement enregistré auprès de la SEC. Elle institue une procédure compliquée aux termes de laquelle les offres de ventes et les ventes publiques de titres ne peuvent pas voir lieu à certaines périodes déterminées par rapport au moment de l'enregistrement (Cf. Hazen, p. 31 et ss).

aux sociétés privées comme aux sociétés dont les actions sont largement répandues sur le marché(236).

Durant les années 60 et au début des années 70, les tribunaux ont considérablement élargi la portée de la règle 10b-5 et se sont exposés à une prolifération d'actions du fait de la souplesse des conditions procédurales posées par cette disposition. Le recours intensif à la règle 10b-5 a provoqué le transfert devant les cours fédérales d'une grande partie des litiges dont avaient été saisis les tribunaux étatiques(237).

Devant cette situation, la Cour Suprême a, dès 1975, limité le recours à cette disposition aux affaires mettant en cause un droit privé d'action (par opposition à un droit d'une agence gouvernementale).

Les opérations d'initiés ("insider trading") constituent un des domaines où la règle 10b-5 s'applique par excellence. La règle précise en effet qu'un initié ne peut négocier des titres sociaux sur la base d'informations obtenues dans le cadre de la société et non encore rendues publiques. Le tiers bénéficiaire des informations ainsi obtenues qui les utilise pour son propre compte (le "tippee") se rend également coupable d'une violation de la règle 10b-5.

Aux termes de cette réglementation un initié peut être:

- tout émetteur de titres;
- tout administrateur, dirigeant, toute personne contrôlant la société, toute personne contrôlée ou toute compagnie affiliée;
- toute personne dont la relation avec l'émetteur de titres permet l'accès à des informations décisives, s'il y a des raisons de penser que ces informations ne sont pas accessibles au public;
- un "tippee".

L'émission par la société de ses propres titres en échange d'une contre-partie inadéquate constitue un autre cas de tromperie sanctionné par la règle 10b-5, dans la mesure où cette opération vise à favoriser une personne exerçant des fonctions élevées dans la société.

Par ailleurs, la règle 10b-5 est applicable en cas de fausses déclarations dans les procurations sollicitées des actionnaires lors d'un vote relatif à une fusion ou d'irrégularités entourant la fusion (cette transaction étant considérée comme une vente au sens de la règle 10b-5).

236) La question se pose de savoir dans quelle mesure la règle 10b-5 peut être invoquée pour échapper à des restrictions procédurales ou de droit de fond prévues par d'autres lois. L'étude de ce problème dépasse toutefois le cadre de ce travail. Cf. not. Hazen, section 13.2, p. 446 et ss.

237) Feuer, p. 169.

Section 12

La section 12 requiert l'enregistrement de titres auprès de la SEC par tout émetteur, lorsqu'une catégorie de ces titres est cotée à une bourse nationale. La section 12 (g) (introduite en 1964) étend les exigences en matière d'enregistrement à toute société dont les actifs dépassent \$ 1.000.000 et dont 500 actionnaires au moins détiennent une catégorie de titres(238).

Section 14

En promulguant le SEA, le parlement constata qu'un grand nombre d'escroqueries et fraudes en matière de sociétés étaient perpétrées lors de la sollicitation de procurations des actionnaires par les dirigeants et les administrateurs qui n'indiquaient pas la nature des sujets soumis au vote. La section 14 fut adoptée pour régler le processus de vote des actionnaires des sociétés obligées de procéder à la déclaration d'enregistrement prévue à l'article 12 du SEA.

La section 14 du SEA déclare illicite pour une société enregistrée en vertu de la section 12 SEA, le fait de solliciter des procurations de ses actionnaires en violation des règles détaillées prescrites par la SEC dans l'intérêt du public (portant notamment sur la forme des procurations et sur les informations à y faire figurer).

Avant chaque assemblée générale, la société est tenue de faire parvenir aux actionnaires une formule de procuration contenant toutes les informations requises par le "Schedule A" du SEA. Les actionnaires peuvent ainsi indiquer, sur ce document, s'ils approuvent ou non les propositions qui leur sont soumises.

Afin d'améliorer la protection des actionnaires et du public, la SEC a modifié en 1978 ses règles sur les indications à faire figurer dans les procurations. Elle exige notamment une plus grande publicité en ce qui concerne:

- la composition du conseil d'administration et la relation éventuelle existant entre ses membres et l'émetteur de titres;
- l'existence, la composition, le fonctionnement des commissions du conseil d'administration;
- le nombre de réunions tenues par le conseil d'administration et le degré de participation à celles-ci;
- l'expérience (conduite) antérieure de l'intéressé dans le cadre de ses fonctions;
- le cas échéant, les raisons ayant amené un administrateur à répudier son mandat;
- la rémunération des dirigeants(239).

238) Cf. Hasen, section 9.2, p. 233 et ss.

239) SEC Disclosure Digest, décembre 1978, p. 1 et 3; Federal Register, "SEC Shareholder Communications", 14 décembre 1978.

Si les procurations d'une société risquent d'induire en erreur les actionnaires ou le public, la responsabilité des administrateurs peut être engagée à l'égard de toute personne achetant ou vendant des titres sur la base des indications litigieuses(240).

Par ailleurs, aux termes de la section 14 (2) du SEA relative aux acquisitions d'un nombre de titres permettant d'obtenir le contrôle de la société ("tender offers")(241), est illicite toute déclaration risquant d'induire en erreur, toute omission d'un fait décisif, toute action ou pratique visant à tromper les actionnaires ou le public. Ici aussi, la responsabilité des administrateurs est engagée si la décision d'accepter ou de refuser l'offre d'achat constitue une manipulation du marché et lèse certaines parties(242).

Sur la base de la section 14 (e) du SEA, la SEC a promulgué en 1982 la règle 14e-3 visant à sanctionner l'utilisation d'informations privilégiées dans le cadre des offres importantes d'achats d'actions d'une société. Cette disposition est à rapprocher de la règle 10b-5, plus générale(243).

Les règles sur les "tender offers" ont été modifiées de manière importante en janvier et en juillet 1986 par la SEC(244). Ces modifications n'ont toutefois pas d'incidence directe sur ce travail(245).

240) Il appartient au demandeur de prouver que l'approbation de la transaction incriminée est intervenue sur la base de la déclaration erronée.

Dans l'affaire *TSC Industries v. Northway Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), la Cour Suprême a durci sa position en soulignant que le fait erroné ou omis devait être déterminant dans le vote de l'actionnaire. (Auparavant, il suffisait que les déclarations litigieuses aient pu être considérées comme importantes par un actionnaire raisonnable).

241) Cette section fait partie des modifications introduites par le "Williams Act" en 1968 relatif aux acquisitions d'un nombre important d'actions d'une société.

242) Cf. aussi infra 10.2.3. La violation des dispositions sur les procurations et sur les "tender offers" a donné lieu à une jurisprudence extensive (Cf. Hazan, chapitre 11, p. 298 et ss.).

243) Douglas W. Hawes, "Insider trading law in the U.S. today - Courts and Congress in complex confusion", dans *Etudes suisses de droit européen*, vol. 28, p. 196.

244) Subcommittees on Annual Review, Federal Securities Regulation, "The Business Lawyer", Vol. 42, mai 1987, p. 840 et ss..

245) Certaines des nouvelles règles (règles 13e-4(f)(8)(i) et (ii), ainsi que 14d-10(a)(1) et (2)) ont pour but d'harmoniser les exigences relatives aux offres d'achat par les sociétés émettrices et par les tiers. Par ailleurs, en particulier la durée de la validité des offres a été fixée à vingt jours, aussi bien pour les sociétés émettrices, dans tous les cas, que pour les tiers (règles 13e-4(f)(1)(i) et 14e-1(a)).

Section 16

La section 16 du SEA ("short swing profits") exige que toute personne possédant (directement ou indirectement) plus du 10% d'une catégorie de titres enregistrés en vertu de la section 12 du SEA, de même que tout administrateur de toute société détenant une catégorie de titres enregistrés, le notifie à la SEC. Ces personnes sont en particulier tenues d'informer la SEC de tout achat ou vente des titres concernés, au plus tard à la fin du mois au cours duquel la transaction a eu lieu.

La section 16 (b) vise à empêcher l'usage inéquitable d'informations obtenues par les personnes susmentionnées. Elle permet le recouvrement, par la société ou l'actionnaire lésé, de tout profit réalisé à la suite d'un achat et d'une vente successifs (ou vice versa) des titres sociaux, lorsque la double transaction intervient dans l'espace de six mois. Les termes "achat" et "vente" employés dans ce contexte couvrent des notions très étendues. Ainsi la section 16 vise-t-elle aussi l'échange, la réclassification et la conversion de titres. Cette section est en voie de révision(246).

Section 21(2)(A) (B) (C) et (D) ajoutés au SEA en 1984 par le biais de l'"Insider Trading Sanctions Act of 1984", entré en vigueur le 10 août 1984.

Cette réglementation permet à la SEC de requérir une pénalité à caractère civil n'excédant pas trois fois la valeur du bénéfice réalisé ou de la perte évitée dans le cadre d'opérations d'initiés. Sont soumises à cette pénalité toutes personnes ayant violé une disposition du SEA ou une règle complémentaire en achetant ou vendant un titre, du fait d'informations non accessibles au public, ainsi que toutes personnes ayant favorisé d'une manière ou d'une autre cette violation.

Cette réglementation ne s'applique toutefois qu'aux transactions intervenues sur une bourse nationale (ou au moyen des facilités offertes par une telle bourse) ou par l'intermédiaire d'un courtier ("broker dealer"). Elle ne s'applique pas non plus aux offres émanant directement de l'émetteur (sauf s'il s'agit d'options de type standard).

En modifiant la section 15(c)(4) du SEA, cette réglementation donne en outre à la SEC la compétence d'ouvrir une procédure administrative dans tous les cas de violation des règles sur les procurations et sur les "tender offers".

246) Les propositions de la Commission de révision de la SEC tendent à réglementer plus sévèrement cette situation. En particulier, l'intéressé devrait informer la SEC au plus tard dans les deux jours, après la réalisation de la transaction. Le délai de six mois dans lequel intervient la double transaction serait réduit à trois mois. Cf. Committee on Federal Regulation of Securities, Report of the Task Force on Regulation of Insider Trading, Part II: Reform of Section 16, "The Business Lawyer", Vol. 42, août 1987, p. 1087 à 1136.

7.3.2.5 Sanctions prévues par le "Securities Act" et le "Securities Exchange Act"(247)

La SEC est habilitée à mener des enquêtes approfondies aux fins de déterminer s'il y a eu violation des lois fédérales sur les titres (sections 19 (b) et 20 (a) du SA ainsi que section 21 du SEA). Si une violation est établie, la SEC peut ordonner une audience de caractère administratif, en vue de déterminer les responsabilités respectives et imposer les sanctions appropriées. Seuls une société ou des titres enregistrés auprès de la SEC peuvent donner lieu à une telle procédure. Un recours contre une décision finale de la SEC prise dans ce cadre est ouvert auprès de la Cour fédérale d'appel du District de Columbia ou du tribunal correspondant au lieu de domicile du recourant ou au lieu de ses principales activités commerciales (section 9 (a) du SA et 25 (a) du SEA).

La SEC a aussi la possibilité d'introduire une action devant une cour fédérale de district pour violation, actuelle ou imminente, des lois sur les titres (section 21 (d) du SEA). Dans ce cadre, elle exige souvent du tribunal qu'il accorde une sanction appropriée au genre de violation commise ("ancillary relief").

La SEC peut également rendre publiques certaines formes de violations par le biais de rapports destinés à servir d'exemple(248).

En cas d'action pénale, la SEC transfère le dossier au Département fédéral de Justice.

7.3.2.6 Responsabilité civile des administrateurs basée sur le "Securities Act" et le "Securities Exchange Act"

A part les sanctions gouvernementales ou quasi gouvernementales susmentionnées, trois catégories de dispositions peuvent être invoquées pour engager la responsabilité civile des administrateurs sur la base des "securities laws" fédérales.

La première institue un droit privé exprès d'action ("private right of action"), par le biais des sections 11 et 12 (2) du SA ("misleading statement"), 16 (b) du SEA ("short swing profits") et 18 du SEA (cas spéciaux de déclarations risquant d'induire en erreur).

Les dispositions de la deuxième catégorie, réglant les rapports juridiques entre des parties privées, n'accordent pas expressément, mais seulement implicitement, un droit privé d'action.

247) Cf. à ce sujet l'excellente étude de Hazen, section 9.5, p. 243 et ss.

248) Cf. infra 7.4.7.

Le troisième groupe de règles, de loin le plus important, comprend les nombreuses dispositions prohibant certains actes précis ou les déclarant illégaux. Parmi elles, on trouve la règle 10b-5, d'autres dispositions anti-fraude et la réglementation relative aux procurations et aux offres d'achat (section 14 du SEA). Les tribunaux appliquent depuis 1946 les principes de la responsabilité délictuelle à ces situations, accordant par là un droit implicite d'action aux personnes que le législateur entendait protéger par l'adoption des dispositions correspondantes(249).

7.3.2.7 Questions procédurales

En vertu de la section 27 du SEA, les tribunaux fédéraux ont juridiction exclusive s'agissant d'actions basées sur le Securities Exchange Act. Les tribunaux fédéraux et étatiques ont juridiction concurrente en ce qui concerne le Securities Act (section 22 (a) SA).

Selon les cas, les délais de prescription courent de un à trois ans.

7.3.2.8 Dommages et intérêts

Les prétentions du lésé consistent le plus souvent en des dommages et intérêts. Leur montant est parfois déterminé par certains critères légaux (cas des sections 11 (e) et 12 du SA notamment). Les tribunaux de leur côté ont fixé des principes valables pour d'autres cas de responsabilité civile(250).

7.3.2.9 Actions basées sur l'"equity"

En sus des actions légales, l'"equity" permet aux demandeurs d'obtenir l'annulation de la transaction ("rescission") ainsi qu'une décision du juge interdisant toutes violations actuelles et futures.

7.3.2.10 "Investment Company Act" de 1940

Cette loi donne à la SEC juridiction sur les activités des sociétés d'investissement (dont la définition figure à la section 3 (a) du ICA).

L'"Investment Company Act" contient un certain nombre de dispositions destinées à assurer l'intégrité des administrateurs et l'indépendance du conseil d'administration.

249) Cf. sur toute cette matière, Ratner, section 86, p. 266 et ss.

250) S'agissant de la section 10 (b) du SEA et de la règle 10b-5 cf. not. *Affiliated Ute Citizens v. U.S.*, 406 U.S. 128, not. 155 (1972).

Ainsi, la section 9(a) prévoit qu'une personne condamnée pour un délit en rapport avec des titres sociaux ne peut pas servir comme administrateur. La section 17(h) prohibe tout accord permettant l'indemnisation des administrateurs au cas où leur responsabilité à l'égard de la société serait engagée pour activités frauduleuses volontaires, mauvaise foi, faute grave, etc. La section 10(a) du ICA donne à la SEC le moyen d'influencer la structure sociale en l'habilitant à déterminer la composition du conseil d'administration des sociétés d'investissement enregistrées auprès d'elle. Aux termes de cette disposition, le 40% du conseil d'administration doit être formé de personnes non intéressées ou d'administrateurs indépendants. N'entrent pas dans cette catégorie, les personnes détenant des fonctions directes de contrôle au sein de la société d'investissement ou de la société qui la conseille ("adviser"), les courtiers ou personnes affiliées, toute personne ayant agi comme avocat de la société durant les deux dernières années, tout membre proche de la famille d'une personne affiliée et toute personne ayant, selon la SEC, eu une relation d'affaires avec la société ou son principal dirigeant durant les deux dernières années (section 2(a) ch. 19 de l'ICA).

Depuis 1970, l'ICA est devenu plus exigeant au sujet des administrateurs désintéressés. Il requiert notamment:

- qu'ils représentent dans un cas un particulier défini par la loi un pourcentage accru des membres du conseil d'administration (section 10 (a) et (b) ch. 2 et section 15(f));
- qu'ils obtiennent et évaluent les informations relatives à la conclusion de contrats avec le conseiller et les underwriters (section 15(c));
- qu'ils approuvent le choix des comptables indépendants (section 32(a)).

7.3.2.11 "Trust Indenture Act" de 1939

Cette loi requiert une publicité complète et exacte en matière de titres négociés par la voie postale dans le cadre du commerce interétatique ou international. Elle vise à prévenir toute tromperie liée à ces transactions.

Le "Trust Indenture Act" ne s'adresse pas directement aux administrateurs. Toutefois, le "Securities Act" constitue la première partie du TIA. Conséquemment, les administrateurs sont soumis, le cas échéant, aux dispositions relevantes du Securities Act.

Le "Trust Indenture Act" soumet à une responsabilité expresse les auteurs de déclarations risquant d'induire en erreur (section 323(a)) et de renseignements illégaux (section 324).

7.3.3 "Employee Retirement Income Security Act" de 1974 (ERISA)

L'ERISA vise à protéger les intérêts des travailleurs au bénéfice de caisses privées de retraite et de prévoyance sociale. Son but est d'empêcher que les tra-

vailleurs ne soient soumis à des conditions déraisonnables d'âge, de durée des rapports de service, etc.

L'ERISA exige une publicité étendue relative à la mise en oeuvre et à la situation financière de ces différentes caisses. L'exécution de cette loi a été confiée au Département fédéral du Travail.

Aux termes de l'ERISA, les intérêts des bénéficiaires de caisses de retraite doivent passer avant ceux des actionnaires (section 404). Si les actifs ne suffisent pas à payer les rentes, le gouvernement peut exiger que le 30% (au maximum) de la valeur totale de la fortune sociale soit utilisé pour compenser la différence. Bien plus, en fonction d'un système de préférences, le gouvernement a la priorité sur les actifs de la société.

L'ERISA place ainsi les administrateurs dans un conflit d'intérêts: ils sont requis de servir les intérêts des bénéficiaires des plans alors que leur devoir général est de représenter les intérêts économiques des actionnaires. Or ces intérêts ne convergent pas nécessairement. D'un côté, chaque dollar versé sur les actifs d'un fonds de pension réduit d'un dollar l'obligation future de la société à l'égard du fonds. D'un autre côté, les sommes ainsi versées ne sont plus disponibles pour le paiement des dividendes. Dans ce contexte, les administrateurs sont appelés à procéder à une délicate pesée d'intérêts.

7.3.4 "Foreign Corrupt Practices Act" de 1977 (FCPA)

Les nombreux scandales résultant de la corruption de hautes personnalités étrangères ont, entre autres, conduit à l'adoption d'un amendement au SEC, communément appelé le "Foreign Corrupt Practices Act".

Cette loi ne s'adresse pas directement aux administrateurs. Elle influence cependant largement l'accomplissement de leurs devoirs. Par ailleurs l'exécution du FCPA par la SEC peut avoir un impact important sur les responsabilités du conseil d'administration(251).

Comme les lois sur les titres, le FCPA permet une intervention très étendue du gouvernement dans les affaires sociales internes(252).

Le FCPA contient des dispositions sur la corruption de hauts responsables étrangers et surtout d'importantes règles sur le contrôle de la comptabilité sociale interne(253). Aux termes de la nouvelle réglementation, toutes les sociétés émettrices de titres enregistrés auprès de la SEC doivent tenir une comptabilité

251) Connor, p. 2, en outre cf. plus généralement Hazen, section 19.2, p. 640 et ss.

252) Simonetti, dans *Institute of Internal Auditors*, p. 8.

253) Auerbach, dans *Institute of Internal Auditors*, p. 2.

reflétant fidèlement les transactions relatives aux actifs sociaux. En particulier, les administrateurs doivent s'assurer que la direction veille au bon fonctionnement du système de contrôle interne de la comptabilité et intervienne le cas échéant, pour corriger une erreur. Le rôle de surveillance des administrateurs à cet égard s'avère important.

7.3.5 Section 8 du "Clayton Act" et section 5 du "Federal Trade Commission Act" ("interlocking directorates")

La section 8 du "Clayton Act" prohibe le cumul de mandats dans des sociétés concurrentes, si l'une d'entre elles détient un capital (y compris un "surplus" et des bénéfices) totalisant plus de un million de dollars et si la suppression, par contrat, de la concurrence constitue une violation des dispositions "antitrust".

La section 5 du "Federal Trade Commission Act" (FTCA) sanctionne, en sus des domaines couverts par la section 8 du "Clayton Act", toute forme de cumul de mandats pouvant conduire à des pratiques déloyales de concurrence.

7.3.6 Conclusions

La SEC exerce une réelle emprise sur l'exécution de la plupart des lois pouvant engager la responsabilité des administrateurs non directeurs.

Comme motif de responsabilité, la SEC invoque la plupart du temps les insuffisances, erreurs ou omissions inhérentes à la publicité des principales informations relatives à la société.

La procédure engagée par la SEC aboutit dans la pratique en général à des "consent decrees", sorte de compromis par lequel la société accepte de procéder au remaniement du conseil d'administration et d'exécuter toute sentence de la SEC(254).

La SEC ne s'est jamais clairement prononcée sur l'étendue des devoirs des administrateurs. Elle attend d'eux, à tout le moins, le respect des principes légaux et du devoir de fidélité à l'égard des actionnaires(255).

254) Cf. infra 7.4.8.

255) Garrett, dans Arthur Little, p. 107.

7.4 Jurisprudence et décisions administratives

7.4.1 Introduction

Cette section analyse l'application pratique des dispositions légales sur la responsabilité des administrateurs non directeurs.

7.4.2 Section 11 SA

BarChris

BarChris(256) met en cause une société de construction de jeux de bowling ayant vendu publiquement une forme d'obligations ("debentures") convertibles. En suite de la faillite de BarChris une année après la transaction, les acquéreurs des titres ouvrirent action sur la base de la section 11 SA. Ils alléguèrent la fausseté d'informations déterminantes et l'omission de renseignements importants dans la déclaration d'enregistrement intervenue avant la vente. Parmi les défendeurs, figuraient les neuf administrateurs de BarChris, dont cinq étaient également directeurs. Après un examen attentif du prospectus, le tribunal conclut qu'il y avait en effet de nombreuses omissions et fausses déclarations susceptibles d'influencer de manière déterminante la décision d'investisseurs. Le tribunal jugea que les administrateurs directeurs connaissaient l'inexactitude des déclarations et, partant, ne pouvaient bénéficier d'aucune circonstance atténuante. Parmi les administrateurs non directeurs (ne connaissant pas la fausseté des allégations), le tribunal distingua entre ceux qui jouèrent un rôle important dans la préparation de la déclaration d'enregistrement et les autres. Les premiers furent tenus à un plus haut degré de responsabilité.

L'arrêt est particulièrement intéressant s'agissant des administrateurs non directeurs. Deux d'entre eux, entrés en fonctions après l'enregistrement de la déclaration auprès de la SEC, furent néanmoins condamnés. Considérant qu'ils avaient manqué de prudence, le tribunal souligna:

- qu'en vertu de la section 11 SA, la responsabilité d'un administrateur non directeur est engagée sans égard à la durée de son mandat;
- qu'un administrateur non directeur est censé connaître l'étendue de sa responsabilité au moment où il accepte son mandat;
- qu'un administrateur non directeur peut, le cas échéant, échapper à sa responsabilité en prouvant qu'il a examiné la situation avec l'attention raisonnable portée par un homme prudent à la gestion de ses affaires.

256) 283 F. Supp. 645, S.D.N.Y. 1968.

Feit v. Leasco

Une action en dommages et intérêts avait été introduite, sur la base de la section 11 SA, pour insuffisance dans la publicité relative à un échange d'actions (257). Les défendeurs comprenaient le CEO, le président et l'avocat général de la société, tous trois administrateurs. Le tribunal jugea que le prospectus ne mentionnait pas un montant bien précis (le "surplus-surplus") essentiel à la viabilité économique de la transaction.

Dans la ligne de BarChris, le tribunal s'efforça d'établir une distinction entre administrateurs directeurs et non directeurs. Dans ce cas toutefois, tous les administrateurs défendeurs furent considérés comme des "insiders", y compris l'avocat. Le tribunal releva que les administrateurs n'avaient pas rempli leur devoir de vérifier de manière indépendante si la déclaration d'enregistrement correspondait bien aux documents originaux sur lesquels elle se base.

7.4.3 Règle 10b-5

Rappelons que la règle 10b-5 sert de base à un large éventail d'actions pour tromperie, malversations, etc. Les décisions relatives aux opérations d'initiés ne distinguent en général pas entre administrateurs directeurs et non directeurs. Les plus importantes ne sont mentionnées ici que brièvement, par souci de donner un tableau complet des responsabilités auxquelles les administrateurs non directeurs peuvent être soumis.

7.4.3.1 Opérations d'initiés

Dans la ligne des actions basées sur la règle 10b-5 contre des initiés, deux cas célèbres de la période moderne réaffirment le fameux principe "disclose or abstain" connu depuis le début du siècle sous une forme quelque peu différente (*Cady, Roberts & Co.*(258) et *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.*(259)).

Selon ce principe, l'initié qui obtient des informations privilégiées de par sa fonction au sein de la société doit soit les divulguer, soit s'abstenir de négocier les titres sociaux.

257) Feit v. Leasco Data Processing Equipment Corporation, 332 F. Supp. 644, E.D.N.Y. 1971.

258) 40 S. E. C. 907 (1971).

259) 401 F. 2d 833 (2d Cir. 1968).

Dans *Chiarella v. United States*(260) (largement critiqué pour ses insuffisances(261)), la Cour Suprême fédérale a limité l'application du principe "disclose or abstain". Selon elle, le détenteur d'informations privilégiées qui utilise ces renseignements à des fins strictement privées (en gardant le silence à leur égard), doit au moins avoir une relation spéciale de mandat ou de confiance avec le cocontractant pour que le principe "disclose or abstain" soit applicable.

La majorité des décisions postérieures à *Chiarella* ont, à la suite de l'opinion dissidente du Juge Burger à la Cour Suprême des Etats-Unis, appliqué la théorie de la "misappropriation" (*United States v. Newman*(262), *SEC v. Musella*(263), *SEC v. Materia*(264), *United States v. Winans*(265) et *United States v. Reed*(266). Cette théorie abandonne l'exigence que l'initié ait une relation de confiance avec le cocontractant. C'est ainsi que viole la règle 10b-5 celui qui, en vue de négocier des titres, utilise frauduleusement des informations importantes et inaccessibles au public, même si la personne victime des transactions n'est pas elle-même partie à ces dernières. La théorie de la "misappropriation" a été poussée à l'extrême dans *United States v. Carpenter*(267).

Dans ce contexte, l'affaire *Dirks v. SEC*(268) présente une particularité: la Cour Suprême fédérale jugea qu'en l'absence de gain personnel direct ou indirect pour l'initié, il n'y avait pas de violation du principe "disclose or abstain". Conséquemment, le "tippee" bénéficiaire ne saurait à son tour se voir reprocher une telle violation. Cette décision a surpris en raison de la portée générale donnée par la Cour Suprême à un état de fait très particulier(269). Certains auteurs pensent que *Dirks* contredit toute la théorie des malversations ou des devoirs

260) 445 U.S. 222 (1980).

261) Hawes, cité à la note (248), p. 185.

262) 664 F. 2d 12 (2d Cir. 1981), affirmé 722 F. 2d 729 (S.D.N.Y. 1983) certiorari denied 4 S. Ct. 199 (1985).

263) 578 F. Supp. 426 (S.D.N.Y. 1984).

264) 746 F. 2d 197 (2d Cir. 1984), certiorari denied, 105 S. Ct. 2112 (1985).

265) (1984-1985 Transfer Binder) Fed. Sec. L. Rep. (CCH) not. 91,432 (S.D.N.Y. 24 juin 1986).

266) 601 F. Supp. 685 (S.D.N.Y. 1985). Dans cette décision, la Cour établit clairement la distinction entre la (simple) théorie de la "misappropriation" et la situation de "tipping". Dans ce dernier cas, l'initié divulgue l'information dans l'intention qu'elle soit utilisée à des fins frauduleuses. Dans le cas de la "misappropriation", l'information est donnée en l'absence de tout intention de ce genre.

267) 781 F. 2d 1024 (2d Cir. 1986), certiorari granted, 107 S. Ct. 666 (1985).

268) 103 S. Ct. 3255 (1983).

269) Hawes, cité à la note (248), p. 185.

découlant du mandat(270). D'autres considèrent que la condition supplémentaire du gain personnel influera dans très peu de cas sur le résultat qui aurait été obtenu en vertu de l'ancienne théorie assimilant le "tippee" à l'initié(271).

7.4.3.2 Autres actions

Deux affaires intéressent les administrateurs non directeurs.

La première, *Lanza v. Drexel & Co.*(272), s'inscrit dans le cadre de la banqueroute de BarChris. Les demandeurs attaquèrent la validité d'un échange d'actions intervenu sur la base du prospectus jugé fallacieux dans l'affaire BarChris. D'un côté, le tribunal jugea responsables le président et le vice-président (qui préparèrent les déclarations financières incriminées) ainsi que le trésorier (chargé de l'établissement de tous les rapports financiers). Il accorda \$ 101 000 aux demandeurs à titre de dommages et intérêts. D'un autre côté, le tribunal libéra un administrateur non directeur de toute responsabilité, en observant qu'il n'avait pas participé aux pratiques trompeuses, ni connu leur existence. Il précisa qu'il n'incombait pas à l'intéressé de se renseigner sur la manière dont les représentants de la société avaient mené les négociations. Cette différence de traitement était justifiée, selon le tribunal, par la nécessité de ne pas décourager des personnes aux larges qualifications d'accepter un mandat d'administrateur non directeur(273).

Le tribunal supérieur maintint ces conclusions en soulignant qu'il n'était pas dans l'intention du Congrès, ni dans celle de la règle 10b-5, de tenir un administrateur non directeur responsable de la conduite des dirigeants dans le cadre de négociations menées au nom de la société(274).

Dans l'affaire *White v. Abrams*, le tribunal établit une sorte d'échelle de responsabilités - allant de la négligence à la connaissance fautive de l'omission de certaines informations ou la publicité répréhensible de fausses informations -

270) Phillips, "Insider Liability after Dirks", Rev. Sec. Reg. (28 sept. 1983) p. 841 et ss, not. 846/846.

271) Hawes, cité à la note (243), p. 195.

272) Fed. Sec. L. Rep. (CCH) no. 92,826 (S.D.N.Y. 1970), affirmé 479 F. 2d 1277 (2d Cir, 1973).

273) Il est intéressant de noter que l'administrateur en question (la seule personne solvable) avait été tenu responsable au sens de la section 11 SA dans l'affaire BarChris pour avoir manqué à la diligence requise par cette disposition.

274) *Lanza v. Drexel & Co.*, 479 F. 2d 1277, p. 1308. Cette décision a conduit l'ex-président de la SEC, Ray Garrett à formuler de nombreuses réserves quant à sa valeur jurisprudentielle (CBI, p. 109).

qui dépend des fonctions du défendeur au sein de la société, de son accès aux renseignements internes et d'autres facteurs(275).

7.4.3.3 Notion de "scienter"

Selon la Cour Suprême fédérale, le demandeur doit prouver que l'auteur d'un acte réprimé par la règle 10b-5 a agi en toute connaissance de cause ("with scienter"). Cette exigence a fait l'objet d'une importante jurisprudence(276). La question de savoir si la témérité ou l'insouciance ("recklessness") peuvent être assimilées à l'intention a été laissée ouverte par la Cour Suprême(277).

7.4.4 Section 14 SEA

Dans l'arrêt *Gould v. American Steamship Co.*(278), le tribunal conclut à la responsabilité des administrateurs non directeurs, en raison de fausses déclarations publiées dans une procuration. Il appliqua par analogie les règles sur la déclaration d'enregistrement de la section 11 SA. Le tribunal supérieur précisa qu'un administrateur non directeur n'est pas admis à se disculper en niant son intention de procéder à de fausses déclarations ou en prétendant ignorer leur existence, lorsqu'il a tout simplement omis de lire les documents litigieux. Selon ce tribunal, libérer un administrateur dans ces conditions rendrait illusoire la réglementation sur les procurations(279).

7.4.5 Section 16 SEA

Cette section a donné lieu à de nombreuses actions, sans intérêt toutefois avec le sujet de ce travail(280)

275) 495 F. 2d 724 (9th Cir.).

276) Cf. not. *Ernst & Ernst v. Hochfelder*, U.S. 98 S.Ct. 1375 (1978); *Aaron v. SEC* 446 U.S. 680 (1980), où le principe a été réaffirmé même dans le cadre d'une action pour "injunctive relief" introduite par la SEC; *Ross v. A.H. Robins Co.*, 607 F.2d 545 (2d Cir. 1979), certiorari denied 448 U.S. 946 (1980); *Herman & MacLean v. Huddleston*, 103 S.Ct. 683 (1983).

277) Dans *Ernst & Ernst v. Hochfelder*, note 12.

278) 535 F. 2d 761 (3d Cir. 1971).

279) 361 F. Supp. 863, 868 (D. Del. 1972).

280) Cf. les ouvrages de Louis Loss sur les "securities" et l'encyclopédie de William Flechter.

7.4.6 "Investment Company Act"

Dans les affaires *Fogel v. Chestnut*(281) et *Papilsky v. Berndt*(282), le tribunal jugea que le conseiller en matière d'investissement ("adviser"(283)) et les administrateurs intéressés avaient violé leurs devoirs de mandataire en ne portant pas à la connaissance des administrateurs non directeurs la possibilité d'obtenir le remboursement de certains impôts.

Dans un arrêt relativement récent, *Tannenbaum v. Zeller*(284), la SEC eut l'occasion d'expliquer ce qu'elle attendait des administrateurs non directeurs désintéressés au sens de l'ICA soit:

- une indépendance totale;
- une parfaite connaissance des affaires sociales;
- l'exercice d'un jugement sain en matière de gestion.

7.4.7 Rapports de la SEC

La section 21 (a) du SEA autorise la SEC à publier toute information concernant les violations des lois fédérales sur les titres. La SEC a parfois recouru à cette section pour imposer indirectement des sanctions aux administrateurs non directeurs jugés peu attentifs aux développements des affaires sociales, par le biais de rapports dénommés "section 21(a) reports".

Ces rapports sont établis sur la base d'enquêtes mettant en cause (1) des questions d'intérêt public susceptibles d'exercer un large impact sur les décisions prises par les investisseurs et (2) des points importants touchant aux lois fédérales sur les titres(285). Malgré les oppositions, la SEC a réaffirmé son intention de continuer à publier de tels rapports(286).

Deux d'entre eux abordent de manière intéressante la question des devoirs et obligations des administrateurs non directeurs.

Dans le premier, "*Report of Investigation in the Matter of Stirling Homex Corporation relating to activities of Directors of Stirling Homex*"(287), la SEC a

281) 533 F. 2d 731 (1975), certiorari denied 97 S.Ct. 77 (1976).

282) Fed. Sec. L. Rep. (CCH) no. 95, 627 (S.D.N.Y. 1976).

283) La section 2(a) ICA donne une définition très détaillée de ce terme.

284) 552 F. 2d 402 (C.A. 2 Cir. 1977), (révisant 399 F. Suppl 945 S.D.N.Y., 1975)).

285) NACD, Newsletter, mars 1979, p. 9.

286) *ibidem*.

287) Fed. Sec. L. Rep. (CCH) no. 80,2101 (1975-1976) et Fed. Sec. L. Rep. (CCH) no. 95,904 (1976-1977).

formulé des principes que les administrateurs non directeurs sont invités à suivre. Il leur incombe en particulier:

- d'exiger des informations, notamment financières, sur la gestion de la société et les transactions conclus par cette dernière;
- de s'efforcer de comprendre les pratiques comptables et autres pratiques sociales pour se faire la meilleure représentation des affaires sociales et des compétences des dirigeants;
- d'éviter d'admettre d'emblée que les pratiques comptables habituellement appliquées par les contrôleurs indépendants sont conformes aux principes généraux;
- de jouer un rôle actif dans la conduite des affaires;
- d'assurer la protection des actionnaires.

Le "*Report of Investigation in the Matter National Telephone Co. Inc.*" évoque le déclin progressif de la société et met l'accent sur les insuffisances des informations publiées sur la situation sociale(288).

Selon ce rapport, les six administrateurs non directeurs (sur les sept membres du conseil d'administration) étaient au courant de la dégradation financière. Tous possédaient une vaste expérience des affaires. National Telephone avait en outre constitué une commission de contrôle formée de trois administrateurs non directeurs qui s'est révélée inactive durant la période litigieuse. Aux fins de se disculper, les administrateurs non directeurs avaient déclaré s'être fiés aux informations de la direction et de l'avocat externe à la société. En rejetant ce moyen de défense, la SEC releva entre autres que pendant les périodes de trouble, il incombe aux administrateurs non directeurs de suivre attentivement le développement des affaires sociales de manière à déterminer si les informations diffusées sont conformes à la réalité.

Un des intérêts du rapport réside précisément dans la distinction établie entre situations normales et climat malsain. Dans le premier cas, les administrateurs non directeurs doivent surveiller activement la gestion et se montrer attentifs à toute anomalie. Par contre, si la situation se détériore, il leur incombe d'exercer un rôle beaucoup plus actif pouvant déborder le cadre de la surveillance pure.

Dans la même ligne, le cas de *Penn Central Company* présente une situation extrême d'abdication de leurs devoirs par les administrateurs non directeurs. Selon une étude entreprise par la SEC(289), les administrateurs de Pennsylvania Railroad et New York Central étaient accoutumés à un rôle passif. La fusion de ces deux sociétés en 1968 ne modifia pas leur attitude. Ils restèrent dans l'ignorance des problèmes de la société jusqu'au moment de la banqueroute. Ils

288) SEC Docket 1977-1978, p. 1393; SEC, Securities Exchange Act Release N. 14380, 16 janvier 1978.

289) Staff Report of the SEC, p. 161 à 170; cf. aussi SEC v. Penn Central Co., Fed. Sec. L. Rep. (Transfer Binder 1976-1977 no. 95867).

ne reçoivent ni ne requièrent jamais les budgets écrits ou les informations sur le cash flow essentiels à la compréhension des activités entreprises par la direction.

7.4.8 "Consent Decrees" de la SEC

À la suite de scandales résultant de paiements illégaux, la SEC a encouragé les enquêtes internes menées par des commissions du conseil d'administration formées d'administrateurs indépendants.

Dans certains cas de violations flagrantes des lois fédérales sur les titres, la SEC a entrepris des procédures aboutissant à des "consent decrees". Ces décisions, prises d'un commun accord entre la SEC et la société sous la direction du tribunal compétent, visent non pas à imposer une sanction à la société mais bien plutôt à accroître la proportion d'administrateurs non directeurs et à les charger de responsabilités spéciales. Elles supposent aussi la plupart du temps la désignation d'un avocat et d'un contrôleur spéciaux.

Il sied de relever ici que la plupart des nominations ordonnées par des tribunaux l'ont été sur la base de "consent decrees"(290). Trois facteurs expliquent cette nouvelle forme d'intervention de la SEC:

- le nombre limité des membres de la SEC qui ne peuvent se charger de toutes les enquêtes et procédures;
- la gratuité pour le gouvernement de l'assistance des administrateurs non directeurs;

290) *Sec. v. Mattel Inc.* (D.D.C. 1974), *Sec. Lit. Release N. 6467*, 5 août 1974, N. 6531, 2 octobre 1974 et N. 6532, 3 octobre 1974.

SEC v. Coastal States Gas Corporation, *Sec. Lit. Release No. 6054* (S.D. Tex. 1973).

SEC v. Westgate-California Corp., *Sec. Lit. Release N. 6142* (S.D. Cal. 1973).

SEC v. International Controls Corp. (IOS, Vesco - ICC), *Sec. Lit. Release N. 5643* (S.D.N.Y. 1973).

SEC v. Vesco, jugement non publié discuté dans *International Controls Corp. v. Vesco* 90 F. 2d 1384 (2d Cir. 1974).

SEC v. Charter Diversified Services, *Sec. Lit. Release No. 6507* (D.D. Cal. 1974).

Sec v. Bio-Medical Services Inc., *Sec. Lit. Release N. 6700* (S.D.N.Y. 1975).

SEC v. Chapter Securities Management Corp., *Sec. Lit. Release N. 6593* (C.D. Cal. 1974).

SEC v. Canadian Javelin Ltd, *Sec. Lit. Release N. 6054* (S.D. Tex. 1973).

SEC v. American Agromonies Ci. Act N. 72-331, *Sec. Lit. Release N. 5667* (N.D. Ohio 1972).

SEC v. Equity Funding Corp (Transfer Binder 1973) *Fed. Sec. L. Rep. CCH no. 95,917* (C.D. Cal. 1973).

- le désir de donner une chance à la société de se sortir d'une situation difficile d'une manière moins radicale que par l'imposition d'un curateur(291).

Après l'entrée en vigueur d'un "consent decree", la procédure de désignation des administrateurs non directeurs, de l'avocat ou des contrôleurs spéciaux varie de cas en cas. De manière générale toutefois, la SEC et la société se soumettent réciproquement une liste de candidats. Le tribunal émet aussi parfois des propositions à ce stade préliminaire. La SEC s'assure alors qu'aucun des candidats proposés n'ait été impliqué dans une violation des lois fédérales sur les titres(292). La liste commune de la SEC et de la société est ensuite soumise pour approbation au tribunal.

La base légale de cette procédure particulière de nomination a été abondamment discutée(293).

Considérés comme une manifestation de l'exercice du pouvoir judiciaire, les "consent decrees" sont susceptibles d'appel pour tromperie, défaut de consentement ou incompétence du tribunal à raison de la matière.

Dans le plus célèbre cas de désignation judiciaire, *SEC v. Mattel* (cité sous note 290), une restructuration du conseil d'administration fut ordonnée par voie de "consent decree".

Cette procédure doit être distinguées d'autres cas (*Northrop* (294) et *Phillips Petroleum*(295)) où la restructuration du conseil d'administration est intervenue à la suite de compromis d'ordre privé.

Les procédures de désignation de nouveaux candidats introduites par la SEC ne résolvent de loin pas tous les problèmes. En particulier, les résultats des "consent decrees" ont déçu les espoirs de changements radicaux dans la conception de gestion de l'entreprise. Selon le Professeur Louis Solomon,

291) Stanley Sporkin, p. 121 et ss.

292) Cohen/Loeb, 1977 p. 148.

293) James Farrand, "Ancillary Remedies in SEC Enforcement", 89 *Harvard Law Review* (1976); Theodore H. Levine et Edward D. Herlhy, "SEC Enforcement Actions", 10 *Rev. Sec. Reg.* 951 (30 mars 1977); Arthur F. Matthews, "Recent Trends in SEC Requested Ancillary Relief", 31 *Business Lawyer* 1323, tirage spécial 1976; commentaires: "Court-appointed Directors: Ancillary Relief in Federal Securities Law Enforcement Actions", 64 *Georgia Law Review* 737 (1976); commentaires, "Equitable Remedies in SEC Enforcement Actions", 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1188 (mai 1975).

294) Report to the Board of Directors of Northrop Corp. on Special Investigation of the Executive Committee I (16 juillet 1975).

295) Notice to Stockholders of Phillips Petroleum Co. Concerning Hearing on Confirmation of Settlement.

"Les nouveaux administrateurs ont été choisis parmi la même élite que les précédents. Les nouveaux conseils d'administration n'ont guère fait preuve de plus d'agressivité que les conseils d'administration n'ayant subi aucune restructuration. Les commissions du conseil d'administration n'ont pas donné aux administrateurs plus de moyens de contrôle sur les activités de la direction."(296).

Par ailleurs, ces procédures de désignation ont soulevé diverses questions dont la plus fondamentale touche à la responsabilité de l'administrateur choisi sur la base d'un "consent decree". Devant qui en effet l'administrateur nommé dans ces conditions est-il responsable: le tribunal, la SEC, la société?

En principe un tel administrateur ne devrait pas être traité différemment d'un administrateur nommé selon une procédure ordinaire(297). Toutefois, si les mêmes critères sont appliqués à tous les administrateurs sans égard à la procédure de nomination, les administrateurs désignés sous la surveillance d'un tribunal occupent une position hybride. D'un côté, ils sont chargés, pour le compte de la SEC, de mener des enquêtes sur les activités de la société et de faire rapport sur toute découverte d'une violation des lois sur les titres. D'un autre côté, leur devoir fondamental exige qu'ils vouent tous leurs efforts au bien-être de la société et des ses actionnaires.

Pour tenir compte de cette situation, certains "consent decrees" disposent que les administrateurs non directeurs intérimaires sont libérés de toute responsabilité sauf en cas de faute grave de leur part(298). La question de savoir dans quelle mesure les termes d'une telle disposition lient les tiers (notamment les actionnaires) n'a pas été tranchée.

Le degré de responsabilité des administrateurs non directeurs ordinaires au sein d'un conseil d'administration composé en majorité de membres désignés sous la surveillance d'un tribunal pose une autre question délicate.

Enfin, la SEC et les administrateurs nommés par le tribunal n'ont pas de moyens à leur disposition pour faire respecter la teneur d'un "consent decree". Qu'advierait-il par exemple si les actionnaires décidaient de remplacer tous les membres du conseil d'administration ainsi désignés?

Cette procédure de nomination comprend toutefois aussi des avantages.

Ainsi, pour la première fois, les devoirs des administrateurs non directeurs figurent dans un document à caractère officiel, bien que d'application limitée. Or,

296) Solomon, p. 596.

297) Thomas Loo dans Cohen/Avery, 1978, p. 102.

298) SEC v. Charter Diversified Services, Sec. Lit. Release N. 6507 (C.D. Cal. 1974).

il ne fait pas de doute qu'une entité consciente de ses devoirs fonctionne de manière plus efficace.

Ensuite, la plupart des "consent decrees" disposent que les administrateurs non directeurs seront assistés d'un avocat spécialement désigné (par opposition à l'avocat de la société), de manière à assurer une plus grande indépendance en évitant de froisser les susceptibilités.

Enfin, l'adoption des "consent decrees" favorise, voire requiert, des discussions menées exclusivement entre administrateurs non directeurs, en leur donnant par là la possibilité de témoigner de plus d'efficacité.

7.4.9 Conclusions

Dans l'état actuel de la jurisprudence et dans le contexte des interventions toujours plus fréquentes de la SEC, les administrateurs non directeurs se voient de plus en plus sollicités. Parallèlement, leurs responsabilités s'étendent de manière continue.

Il est vrai, de nombreuses lois étatiques ou dispositions statutaires prévoient, à certaines conditions, la possibilité d'indemniser les administrateurs pour les frais de procès (y compris le paiement des dommages et intérêts ou le versement de sommes destinées à mettre fin à un litige, d'amendes et les honoraires d'avocat). En outre, sous certaines réserves, il y a possibilité de s'assurer contre ces mêmes dommages. Toutefois, le meilleur moyen de protection des administrateurs consiste à suivre attentivement tous les développements touchant à leurs obligations et à adopter la conduite qui s'impose.

La responsabilité des administrateurs directeurs ne suit pas une évolution identique. En tant que membres du conseil d'administration, les administrateurs directeurs sont néanmoins soumis aux mêmes pressions extérieures visant à faire des sociétés des entités plus responsables.

CHAPITRE 8: MOUVEMENTS DE REFORME

8.1 Etat général d'insatisfaction

Les spectaculaires banqueroutes de Penn Central, Stirling Homex, d'Equity Funding ainsi que les paiements illégaux effectués par un nombre considérable de sociétés ont suscité une avalanche de critiques à l'égard des entreprises, de leur direction et de leurs administrateurs. Parallèlement s'est développé le concept de responsabilité sociale des entreprises, fruit de l'environnement de crise où sont remises en cause les valeurs et institutions du monde américain. La responsabilité sociale suppose une reconsidération des buts fondamentaux de l'entreprise qui doit tendre, au-delà des profits, au bien-être du public et de la société.

Autre facteur de reproche: l'absence (ou quasi absence) d'entités à l'égard desquelles les administrateurs et la direction seraient tenus de répondre. Toujours plus nombreux, les actionnaires ne disposent pas d'un pouvoir effectif sur le conseil d'administration. Le sentiment que les administrateurs forment un groupe responsable seulement envers lui-même (éventuellement aussi envers le CEO) ne contribue pas à renforcer la confiance du public dans l'entreprise.

Enfin les critiques s'adressent à la diversité des réglementations étatiques et au laxisme résultant de la concurrence que se font les Etats pour faciliter la constitution de sociétés sur leur territoire.

Les sentiments de malaise engendrés par cet état de fait ont conduit à des mouvements de réforme émanant aussi bien de groupements privés que de certaines agences fédérales. Ces mouvements tendent à rendre les organes sociaux plus responsables à l'égard des actionnaires, des investisseurs, des employés, des consommateurs, des fournisseurs, de la communauté publique. Les critiques s'adressent en premier lieu au conseil d'administration et singulièrement aux administrateurs non directeurs.

L'extrait du rapport de la SEC au Sénat s'avère particulièrement révélateur à ce propos:

"Des millions de dollars ont été comptabilisés de manière inexacte pour faciliter les paiements illégaux. Connues de la direction, ces falsifications étaient le plus souvent cachées aux contrôleurs externes, à l'avocat externe ainsi qu'aux administrateurs non directeurs."(299).

299) Staff Report of the SEC on Questionable and Illegal Payments and Practices, mai 1976.

C'est en transformant le conseil d'administration que les partisans des changements pensent pouvoir supprimer la cause des maux affectant, au-delà des entreprises elles-mêmes, la société en général.

8.2 Objet des propositions de modification

Les partisans des changements visent en premier lieu à modifier la composition et la représentativité du conseil d'administration(300).

La procédure de nomination des administrateurs, de même que l'organisation du conseil d'administration constituent les principales cibles des critiques. La plupart des militants proposent des changements structurels par opposition à des changements d'attitude(301). Il est impératif selon eux de:

- nommer, à titre d'administrateurs non directeurs, des personnes sans lien avec les affaires, des minorités ethniques, des ressortissants étrangers, des personnes à intérêts spéciaux pouvant être affectées par la société: actionnaires, employés, personnes concernées par l'environnement, représentants d'intérêts publics;
- fournir aux administrateurs non directeurs leur propre personnel chargé de recueillir les informations et d'analyser les décisions;
- établir plusieurs classes d'administrateurs;
- mieux utiliser les ressources des commissions du conseil d'administration formées en majorité d'administrateurs non directeurs;
- mettre un avocat spécial à la disposition des administrateurs non directeurs;
- nommer les administrateurs non directeurs par l'intermédiaire d'une commission du conseil d'administration, plutôt que par l'intermédiaire du CEO;
- séparer les fonctions de président du conseil d'administration de celles du CEO;
- exiger du conseil d'administration qu'il fasse directement rapport aux actionnaires.

8.3 Initiateurs possibles des changements

Les pressions et/ou attitudes des actionnaires, du public, des organisations privées et des agences gouvernementales constituent autant de sources possibles des changements à atteindre.

300) Cf. Blumberg, p.41.

301) James Goodrich dans Northwestern University, p. 25.

8.3.1 Revendications des actionnaires

Elles visent principalement :

- à rendre effectif le droit de vote sur le plan social, notamment en ce qui concerne la nomination des administrateurs non directeurs;
- à obtenir de plus amples informations dans la formule de procuration;
- à obtenir l'élargissement du droit d'émettre des propositions par l'intermédiaire des procurations(302);
- à instaurer le droit de vote cumulatif(303).

Actuellement, la sollicitation de procurations a supplanté la participation des actionnaires aux assemblées générales et la désignation des candidats sur la formule de procuration a remplacé la procédure ordinaire de nomination.

Or, le système de sollicitation de procurations permet à la direction d'imposer les administrateurs de son choix. En effet, seuls les noms des candidats proposés par les dirigeants figurent sur la formule de procuration.

302) Il sied de noter que la SEC a encore récemment restreint la possibilité de soumettre de telles propositions (Exchange Release N. 20091 du 16 août 1983). L'actionnaire doit désormais détenir des actions de la société d'au moins 1% ou d'une valeur commerciale de \$ 1000 pour ce faire.

303) Ce droit tend à favoriser une participation plus active des actionnaires à l'élection des administrateurs (cf. l'étude de l'"Investor Responsibility Research Center", p. 26). En vigueur dans certains Etats, ce système de vote donne aux actionnaires un nombre de voix égal au nombre d'actions détenus, multipliées par le nombre d'administrateurs à nommer. Les actionnaires ont la possibilité d'user de leurs voix de la manière désirée: ils peuvent les cumuler en faveur d'un ou de plusieurs candidats. Par ailleurs les actionnaires détenant moins de 50% des actions ont le droit de nommer au moins un administrateur.

Les défenseurs de ce système font valoir qu'il constitue le seul moyen d'assurer aux actionnaires minoritaires un représentant au conseil d'administration qui ose s'opposer aux propositions de la direction.

Les opposants au droit de vote cumulatif mettent l'accent sur les abus potentiels, la peu d'efficacité des méthodes proposées, l'absence de qualification des actionnaires, leur manque d'information et le fait que les intérêts de certains actionnaires seraient ainsi favorisés.

L'étude approfondie de l'"Investor Responsibility Research Center", p. 27, fait ressortir que dans les Etats où les actionnaires ont usé de leur droit de vote cumulatif, les candidats de la direction l'ont emporté à une large majorité dans la plupart des cas.

Les actionnaires ont trouvé leurs principaux défenseurs en Ralph Nader(304) et le Sénateur Metzbaum(305).

8.3.2 Pressions du public

Par "public", on entend ici les consommateurs, les écologistes, les communautés publiques touchées à divers titres par les activités des entreprises.

Les pressions du public sont aussi répétées que variées. Par la voix de Ralph Nader en particulier(306), il entend se défendre contre la mise sur le marché de produits dangereux, contre la pollution de l'environnement et, généralement, contre toute nuisance provoquée par l'exploitation d'une entreprise. Il s'attache à rendre les administrateurs sensibles à la responsabilité sociale de l'entreprise.

8.3.3 Pressions des organisations privées

Certaines organisations privées jouent un rôle non négligeable dans la prise conscience par les administrateurs non directeurs de l'importance de leurs de-

304) Passant pour le défenseur de la société en général, des employeurs, consommateurs et des actionnaires en particulier, Ralph Nader a proposé l'introduction de nouveaux droits pour les actionnaires dans son projet de législation fédérale sur les sociétés ("Federal Chartering of Corporations" Cf. "Corporate Power in America"), à savoir:

- l'instauration d'un critère fédéral de diligence au regard duquel devraient répondre les administrateurs;
- la possibilité pour les actionnaires de se prononcer sur toutes les transactions fondamentales et de recevoir toutes les informations nécessaires à cet effet;
- la possibilité pour les groupes d'actionnaires d'émettre des propositions en vue des réunions du conseil d'administration et de participer à certaines parties de ces réunions pour poser des questions et présenter des objections;
- la possibilité pour les actionnaires d'exiger de la société les comptes de pertes et profits de ses filiales;
- la possibilité pour les actionnaires d'introduire des actions dérivatives sans supporter de risque financier (Cf. aussi à ce propos Nader/Green/Seligman, p. 102 et ss, not. 127 et ss).

305) Le Sénateur Howard M. Metzbaum a proposé la passation d'un "Shareholders' Rights Act" dans le cadre d'un projet de loi fédérale fixant divers critères minimaux en matière de législation ("Federal Minimum Standards Legislation" appelée aussi "Federal Corporate Uniformity Act" et à laquelle ont servi de base les propositions du Professeur William Cary dans son article "Reflections upon Delaware", 83 Yale Law Journal 663 (1974)).

Le projet du sénateur prévoyait entre autres la libéralisation des règles concernant l'utilisation des procurations par les actionnaires désirant émettre des propositions, l'usage accru des procurations, une plus grande publicité en matière de conflits d'intérêts présents et potentiels, une plus grande publicité quant aux activités des administrateurs non directeurs et à la rémunération des dirigeants, des allègements en matière judiciaire.

306) Dans sa Charte fédérale évoquée sous note (304), Ralph Nader a inclus des règles permettant aux consommateurs de se défendre contre des produits dangereux. Il requerrait une publicité intensive en matière de pollution. Il exigeait la divulgation des noms de tous les représentants de la société ayant tenté d'influencer les décisions de l'exécutif et du législatif ("lobbying") à tous les niveaux (fédéral, étatique et local).

voirs et de la nécessité de mieux répondre aux attentes de toutes les personnes intéressées par les activités de la société.

Très influente, la bourse de New York a rendu publique le 6 janvier 1977 une déclaration intitulée "New York Stock Exchange Audit Committee Policy" par laquelle elle "recommandait vivement" aux sociétés enregistrées auprès d'elle de créer des commissions de contrôle, formées en totalité d'administrateurs indépendants de la direction et des autres membres du conseil d'administration. Si l'on se réfère aux statistiques(307) on constate une nette progression du nombre des commissions de contrôle entre 1974 et 1983.

De son côté, l'"American Institute of Certified Public Accountants" (AICPA) s'est demandé dans plusieurs rapports si et dans quelle mesure il pouvait exiger une commission de contrôle comme condition préalable à la révision des comptes de la société par des experts-comptables indépendants(308).

Par ailleurs des associations privées, telles la "Business Roundtable", l'"American Bar Association", l'"American Society of Corporate Secretaries", se sont montrées actives dans la recherche de réponses appropriées aux problèmes posés par le rôle du conseil d'administration au sein des entreprises modernes.

8.3.4 Intervention des agences gouvernementales et du Congrès

Il n'est pas nécessaire de rappeler que la SEC s'efforce de rendre les entreprises plus responsables à l'égard des actionnaires, notamment en exerçant son influence sur la composition du conseil d'administration et sur le rôle des administrateurs non directeurs(309).

De son côté, la "Federal Trade Commission" (FTC) mène aussi des enquêtes aux fins de déterminer dans quelle mesure clarifier les devoirs et responsabilités des administrateurs(310).

307) D'après l'étude de Korn/Ferry International, "Board of Directors, Eleventh Annual Study", février 1987, le 83,5% des 603 sociétés interrogées possédaient en 1974 une commission de contrôle. Ce pourcentage était de 98,9% en 1979 et de 99,2% en 1983: Cf. infra 9.2.4.5.

308) AICPA, "Executive Committee Statement on Audit Committee of Boards of Directors", Journal of Accountancy, septembre 1987, p. 10; AICPA, "Commission on Auditors' Responsibilities, Report, Conclusions and Recommendations", New York, 1978 p. 106.

309) Cf. infra 7.4.7 et 7.4.8.

310) Cf. Lieberman, p. 98.

La sous-commission de la Commission du Sénat sur les affaires gouvernementales a, quant à elle, entrepris une étude sur les cumuls de mandats(311) devenus, selon ses constatations, une tradition dans les grandes sociétés américaines(312). Or, ces cumuls comportent des dangers comme la concentration du pouvoir économique et financier aux mains d'un petit nombre, la suppression de la libre concurrence, le découragement de l'expansion et de la diversification.

Devant cette situation, la sous-commission a envisagé la création d'une loi visant à interdire les attaches étroites entre les plus grandes sociétés(313). La nouvelle loi habiliterait les agences gouvernementales à exiger un rapport complet sur les cumuls de mandats et à rendre publiques ces informations. Elle devrait en outre permettre au Congrès d'ouvrir des enquêtes. Il n'est pas exclu qu'une législation dans ce sens soit adoptée dans le futur aux Etats-Unis(314).

8.3.5 Cas particulier des représentants d'intérêts spéciaux

Les propositions relatives à la nomination au conseil d'administration de représentants d'intérêts spéciaux (créanciers, consommateurs, fournisseurs, écologistes) sont peu nombreuses et symboliques(315). Elles posent par ailleurs un certain nombre de problèmes. Qui serait en particulier autorisé à désigner l'intéressé, quelle procédure suivre en cas de contestation de l'honnêteté des campagnes électorales, quelle garantie de qualifications un tel administrateur présenterait-il, etc.?

Par ailleurs, les administrateurs désignés par des représentants d'intérêts spéciaux risque de politiser le conseil d'administration et de l'empêcher de prendre les décisions efficaces nécessaires(316).

Si les propositions de nommer des représentants d'intérêts spéciaux au sein du conseil d'administration n'ont guère de chances d'aboutir dans la société américaine d'aujourd'hui, il n'est pas exclu que, dans une période de crise sociale et environnementale, elles soient considérées avec plus de sérieux.

311) Subcommittee on Report, Accounting and Management of the Committees of Governmental Affairs (United States Senate), "Interlocking Directorates among the major U.S. Corporations" (op.cit.).

312) Cf. not. p. 280 où la commission cite des chiffres.

313) Ibidem, p. 281-283.

314) Sur le rôle du Congrès dans ces changements, Cf. Cummings, Outlook, p. 2.

315) Blumberg, p. 43.

316) Investor Responsibility Research Center, Inc., p. 52.

CHAPITRE 9: REACTIONS AU NIVEAU INTERNE

9.1 Volonté de remédier à la situation

L'emprise fédérale menace de s'étendre à la réglementation de l'organisation, de la structure et des activités internes des entreprises. Un tel développement implique nécessairement un affaiblissement de l'initiative privée ainsi qu'une diminution du rôle joué par les institutions privées et par les organisations professionnelles dans la prise de décisions "responsables".

Or, tous les milieux intéressés, y compris la SEC, s'accordent à reconnaître que le raffermissement de l'autorité du conseil d'administration doit être laissé au secteur privé.

Harold Williams, ex-président de la SEC, déclarait notamment à ce propos:

"Si les administrateurs parviennent à les convaincre de la bonne foi et de la diligence dont ils font preuve dans la surveillance de la gestion, les actionnaires et le public seront moins enclins à se tourner vers le gouvernement pour obtenir une réglementation limitant les pouvoirs du conseil d'administration."(317).

Sous les nombreuses pressions extérieures, une grande partie des sociétés ont réalisé que la légitimité du pouvoir social était mise en question et ont déjà adopté des réformes pour accroître l'efficacité de leur conseil d'administration(318).

9.2 Mesures prises à ces fins

9.2.1 Nomination des administrateurs non directeurs

La procédure de nomination des administrateurs non directeurs joue un rôle crucial, si l'on considère que les affaires sociales sont gérées sous sa surveillance.

De toutes les qualités exigibles des administrateurs non directeurs, l'indépendance est de loin la plus importante. L'intervention, aux fins de nommer des administrateurs non directeurs, de commissions de nomination, formées exclusi-

317) SEC News Release du 18 janvier 1979, p. 4 et 5 ("Chairman Williams calls for improved corporate accountability to safeguard autonomy of private economic sectors").

318) Des réformes importantes ont eu lieu, à la fin des années septante, par exemple dans les conseils d'administration d'A.T. & T., de Connecticut General Insurance, de Texas Instruments, de General Electric et de First Pennsylvania Corporation.

vement de tels administrateurs, permet d'assurer cette indépendance(319). Quelques sociétés recourent même à des entreprises extérieures spécialisées dans le recrutement des candidats(320).

Depuis cette dernière décade, les sociétés recherchent de plus en plus des administrateurs non directeurs susceptibles d'apporter une contribution sérieuse aux délibérations du conseil d'administration et à l'entreprise en général. Elles ont cessé de choisir un administrateur seulement pour le prestige ou par tradition.

De leur côté, conscients de l'accroissement des responsabilités auxquelles sont exposés les administrateurs, les candidats sont devenus plus circonspects dans l'appréciation des risques et avantages offerts présentés par le mandat proposé, spécialement du fait que les primes d'assurance responsabilité ont augmenté en 1986 de plus de 500%(321).

9.2.2 Informations liminaires prodiguées aux administrateurs non directeurs ("outside directors' orientation")

Un certain nombre de sociétés s'efforcent de fournir au nouvel administrateur non directeur toute la documentation nécessaire à la compréhension des affaires sociales (rapports financiers, légaux, comptables) et au fonctionnement du conseil d'administration (composition, organisation, lignes de conduite et pratiques)(322)(323). Certaines organisent des discussions entre le nouvel administrateur non directeur et les contrôleurs externes, l'avocat externe, etc. Pour être absolument objectives, ces informations devraient être fournies par l'avocat général de la société(324).

De son côté, le candidat ne devrait pas accepter un mandat d'administrateur si les renseignements n'émanent pas d'une entité indépendante.

319) Cf. infra 9.2.4.5.4.

320) Cf. infra note (38).

321) Étude de Korn Ferry International sous note (23), p. 2 (augmentation de 570%) et étude de Heidrick & Struggles, "The Changing Board", 1986, p. 1 (augmentation de 506%). Cette dernière étude souligne que 3/4 des présidents d'un conseil d'administration refuseraient d'accepter un mandat dans une société qui ne les mettrait pas au bénéfice d'une assurance responsabilité civile.

322) Leech et Mundheim, p. 1812/1813, distinguent neuf domaines requérant l'attention des nouveaux administrateurs.

323) Cf. aussi sur ce sujet Luce, p. 3.

324) Avery Cohen dans Cohen/Loeb, 1978, p. 111.

9.2.3 Informations en cours de vie sociale

De nombreuses sociétés ont réalisé qu'un flot régulier d'informations adéquates contribue au raffermissement de l'indépendance des administrateurs non directeurs. Dans une situation idéale, la direction et les administrateurs non directeurs coopèrent pour assurer l'existence d'un système d'informations optimal.

9.2.3.1 Rôle et responsabilité de la direction

Une direction consciencieuse fournit aux administrateurs non directeurs les mêmes documents (notamment dans l'important domaine financier) qu'aux dirigeants supérieurs (rapports financiers annuels, rapports sur la gestion, plans et budgets).

Au fil des années, les rapports financiers ont évolué des traditionnels bilans à un ensemble d'informations sophistiquées comprenant des prévisions, des budgets et d'autres instruments de planification et de contrôle à long terme. Le système interne d'informations financières s'est développé de manière continue sous forme de rapports concis donnant les renseignements clés, de graphiques indiquant les tendances importantes, de brèves présentations basées le plus souvent sur un mécanisme d'informations électronique(325).

Bien que le genre d'informations à fournir dépende des devoirs particuliers assignés dans chaque cas, les renseignements transmis aux administrateurs non directeurs doivent leur permettre notamment:

- de conseiller la direction en toute connaissance de cause;
- de revoir et d'approuver, dans les mêmes conditions, les objectifs fondamentaux de la société;
- de poser des questions sur les décisions sociales présentant une certaine importance au point de vue financier;
- d'agir en cas de crise, telle la mort soudaine du CEO.

La forme des informations doit permettre aux intéressés de comparer les résultats des cinq dernières années (ou une autre période de durée moyenne) avec les prévisions établies pour la période correspondante(326). Parallèlement, la direction devrait, au moins une fois par an, fournir aux administrateurs non directeurs des prévisions détaillées sur l'origine et l'emploi des fonds. Ces informations devraient être accompagnées d'un budget plus général valable pour les activités sociales à moyen terme.

325) Berger/Donelson, 1974, p. 24.

326) Lauenstein, "Building", p. 22.

Pour permettre aux administrateurs non directeurs d'apprécier la qualité des prévisions de la direction, des renseignements sur le degré d'exactitude des prévisions antérieures devraient leur être fournis de temps à autre(327).

En sus des matières financières, il incombe à la direction d'informer les administrateurs non directeurs sur des sujets tels que la qualité du personnel, les relations avec les employés, la situation dans le domaine de la concurrence, les progrès techniques intéressant la société. Cette énumération n'est pas exhaustive. A titre d'exemple, une liste d'environ 35 rubriques donne le détail des informations que les administrateurs non directeurs pourraient souhaiter obtenir(328).

Devant le nombre et l'importance des sujets, la direction a la délicate tâche de tracer la limite entre informations excessives (ou inadéquates) et informations nécessaires. Par ailleurs, il lui incombe de présenter ces informations sous une forme claire, précise et accessible.

Les systèmes mis sur pied en pratique accordent un rôle important au président du conseil d'administration et à certains dirigeants supérieurs dans l'élaboration et la transmission des informations(329).

Une étude entreprise en 1972 auprès de 129 sociétés indique que seul le 5% d'entre elles ne fournissent pas d'informations régulières sur les activités sociales survenant entre les réunions du conseil d'administration(330). La grande majorité des entreprises transmettent, sous des formes diverses, des informations à leurs administrateurs non directeurs.

327) Louenstein, "Building", p. 23.

328) James Brown, p. 40.

329) Dans la société Mead, le président du conseil d'administration dirige une commission constituée d'administrateurs non directeurs chargée d'informer les autres administrateurs non directeurs et le conseil d'administration en général.

Chez Consolidated Edison, la procédure d'information consiste d'abord à préparer une liste de matières devant être soumises au conseil d'administration et à envoyer un ordre du jour détaillé avec divers documents à caractère financier, légal, technique. Par ailleurs, au début de chaque exercice différents types de budgets sont envoyés à tous les membres du conseil d'administration. Après chaque réunion, les administrateurs reçoivent un résumé des points importants (Cf. Luce, p. 3).

Dans la société Harte-Hanks, toutes les informations capitales sont réunies sous la forme d'un document unique appelé "le rapport du président" (Mace, "Management Information", p. 14 et ss). Il s'agit en fait d'une communication du CEO au conseil d'administration. Plus qu'un résumé, ce rapport fournit les explications concernant les résultats obtenus, décrit les problèmes et les possibilités offertes à la société et informe le conseil d'administration sur tous les développements susceptibles de l'intéresser. Ce rapport comprend cinq parties ("consolidated performance, current problems, corporate activities, divisional operations, the environment").

330) James Brown, p. 39.

9.2.3.2 Rôle et responsabilité des administrateurs non directeurs

Une collaboration entre administrateurs et direction est indispensable à la bonne diffusion des informations. Les administrateurs non directeurs ne sauraient toutefois se contenter d'une seule source d'informations qui risque de leur donner une vue partielle de la situation. Il leur incombe de se renseigner, dans la mesure du possible, directement aux sources internes et externes. Tout au long de leur quête, ils doivent se faire insistants et ne jamais voter ou signer un document sans être convaincus du bien-fondé de leurs décisions: "Ils devraient se montrer envers eux-mêmes aussi sévères que le serait un jury"(331).

Des contacts avec les dirigeants de la société, des visites aux lieux de production, de même que la participation à des séminaires sur les activités de l'entreprise, s'avèrent utiles. Sur le plan extérieur, des contacts avec les contrôleurs indépendants, les clients et fournisseurs, les membres des principales agences gouvernementales sont recommandés.

Enfin, il incombe aux administrateurs non directeurs de recourir aux sources générales d'informations telles que la presse des affaires.

Dans la pratique, les rapports et présentations au conseil d'administration et à ses commissions, les ordres du jour et les procès-verbaux du conseil d'administration, de même que les commentaires et les questions d'autres administrateurs lors des diverses réunions constituent les principales sources d'informations des administrateurs non directeurs(332). En outre, ces derniers utilisent aussi une grande part de renseignements provenant de l'extérieur. D'une manière générale, les administrateurs non directeurs recourent à des sources d'informations toujours plus diversifiées.

9.2.4 Création de commissions du conseil d'administration

9.2.4.1 Généralités

La création de commissions formées d'administrateurs non directeurs chargés de tâches spéciales permet également aux sociétés d'échapper aux critiques relatives à l'inefficacité et à la dépendance de leur conseil d'administration.

331) Stanley Kaufman, dans Cohen/Loeb, p. 133.

332) Louis Harris, p. 36 et ss.

9.2.4.2 Différences sur le plan interne

A part les différences imposées par la loi, l'étendue des pouvoirs des commissions varie selon les besoins de chaque société. Ainsi deux commissions à la désignation identique peuvent accomplir des tâches très différentes. De même leur efficacité et leur liberté de manoeuvre peuvent considérablement différer. Selon les sociétés, le rôle des commissions va de simple informateur à celui de représentant du conseil d'administration (sous réserve éventuelle de ratification), en passant par les fonctions de surveillance d'un domaine particulier, et de conseiller du conseil d'administration.

9.2.4.3 Raisons ayant motivé la création de commissions

Le travail assigné au conseil d'administration nécessite un investissement personnel dépassant la disponibilité de nombreux administrateurs. L'existence de commissions permet une répartition équitable des tâches. Elle contribue à renforcer les liens entre les administrateurs non directeurs et les actionnaires en rendant les premiers plus attentifs à leur devoir de surveillance.

Il convient aussi de rappeler que les pressions de la bourse de New York, de la SEC et d'autres organisations ne sont pas étrangères à la création de nombreuses commissions du conseil d'administration.

9.2.4.4 Types de commissions

Les commissions du conseil d'administration les plus importantes comprennent:

- l'"audit committee"(333);
- le "compensation committee"(334);
- l'"executive committee"(335);
- le "nominating committee"(336);
- le "benefits" ou "pension" ou "retirement" "committee" dont la tâche consiste à élaborer une politique et des plans financiers applicables lors de la retraite des employés de la société;
- le "finance committee" (combiné parfois avec l'"audit committee") chargé d'étudier les aspects financiers de la société et de faire des recommandations au conseil d'administration sur des questions financières;
- le "public affairs" ou "corporate responsibility" ou "public responsibility" ou "public interest" ou "public policy" "committee" chargé d'examiner si

333) Cf. infra 9.2.4.6.1.

334) Cf. infra 9.2.4.6.2.

335) Cf. infra 9.2.4.6.3.

336) Cf. infra 9.2.4.6.4.

la politique et les activités de la société sont compatibles avec l'intérêt public et d'établir les relations avec le gouvernement et les autres communautés publiques intéressées(337);

- le "litigation and claims committee" dont les tâches consistent à:
 - . prévenir tout conflit interne en fixant à cet effet certains principes de politique sociale,
 - . régler tout conflit éventuel
 - . approuver les contrats conclus par la société avec ses dirigeants, employés, contrôleurs, avocats,
 - . s'assurer que le personnel de la société dirige les affaires sociales d'une manière conforme à la loi.

Il existe en outre de nombreuses autres commissions spécialisées moins répandues(338).

Selon les cas, ces commissions sont permanentes; d'autres, formées pour une question particulière, sont dissoutes une fois la tâche accomplie (on parle de "standing" ou "standby" "committee").

9.2.4.5 Statistiques relatives aux commissions les plus fréquentes

La société américaine typique dispose d'un minimum de quatre commissions(339). Ce sont les entreprises industrielles qui possèdent le système de commissions le plus élaboré.

Deux enquêtes, l'une de Korn Ferry International(340), à laquelle participèrent 532 sociétés, l'autre de Heidrick and Struggles(341) menée avec la collaboration de 303 sociétés, donnent les pourcentages d'entreprises disposant des principales commissions du conseil d'administration:

337) Cf. not. Committee on Corporate Laws, "The Public Policy Committee of the Board of Directors", *The Business Lawyer*, vol. 38, novembre 1982, p. 211 et ss.

338) Selon Jeremy Bacon, "Committees" p. 51 (enquêtes portant sur 855 sociétés), on trouve encore les commissions suivantes: "corporate ethics", "proxy", "trust", "investments", "contributions", "advisory", "committees on directors", "development", "deferred compensation", "profit sharing", "real estate and mortgage and building", "incentive compensation".

339) Enquête de Korn/Ferry International citée sous note (23).

340) Enquête citée sous note (23), p. 16. Voir aussi l'enquête de février 1984, p. 14.

341) "The Changing Board", 1986, p. 5. Voir aussi "The Changing Board", 1984, p. 4.

Korn Ferry International**Heidrick and Struggles**

Committee	1979	1983	1986	1979	ADN	1983	ADN	1986
	%	%	%	%	%	%	%	%
Audit	98.9	99.2	97.5	96.0	84	99.7	93.9	99.2
Compensation /Personnel	90.2	84.6	80.5	81.0	75	97.2	86.9	99.6
Executive	80.8	80.4	80.4	71.0	32	85.0	11.4	93.8
Nominating	46.7	59.4	57.9	43.0	89	63.9	77.6	89.9
Finance	31.9	34.3	34.6	23.0	56	43.8	54.7	73.0
Benefits (pension)	32.9	34.5	25.0	25.0	80	81.8	74.0	57.4
Public	9.8	12.6	9.9	8.0	73	*	*	47.4

(ADN = pourcentage d'administrateurs non directeurs dans la commission)

* = renseignement non disponible

En ce qui concerne la fréquence moyenne des réunions de ces commissions, l'enquête de Korn Ferry International donne les résultats suivants:

Committee	1979	1983	1986
Audit	4	3	4
Compensation	4	4	4
Executive	6	4	5
Nominating	2	2	2
Finance	7	4	7
Benefits	5	3	3
Public affairs	3	3	3

9.2.4.6 Examen des quatre commissions les plus importantes

9.2.4.6.1 "Audit committee"

Composition

Les "audit committees" sont formés en moyenne de quatre membres en général tous administrateurs non directeurs(342).

Origines

Dès 1940, dans un cas désormais célèbre, *Mc.Kesson and Robbins*(343), la SEC recommandait la création d'une commission formée d'administrateurs non directeurs, chargée de procéder aux nominations des contrôleurs externes et d'élaborer le détail de leur engagement. Par la suite, la SEC a requis à de très nombreuses reprises la constitution de telles commissions dans le cadre de "consent decrees"(344). De leur côté, la bourse de New York et l'American Institute of Certified Public Accountants ont joué un rôle actif dans la création des "audit committees"(345).

Notion d'"audit"

Dans un sens large, "audit" correspond à l'examen et à la vérification formelle des rapports et livres comptables (en particulier) de la société(346). Comme la Suisse, les Etats-Unis distinguent entre "audit" externe(347) et "audit" interne(348). La relation entre les deux formes de contrôle ressort clairement de l'explication donnée par *Deloitte, Haskins + Sells*:

342) Cf. tableau sous chiffre 9.2.4.5.

Par comparaison, l'enquête portant sur 50 "audit committees" entreprise par Directors and Boards en automne 1984 sur la base des indications figurant dans les procurations, indique que le nombre des membres de 82% des commissions varie entre 3 et 5.

343) *In Re Mc.Kesson & Robbine*, SEC, "Accounting Series Release", N. 19 (5 décembre 1940).

344) *SEC v. Mattel Inc.* et *SEC v. Coastal States Gas Corporation* cités sous note (290); *In the Matter of National Telephone* cité sous note (288); *Gilbar v. Keeler Civ. No 75-611 (C.D. Cal 18 février 1978)*; *SEC v. Lum's Inc., Fed. Sec. L. Rep. (CCN) No 94, 604 (1974)*; *SEC v. American Hospital Supply Corporation Civ. 257-78 (C.D. District of Columbia, 1976)*; *SEC v. Sharon Steel Corporation Civ. No 77-1631 (C.D. District of Columbia, 1977)*...

345) Cf. infra 8.3.3.

346) *The Prentice-Hall Editorial Staff*, Vol. 2, p. 617.

347) Requis de la SEC et de la bourse de New York pour tous les rapports financiers importants.

348) Requis par le Foreign Corrupt Practices Act de toutes les sociétés enregistrées auprès de la SEC.

"Essentially, the internal auditors appraise the adequacy and effectiveness of the company's system of administrative and accounting controls, whereas the independent auditors study and evaluate internal accounting controls for the primary purpose of planning and conducting their examination of the company's financial statements."(349).

Les contrôles internes, effectués sur une base continue, constituent un moyen pour la direction de vérifier le bon déroulement des activités sociales.

Les contrôles externes ont pour but l'établissement d'un document attestant de manière officielle que les rapports financiers sont conformes aux principes comptables généralement applicables.

Si l'"audit committee" fait partie du système interne de contrôle, il est intimement lié à l'"audit" externe et assure dans une certaine mesure la liaison entre les deux organes. L'existence d'un "audit committee" ne restreint en aucune manière la responsabilité fondamentale de la direction en matière de rapports financiers et de résultats des activités sociales ni la responsabilité des contrôleurs externes(350).

Etendue et limites des devoirs des "audit committees"

Certaines grandes fiduciaires ont publié des guides à l'attention des administrateurs siégeant au sein des "audit committees"(351). Une synthèse des informations ainsi fournies met en relief cinq domaines d'activités ressortissant aux "audit committees":

- *relations avec les contrôleurs externes*: proposition relative à la nomination des intéressés, examen des plans soumis par les contrôleurs pour mener leurs tâches à bien, examen des rapports des contrôleurs externes;
- *relations avec les contrôleurs internes*: surveillance du système de contrôle interne de la société, surveillance des activités des contrôleurs internes;
-

349) "Audit Committees 1984", mars 1984.

350) Touche Ross, *The Effective Audit Committee*, 1985, p. 4.

351) Coopers & Lybrand; Price Waterhouse & Co.; Ernst & Ernst; Deloitte, Haskins + Sells; Peat, Marwick, Mitchell & Co. Cités dans la bibliographie. Certaines de ces sociétés publient chaque année des plaquettes sur les récents développements relatifs aux "audit committees".

- *rapports financiers*: surveillance, en collaboration avec les contrôleurs externes, du bon établissement de ces documents par les dirigeants(352);
- *enquêtes spéciales ordonnées par la SEC*: collaboration avec la SEC aux recherches de l'origine, des causes, de l'étendue et des auteurs de délits (par exemple en matière de paiements illégaux et d'autres violations des lois fédérales sur les titres);
- *lois relatives au système interne de contrôle et de comptabilité de la société*: surveillance du respect des principes légaux par les dirigeants et les contrôleurs internes.

Les "audit committees" doivent par contre s'abstenir d'un certain nombre d'activités. Ils ne sauraient en particulier:

- mener des enquêtes à l'insu du conseil d'administration;
- instituer des procédures et adopter des principes de politique de l'entreprise sans l'approbation du conseil d'administration;
- traiter de matières autres que celles directement liées à la sphère de leurs devoirs;
- faire rapport sur le résultat de leurs activités directement à la SEC;
- assumer des fonctions ressortissant à la direction(353).

Conditions nécessaires au bon fonctionnement des "audit committees"

L'efficacité d'une commission de contrôle dépend avant tout de l'indépendance totale de ses membres ainsi que de leurs solides qualifications et de leur sens du devoir, d'une claire délimitation de ses attributions, du support de la direction et du rôle actif des contrôleurs externes(354).

Aspects positifs et négatifs des "audit committees"

Parmi les avantages attribués aux "audit committees", on peut citer le raffermissement du crédit de la société auprès du public, l'augmentation des pouvoirs des contrôleurs externes en matière de vérification des activités de la direction, le renforcement de la protection des administrateurs non membres de la commission, l'effet dissuasif exercé par le pouvoir d'enquête de la commission, le renforcement de la surveillance sur les activités des contrôleurs externes, l'effet de pression exercé par la commission dans la résolution de problèmes internes.

352) Deloitte, Haskins + Sells (cités sous note 349), p. 9 expliquent ce que l'on attend des "audit committees" dans ce contexte: "In performing its oversight role of the financial reporting and disclosures prepared by management, the audit committee is concerned with the adequacy and overall reasonableness of the disclosures. That is to say, the committee's concern is that the current financial condition and results of operations of the company - as well as its near and long-term prospects - are fairly presented".

353) Chocka, p. 16, relève à ce propos que: "The Audit Committee reviews, it does not manage. It determines the adequacy of management's efforts; it does not become management. It recommends to the board of directors; it does not usurp the board's powers."

354) Touche Ross & Co., Newsletter 2 avril 1979, p. 6 et 7.

Le principal handicap des commissions de contrôle consiste en l'indisponibilité des administrateurs et en leur dépendance de la direction en ce qui concerne les informations. Par ailleurs, les "audit committees" peuvent donner une fausse impression de sécurité s'ils ne sont pas efficaces. Or, leur efficacité est parfois entamée par le surcroît de responsabilités dont ils sont chargés.

9.2.4.6.2 "Compensation Committee"

Les fonctions de ces commissions varient d'une société à l'autre. Selon les cas les "compensation committees" disposent du pouvoir de déterminer la rémunération, sous toutes ses formes, des dirigeants supérieurs, voire également des administrateurs. D'autres commissions se contentent de recommander au conseil d'administration in globo l'adoption de plans de rémunération.

Ces commissions jouent un rôle de plus en plus important aux Etats-Unis(355). Outre le fait d'être objectives, elles apportent aux actionnaires l'assurance que les dirigeants supérieurs ne se voteront pas unilatéralement une rémunération déraisonnable(356). La détermination du salaire est par ailleurs l'occasion de s'interroger sur l'efficacité et les compétences des intéressés. Elle permet une remise en question parfois nécessaire.

Les règles sur les procurations exigent que les sociétés enregistrées auprès de la SEC déclarent si elles possèdent ou non un "compensation committee". Le cas échéant, il leur incombe de donner des détails notamment sur la composition de cette commission. Par ailleurs, la SEC a adopté en 1978 des dispositions très strictes en matière de publicité de la rémunération de la direction(357). La SEC attend en particulier des "compensation committees" qu'ils évaluent toutes les formes de rémunération des dirigeants (salaire de base, gratifications, primes d'encouragement, rémunération différée, plans d'épargne, plans de participation aux bénéfices, etc.).

Le nombre de sociétés disposant d'un "compensation committee" a passé de 77,9% en 1974 à 84,6% en 1983 et à 90,5% en 1986 selon l'enquête de Korn Ferry International(358). Ces statistiques témoignent des efforts entrepris par les sociétés pour satisfaire aux exigences toujours plus nombreuses du gouvernement en matière de responsabilité sociale.

355) Cf. Directorship, "Significant Issues Facing Directors: 1984", p. 37 et ss et 1985 p. 65 et 66.

356) Hildebrandt, "Compensation Committees", p. 5.

357) Federal Register, p. 58181 à 58188 et Releases N. 33-6003, 34-15390, 35 20 811.

358) Board of Directors, "Sixth Annual Study", 1979, p. 13, "Eleventh Annual Study", 1984, p. 14 et "Fourteenth Annual Study", 1986, p. 16.

Les "compensation committees" redoublent d'efficacité lorsque tous les membres de ces commissions sont des administrateurs non directeurs non affiliés à la société à même d'offrir aux bénéficiaires la garantie d'une surveillance indépendante.

9.2.4.6.3 "Executive Committee"

La plupart des commissions exécutives sont habilitées à exercer les mêmes pouvoirs que le conseil d'administration in globo entre ses réunions. Elles traitent d'un très large éventail de matières(359), mais ne jouissent pas toutes d'un pouvoir illimité. La délégation de pouvoirs prévoit fréquemment des restrictions. De manière générale toutefois les commissions exécutives sont chargées en particulier:

- d'évaluer les activités du CEO et des autres dirigeants;
- d'évaluer toutes les propositions d'investissements et/ou d'abandon de certains secteurs, avant leur présentation au conseil d'administration in globo;
- d'évaluer les budgets, la politique de l'entreprise;
- de fixer le cadre des attributions des administrateurs non directeurs et directeurs siégeant dans les diverses commissions et le temps que chacun d'eux est tenu de consacrer à ses obligations;
- de revoir et d'approuver certaines communications à la presse;
- d'agir en cas de crise en lieu et place du conseil d'administration.

Par contre, certaines activités n'entrent pas dans les pouvoirs des commissions exécutives comme par exemple l'adoption, la modification des statuts, la nomination d'un candidat à un poste d'administrateur au sein du conseil ou de ses commissions, la déclaration des dividendes et la soumission de propositions aux actionnaires.

A la différence des autres commissions, les commissions exécutives comprennent plus d'administrateurs directeurs que non directeurs. Selon Courtney Brown, le CEO devrait toujours faire partie de ces commissions de manière à les faire bénéficier de ses larges connaissances et de son expérience notamment dans la détermination de la politique de l'entreprise(360).

9.2.4.6.4 "Nominating Committee"

Cette commission est en général chargée de recommander au conseil d'administration in globo des candidats à un mandat d'administrateur et à la

359) Bacon/Brown, "Role", p. 106 précisent qu'aucune autre commission n'est chargée de tant de matières différentes.

360) "Putting the Corporate Board to Work", p. 67.

participation à des commissions. En outre elle sera vraisemblablement de plus en plus appelée à proposer un successeur au CEO(361).

S'il est souhaitable que le CEO travaille en étroite collaboration avec la commission de nomination, la majorité de ses membres devraient être des administrateurs non directeurs désintéressés(362).

De l'avis général, la commission de nomination peut contribuer dans une large mesure à améliorer le système de gestion(363). En particulier, elle empêche la direction de choisir comme administrateurs des amis ou des personnes dont elle n'a rien à craindre(364).

L'adoption en 1978 par la SEC de règles exigeant des sociétés enregistrées auprès d'elle qu'elles déclarent si elles disposent d'une commission de nomination (et, dans l'affirmative, si les candidatures proposées par les actionnaires ont des chances d'être prises en considération) a déjà incité de nombreuses entreprises à créer une telle commission(365). L'enquête de Korn Ferry International indique une augmentation du nombre de commissions de nomination de 40% en 6 ans (de 1977 à 1983(366)).

Un sondage effectué auprès des 500 plus grandes sociétés révèle toutefois que nombre d'entre elles s'opposent à ce que la création des commissions de nomination soit imposée à toutes les entreprises sans distinction. Si elles paraissent désirables dans certains cas, ces commissions peuvent s'avérer superflues dans d'autres circonstances(367).

9.2.4.7 Avantages présentés par les commissions

La création des commissions a pour effet d'accroître sensiblement l'efficacité du conseil d'administration(368), de faire bénéficier la société des connaissances toujours plus spécialisées de leurs membres, de susciter un regain d'activité de

361) Comp. "Directorship: Significant Issues Facing Directors: 1985", p. 14, 59, 82/85.

362) ABA, p. 1626; SEC News, Roberts Karmel, "The Nominating Committee", 1978.

363) Avery Cohen, dans Cohen/Loeb, 1978, p. 173.

364) Ronald Loeb, dans Cohen/Loeb, 1978, p. 216.

365) Federal Register, p. 58522 et ss.

366) Cf. infra chiffre 9.2.4.5.

367) Directorship, Newsletter, "Survey on Nominating Committees", novembre 1978, p.2.

368) Selon un administrateur non directeur, le vrai travail du conseil d'administration s'effectue au sein des commissions (Andrew M. Lewis dans Directorship, "Significant Issues Facing Directors: 1985", p. 19).

la part des administrateurs non directeurs, de permettre la liquidation rapide des affaires, d'assurer à la société une certaine flexibilité et une objectivité dues à la présence d'une grande majorité d'administrateurs non directeurs en leur sein.

9.2.4.8 Responsabilité des membres des commissions

Même là où les attributions respectives du conseil d'administration et des commissions sont nettement délimitées, la question de la responsabilité des membres des commissions n'est pas clairement établie. En fait, il n'existe pas de réglementation à ce sujet(369). Il paraît toutefois probable que les membres d'une commission soient exposés à une plus grande responsabilité(370)(371). Telle serait la situation de tout administrateur assumant des fonctions supplémentaires spéciales. Ce point de vue est conforme à l'interprétation de la section 8.30(a) du RMBCA selon laquelle un administrateur doit remplir ses devoirs avec la diligence qu'une personne placée dans une position similaire appliquerait dans des circonstances semblables(372).

9.2.4.9 Conclusions

Au niveau interne, le recours aux commissions permet une répartition optimale du travail, assure l'indépendance des organes sociaux et une forme d'évaluation préalable des propositions et recommandations formulées par la direction à l'attention du conseil d'administration in globo.

Au niveau externe, l'existence des commissions fait naître un sentiment de sécurité et témoigne du désir des sociétés de faire face de manière plus satisfaisante à leurs responsabilités.

9.2.5 Elaboration de guides, cahiers des charges, check-lists

De tels documents peuvent exercer une influence positive sur la manière dont les administrateurs non directeurs s'acquittent de leurs obligations.

369) Cf. Deloitte, Haskins + Sells, "A Director's Guide", p. 29.

370) Ibidem.

371) Dans l'affaire *Syracuse Television Inc. v. Channel 9 Syracuse Inc.*, (51 Misc. 2d 188, 273 N.Y. 2d 16 (1966) mettant en cause la responsabilité des membres d'une commission, le tribunal a déclaré que le soin et la diligence sont des concepts relatifs ne dépendant pas seulement du genre de société et des faits particuliers, mais aussi du rôle des administrateurs à l'intérieur de la société.

372) Cf. infra chiffre 3.1 et note (95). En ce qui concerne les effets de la délégation à des commissions sur la responsabilité des administrateurs non membres des commissions, Cf. infra chiffre 4.1.2.

Guides

Le plus célèbre d'entre eux, établi par l'"American Bar Association" a été plusieurs fois mentionné dans cette étude.

De son côté, le Bureau des Affaires financières gouvernementales et publiques a publié en 1978 un guide sur les responsabilités des administrateurs aux termes des lois sur les titres(373). Ce guide explique les dispositions légales pertinentes et informe les administrateurs sur les diverses actions pouvant engager leur responsabilité.

Cahiers des charges

Diverses sociétés ont défini par écrit les attributions de leurs administrateurs. D'intéressants modèles de cahiers de charges peuvent être trouvés dans l'ouvrage de J.M. Juran et J. Keith Loudon(374). De son côté, Myles Mace a établi une liste des devoirs et responsabilités des administrateurs(375). Peter Drucker a fait de même dans un célèbre article publié dans le Wall Street Journal(376).

Check-lists

Elles visent à contrôler l'efficacité des administrateurs plutôt qu'à déterminer leurs devoirs. Elles permettent essentiellement d'améliorer les relations entre le conseil d'administration et la direction, soit de favoriser les communications, de clarifier les rôles et responsabilités respectifs et d'accroître la participation du conseil d'administration dans les activités de la société.

De nombreuses check-lists sont disponibles(377). Si l'usage des cahiers de charge est très répandu, aucune étude ne permet d'indiquer dans quelle mesure les "check-lists" sont employées.

373) Nash, "Corporate Director's Guide".

374) Juran/Louden, appendice p. 352 à 388.

375) "Designing a Plan", p. 21/22.

376) "The real Duties of a Director", Wall Street Journal du 1er juin 1978, p. 20.

377) Cf. notamment Robert Mueller, "Are Directors Boardworthy?", p. 15 et ss et "Criteria for the Appraisal of Directors", p. 48; Harold Koontz dans Arthur Little, "Questions to be asked concerning Board Total Effectiveness", p. 137 et ss; J. Keith Loudon, "The Board Audit", p. 23 et ss.

9.3 Autres mesures proposées

9.3.1 Accroissement des exigences relatives aux administrateurs non directeurs

Facteur temporel

La société devrait pouvoir attendre de ses administrateurs non directeurs qu'ils consacrent trois à quatre jours par mois à l'exécution de leur mandat(378).

Facteur de publicité

Exiger la publicité d'informations relatives aux administrateurs non directeurs constitue selon certains(379) un moyen efficace de contraindre la société à modifier, le cas échéant, son système d'organisation peu satisfaisant. Les informations (détaillées) devraient porter sur la personnalité de chaque administrateur non directeur, sur la procédure de nomination individuelle, sur l'organisation du conseil d'administration et sur les activités de ses membres, sur la résignation éventuelle de son mandat par un administrateur.

Exigence personnelle de la part des administrateurs non directeurs

La société doit pouvoir compter sur une prise de conscience individuelle, par les administrateurs non directeurs, de la nécessité d'engager de manière optimale leurs forces à son service, voir, le cas échéant de recourir à des experts dans tous les domaines requérant des connaissances spéciales, notamment en cas de fusion, scission, etc.(380)

9.3.2 Rémunération correspondant aux responsabilités et travail effectifs

Une rémunération adéquate apparaît comme le corollaire de l'accroissement des responsabilités et des exigences. Elle seule permet d'attirer et de retenir des personnes compétentes(381).

378) Investor Responsibility Research Center Inc., p. 39; Directorship, "Significant Issues Facing Directors 1977", p. 45) parle de 17 1/2 heures par mois, temps de voyage non compris.

379) Weiss/Schwartz, leurs articles cités dans la bibliographie.

380) Forbes/Rosenbloom, p. 37.

381) A tort ou à raison, il a été suggéré que le montant de la rémunération offerte indique le degré d'importance que la société accorde à son conseil d'administration (Roderick Hills - ex-président de la SEC - selon lequel les actionnaires d'une société dont les administrateurs reçoivent moins de \$ 15 000 à \$ 20 000 par an devraient savoir implicitement que le travail n'est pas bien fait (Committee on Commerce, 94ème Congrès, juin 1976, p. 304)).

Si les diverses lois étatiques ne prévoient pas expressément le droit des administrateurs à une rémunération pour leurs tâches ordinaires toutes les sociétés accordent un salaire à leurs administrateurs non directeurs(382).

La rémunération devrait tenir compte des risques légaux impliqués par le mandat d'administrateur(383). Leech et Mundheim suggèrent à cet égard que la société assure les administrateurs et s'engage à leur offrir une indemnité en cas de litige ou encore prévoit que la rémunération soit fixée de manière à permettre la conclusion d'un contrat d'assurance(384).

Par ailleurs, l'idée d'instituer une caisse de retraite pour les administrateurs pourrait aussi être prise en considération(385).

9.3.3 Personnel à temps complet mis à la disposition exclusive des administrateurs non directeurs

L'idée de doter les administrateurs non directeurs d'un personnel propre à temps complet a été lancée par Arthur Goldberg(386). Ce personnel devrait permettre aux administrateurs non directeurs de remplir leurs obligations légales au sein des grandes sociétés modernes. Arthur Goldberg met précisément l'accent sur la dichotomie opposant les devoirs légaux des administrateurs non directeurs et la réalité du contrôle effectif de la société par la direction(387). Selon ses propositions, des experts, des assistants et des conseillers indépendants, servant d'yeux et d'oreilles aux administrateurs, seraient chargés d'examiner les questions sociales majeures. Ils feraient rapport au conseil d'administration in globo par l'intermédiaire d'une commission formée d'administrateurs non directeurs, avant que le conseil ne prenne une décision sur la base des recommandations de la direction.

Le recours à de tels experts favoriserait l'indépendance d'information des administrateurs non directeurs par rapport à la direction et leur permettrait de remplir leur devoir de diligence dans l'intérêt des actionnaires et du public.

Les critiques à ces propositions appelées "The Goldberg Proposal" se sont révélées vives et diverses. En particulier la mise d'un personnel indépendant à

382) Nicolson, p. 94/95.

383) Leech/Mundheim, p. 1832.

384) Ibidem.

385) Appley, p. 74.

386) Cf. Subcommittee on Citizens & Shareholders Rights and Remedies, audition d'Arthur Goldberg du 28 juin 1977, p. 98 à 118.

387) Goldberg, son article paru dans le New York Times.

la disposition des administrateurs non directeurs engendrerait des tensions au sein du conseil d'administration. Par ailleurs, l'application pratique d'une telle proposition risque de rendre encore plus floues les limites des pouvoirs respectifs(388).

9.3.4 Avocat externe mis à la disposition des administrateurs non directeurs

Divers observateurs, dont Robert Estes(389), proposent que les administrateurs puissent recourir à un avocat externe à même de leur prodiguer des conseils indépendants du système d'information mis en place par la direction. Toutefois, à la différence d'Arthur Goldberg, l'objectif de Robert Estes n'est pas de doter les administrateurs non directeurs d'un personnel risquant de défier la direction dans les affaires quotidiennes de la société. Il s'agit seulement de permettre aux administrateurs non directeurs de poser des questions relatives à des aspects essentiels des activités sociales.

9.3.5 "Peer directors, advisory council"

Structure plus complexe, le "peer-directors, advisory council" suppose un système de division interne du travail combiné avec le recours à un groupe externe d'experts aux formations différentes(390). Plus précisément, chaque "peer-director" ou administrateur de la société, serait chargé de confier diverses tâches à un expert et de transmettre au conseil d'administration les informations ainsi reçues. Tout administrateur pourrait communiquer librement et directement avec tout expert au moment de son choix. Tenus de se limiter aux renseignements pertinents, les experts devraient se garder de fournir des informations sur les activités quotidiennes de la direction, pour ne pas inciter les administrateurs non directeurs à s'immiscer dans les compétences de la direction.

388) En dépit des oppositions relevées, quatre administrateurs non directeurs sur dix recouraient en 1977 à leur personnel indépendant (cf. étude Louis Harris, p. 39).

389) "The case for Counsel".

390) Martin, p. 44 et ss.

CHAPITRE 10: ATTRIBUTIONS REQUERANT L'INTERVENTION ACCURUE DES ADMINISTRATEURS NON DIRECTEURS

10.1 Plan interne

10.1.1 Nomination et révocation des personnes chargées de la gestion

Les administrateurs non directeurs seront de plus en plus amenés à choisir et révoquer les dirigeants supérieurs par le biais d'une commission de nomination(391). Cette forme de procédure permet d'éviter les conflits d'intérêts(392) et les difficultés rencontrées notamment lors de la révocation de dirigeants importants par le CEO.

10.1.2 Détermination de la rémunération des personnes chargées de la gestion

Pendant longtemps, la direction a fixé sa propre rémunération avec, selon les cas, l'approbation tacite ou formelle du conseil d'administration. Les abus engendrés par cette situation ont déclenché les réactions des actionnaires, de la SEC et du public en général(393). La création des commissions de rémunération formées de seuls administrateurs non directeurs contribue à assurer l'objectivité souhaitée de tous les milieux(394)(395).

"Perquisites"

Ce terme recouvre tous les avantages financiers perçus par les dirigeants sans rapport direct avec les services rendus (usage de l'avion de la société, recours aux chauffeurs de la société, etc.).

Le problème des avantages financiers a émergé des enquêtes entreprises par la SEC sur les paiements illégaux effectués en faveur de dirigeants étrangers. La gravité de la situation a poussé la SEC à adopter des règles exigeant la publicité

391) Cf. infra 9.2.4.6.4.

392) ABA, p. 1622.

393) Cf. Baker, "Are Corporate Executives Overpaid?" p. 61 et ss.

394) Sur l'opinion de la SEC cf. notamment McSweeney, "How much Say-So for Outside Directors", p. 10.

395) Cf. infra 9.2.4.6.2.

de tous les avantages financiers autorisés ou non(396). Aux termes de cette réglementation, les administrateurs sont appelés à jouer un (nouveau) rôle agresseur; il leur incombe notamment:

- de veiller à ce que les avantages financiers soient soumis à une autorisation préalable;
- solliciter des contrôleurs externes une attention toute particulière en matière d'avantages financiers;
- d'ouvrir toute enquête leur paraissant justifiée aux fins, le cas échéant, d'obtenir le remboursement des avantages financiers non autorisés, de manière à conserver la confiance des actionnaires et à assurer la crédibilité des livres et comptes sociaux(397).

Gratifications

La SEC a adopté en 1978 diverses règles sur la rémunération de la direction requérant des informations très détaillées de la part de la société(398). Les administrateurs non directeurs sont tenus de surveiller toutes les informations publiées à cet égard. Ils doivent notamment s'assurer que les gratifications sont attribuées aux seuls membres de la direction le justifiant.

10.1.3 Aspects particuliers de la planification stratégique

Il incombe aux administrateurs non directeurs de veiller à ce que la direction entreprenne la planification stratégique, en établissant en particulier des plans et des budgets, et qu'elle respecte cette planification.

Dans ce cadre, les administrateurs non directeurs peuvent contribuer de manière efficace à la détermination des possibilités de développement, à l'identification des obstacles et éléments indispensables au succès des activités sociales(399).

10.1.4 Approbation de transactions dans lesquelles certains administrateurs ont un intérêt pécuniaire

L'indépendance des administrateurs non directeurs les prédispose à s'assurer que la société adopte des principes destinés à régir les cas de transactions conclues entre un administrateur et la société et à évaluer l'équité des projets de telles transactions(400).

396) Federal Register, p. 88181.

397) Wiesen, p. 14 F.

398) Cf. infra note (239).

399) Touche Ross & Co., Newsletter, du 2 avril 1979, p. 2.

400) Cf. ABA, p. 1623.

10.1.5 Examen des situations où un administrateur (ou un dirigeant) mérite une sanction

En cas de dommage consécutif à la violation par un administrateur ou un dirigeant d'une loi destinée à protéger la société, ses actionnaires ou ses créanciers, les administrateurs désintéressés peuvent être appelés à se prononcer sur la nécessité d'infliger ou non une sanction à l'intéressé(401).

10.1.6 Surveillance

10.1.6.1 Surveillance des comptes et autres questions financières

Les paiements illégaux intervenus aux Etats-Unis ou à l'étranger ont révélé la nécessité d'intensifier la surveillance relative aux activités des dirigeants. Afin de satisfaire notamment aux exigences du FCPA, les administrateurs non directeurs sont encouragés à prendre certaines mesures particulières:

Versement de contributions politiques et autres.

Il conviendrait que les administrateurs non directeurs exigent de la direction des informations sur tout versement de contribution projeté ou déjà réalisé. Par ailleurs, ils devraient veiller à ce que la politique de l'entreprise interdise le financement de contributions au moyen de fonds ne figurant pas dans les livres comptables ("off-the-book funds" ou "slush funds"). A ces fins, ils pourraient juger utile de susciter des questions pertinentes de la part des contrôleurs externes et internes et de surveiller l'étendue des contrôles de manière à s'assurer qu'aucun fonds n'ait été créé et utilisé illégalement(402).

Menaces étrangères aux fins d'obtenir le versement de contributions

Les administrateurs non directeurs devraient également exiger d'être informés sur les pressions de gouvernements étrangers, les menaces de retirer une concession, les menaces de naturaliser les biens ou d'appliquer un traitement discriminatoire. Le cas échéant, ils peuvent être appelés à prendre des mesures impliquant des risques pour la société et pour eux-mêmes.

401) Cf. ABA, p. 1623.

402) McCloy, ses deux articles.

Escroqueries, abus de confiance

Il est du devoir des administrateurs non directeurs de lire attentivement les rapports des employés de la société sur des questions criminelles et de prendre les mesures qui s'imposent en cas d'inaction des supérieurs directs de l'intéressé.

10.1.6.2 Surveillance de la gestion: aspects particulier

Dans le cadre de leur fonction de "monitoring", les administrateurs non directeurs sont tenus de procéder à des "performance audits", soit de surveiller la manière dont la direction s'acquitte de ses tâches. Cette surveillance prend la forme d'une évaluation indépendante des qualités et des activités de la direction(403).

Théoriquement un "performance audit" doit permettre notamment d'évaluer les stratégies et objectifs proposés par la direction. En réalité, il s'agit de favoriser un dialogue entre le CEO et les administrateurs non directeurs visant à déterminer les critères en fonction desquels la direction sera appelée à répondre devant le conseil d'administration(404).

Le "performance audit" crée une nouvelle forme de relation entre les administrateurs non directeurs et la direction(405). Il suppose notamment une collaboration des deux parties dans un but précis, le succès des activités sociales.

Le "performance audit" devrait intervenir tous les trois à cinq ans; un examen à plus court terme risquerait de fausser les résultats de l'analyse(406). Une surveillance rotative (portant une ou deux fois par an sur un domaine spécifique) peut être également envisagée par des administrateurs non directeurs désireux d'obtenir des informations particulières. Ces évaluations ponctuelles ne libèrent pas les administrateurs non directeurs de leur obligation de surveiller de manière régulière les activités à court terme de la direction.

Dans le cadre du "performance audit", les administrateurs non directeurs vérifieront notamment si les stratégies de la direction sont conçues de manière explicite et rationnelle et si la direction peut expliquer clairement à un tiers son rôle au sein de la société. Ils attacheront une importance particulière à la description brossée par la direction des divers secteurs de l'entreprise et des relations avec d'autres organes ou entités. Ils porteront leur attention sur le degré

403) Wilde/Vancil, p. 113.

404) Ces critères devraient être exprimés en termes relatifs (position de la société sur le marché, situation technologique, position financière par rapport aux concurrents, etc. (Ibidem, p. 114)).

405) Harold Byron Smith, "Performance Audits by Outside Directors" dans Arthur Little, p. 66.

406) Wilde/Vancil, p. 116.

de cohésion et d'harmonie présenté par les mécanismes internes mis en oeuvre par la direction pour remplir ses fonctions (structure et procédure suivies pour développer et évaluer son efficacité, types et attributions des commissions de la direction, système utilisé pour la planification à long terme, les budgets, etc.). Ils s'interrogeront sur l'ouverture de la direction aux problèmes externes (contrôle de la pollution, protection des consommateurs, etc.). Enfin, ils s'assureront que les rapports annuels aux actionnaires établis par la direction sont compréhensibles et donnent une image exacte des activités de la société et de sa situation financière.

10.2 Plan exteroe

10.2.1 Décision de ne pas donner suite à une demande en réparation d'uo dommage dans le cadre d'une action dérivative

Les administrateurs non directeurs jouent un rôle de plus en plus important dans le cadre des actions dérivatives. Au nom du "Business Judgment Rule", les tribunaux sont enclins à juger qu'une décision de ne pas suivre, prise par les membres du conseil d'administration non impliqués dans l'affaire litigieuse, enlève tout droit aux actionnaires de porter action(407).

10.2.2 Décision en cas de fusion

De manière générale, les lois étatiques disposent que tout plan de fusion doit être approuvé par les administrateurs des sociétés parties à la transaction(408). Vu l'importance croissante des fusions aux Etats-Unis(409), les administrateurs non directeurs sont appelés à jouer dans ce cadre un rôle grandissant.

Dans la plupart des sociétés, les fusions sont accomplies selon une procédure d'examen établie par la direction qui formule des recommandations au conseil d'administration en sollicitant, le cas échéant, son approbation(410).

Les administrateurs non directeurs veilleront à ce que tous les éléments majeurs de la fusion (problèmes financiers, légaux, etc.) aient été dûment considérés.

407) Cf. infra 5.3.3.

408) Cf. not. section 11.03 RMBCA.

409) Selon une étude entreprise en 1981 par Touche Ross & Co., "Mergers", p. 15, le nombre de fusions impliquant des montants supérieurs à \$ 700 000 a passé d'environ 220 en 1975 à environ 370 en 1980, avec toutefois un très fort déclin au début de l'année 1980 par rapport à 1979.

410) Selon l'étude de Touche Ross & Co., précitée, la grande majorité des 317 administrateurs interrogés estiment que le CEO exerce un rôle beaucoup trop important en matière de fusion et que l'influence des administrateurs non directeurs devrait être plus élevée (p. 16/17).

Pour s'en assurer, ils s'efforceront d'obtenir un maximum d'informations sur notamment, l'évaluation des actifs, les conséquences fiscales, les violations légales éventuelles, les ressources futures envisagées.

Selon Leech et Mundheim, un administrateur non directeur impliqué dans une fusion doit se poser trois questions fondamentales(411):

- la direction doit-elle jouer un rôle exclusif dans la procédure de transaction?
- peut-il voter en faveur de la fusion s'il pense que les propositions de la direction sont raisonnables mais qu'une autre transaction lui paraît plus profitable pour les actionnaires?
- dans quelle mesure peut-il se baser sur le dossier établi par la direction et sur les propositions de cette dernière?

En fait, les administrateurs non directeurs doivent pouvoir expliquer les raisons de leur vote. Lors de leur évaluation des faits et des propositions de la direction, il leur incombera de soupeser constamment l'impact de la fusion sur les actionnaires. Ils seront admis à se baser sur les propositions de la direction, s'ils estiment à juste titre que les intérêts des dirigeants ne divergent pas ou divergent peu de ceux des actionnaires(412) (413). Dans les autres cas, ils sont tenus de recourir à toutes les sources d'information à leur disposition pour identifier les avantages et désavantages probables de la fusion et faciliter la clarification de la situation.

Quelle que soit la décision finale du conseil d'administration, les risques sont élevés. En effet, les actionnaires insatisfaits peuvent porter action conjointement ("class action") contre les administrateurs non directeurs pour violation de leurs devoirs(414).

Pour faire face à leurs responsabilités à l'égard des actionnaires, les sociétés souvent sollicitées en vue d'une fusion peuvent créer des commissions formées d'administrateurs non directeurs chargés d'examiner sur une base régulière les propositions de la direction(415). Si nécessaire, ces commissions recourront à des conseillers et des experts externes à la société et indépendants aux fins d'être parfaitement informées sur tous les aspects de la fusion.

411) Page 1817.

412) Leech/Mundheim, p. 1817.

413) Selon l'étude de Touche Ross & Co., cités sous note (409), p. 18, en pratique les intérêts des actionnaires ne reçoivent, d'après une grande partie des personnes interrogées, pas toute l'attention qui devrait leur être prodiguée.

414) Notons à ce propos que la SEC requiert, selon les circonstances, par le biais de la règle 13 e-3 et du "schedule 13 E-8 la publicité d'un grand nombre d'informations en matière de fusion.

415) Leech/Mundheim, p. 1818.

En conclusion, du fait de la loi et de leurs fonctions particulières les administrateurs non directeurs jouent (ou seront amenés à jouer) un rôle crucial dans tous les cas de fusion. Ils pourront être tenus de répondre de leurs décisions devant les actionnaires. Leur tâche dépasse le rôle de simple "surveillance" ("monitoring")(416).

10.2.3 Décision en cas d'offre (hostile) d'achat d'un nombre important d'actions d'une société par une autre société

L'offre ("tender offer") est adressée directement à l'ensemble des actionnaires de la société. Le prix offert est plus élevé que celui du marché. L'offre est qualifiée d'hostile lorsqu'elle est agressive et laisse entendre que tous les efforts seront déployés aux fins projetées.

L'administrateur non directeur intervient dans les seuls cas où la direction décide de résister à l'offre d'achat. Ces situations risquent en effet d'impliquer des conflits d'intérêts entre la direction et les actionnaires: la direction sera tentée de résister à une offre d'achat dont les termes menacent de lui faire perdre ses fonctions. Elle est, du reste, la seule perdante en matière de "tender offer".

Les offres d'achat d'un nombre important d'actions d'une société sont très fréquentes. Dans la seule année 1984, on a compté 18 "tender offers" pour une valeur de plus d'un milliard de dollars chacune(417).

Dans ce cadre également, les administrateurs non directeurs sont appelés à évaluer très consciencieusement les avantages et les désavantages d'une offre d'achat y compris son impact sur les intérêts des actionnaires(418).

Pour faire face à leurs responsabilités, les administrateurs non directeurs s'assurent d'abord que la société a élaboré un plan destiné à éviter la période de confusion suivant une offre d'achat inattendue, communiquée de manière officielle à la direction (avant d'être soumise aux actionnaires)(419).

Les administrateurs non directeurs procèdent ensuite à une évaluation semblable à celle décrite dans le cadre d'une fusion. Ici aussi, informations et planification jouent un rôle essentiel.

416) Leech/Mundheim, p. 1818.

417) Lipton/Brownstein, p. 1403. Parmi ces offres figurent celle de Texaco pour l'acquisition de Getty Oil Company, pour une valeur de 10 milliards de dollars et celle de BOCAL pour l'acquisition de Gulf pour une valeur de 13,4 milliards de dollars.

418) Selon l'enquête de Touche Ross & Co., citée infra sous note (409), p. 29, les administrateurs interrogés sont très mitigés quant aux avantages retirés dans la pratique par les actionnaires auxquels l'offre est soumise.

419) Macioco, p. 1.

Valables pour une courte période (la limite inférieure minimale de 20 jours prévue par la règle 14e-1 complétant le "Williams Act" n'étant généralement pas dépassée), les offres (hostiles) d'achat requièrent un examen mobilisant jour après jour toutes les disponibilités. Le rôle des administrateurs non directeurs excède en conséquence celui de la surveillance ordinaire(420).

Au cas où l'offre ne leur paraît pas tenir compte des intérêts des actionnaires, les administrateurs peuvent choisir parmi les nombreuses tactiques de défense qui se sont développées ces toutes dernières années(421). Souvent le "Business Judgment Rule" s'applique au choix d'une mesure de défense spécifique par les administrateurs non directeurs. Ce n'est pas le cas, toutefois, lorsque des conflits d'intérêts risquent d'affecter l'objectivité indispensable à leur prise de décision(422).

Pour alléger leur fardeau, les administrateurs non directeurs peuvent aussi envisager la création d'une commission chargée de déterminer de cas en cas s'il se justifie de continuer de résister à une offre(423). Cette commission examinerait notamment attentivement les rapports de la direction. Pour plus de sécurité, elle pourrait choisir de se réunir séparément avec les membres de la banque d'investissement et l'avocat externe de la société, voire avec les représentants de l'acquéreur potentiel, ou même avec des conseillers externes indépendants.

420) Leech/Mundheim, p. 1820.

421) Cf. infra note (162). Ces tactiques sont les suivantes: "Pac Man", "counter tender offers", "defensive charter amendments", "super-voting common stock", "self tenders", "large-scale open market repurchases", "sales of attractive assets", "white squire arrangements", "cash or stock acquisitions", "convertible preferred stock dividend plan", "share purchase rights plan", "springing warrants", "fair value rights", "debenture exchange offers" etc. Cf. not. à cet égard Lipton/Brownstein, p. 1414 et ss; Gibson, "Takeovers", p. 1551 et ss; Hazen, section 11.20, p. 577 et ss ("Responses to Tender Offers. Anti-Takeover Moves and Defensive Tactics"; et surtout l'importante oeuvre de Arthur Fleischer Jr, "Tender Offers: Defenses, Responses and Planning", 3 vol., 2ème éd. Clifton (NJ), 1983; cf aussi sur la question du "convertible preferred stock dividend plan": Protecting shareholders against partial and two-tiered takeovers: The "poison pill preferred", Harvard Law Review, vol.97 (1984), p. 1064 et ss.

Par ces tactiques, les administrateurs non directeurs tentent de résister à toutes les formes de prise de contrôle de la société ("takeovers") et notamment aux nouvelles techniques utilisées par les acquéreurs potentiels connues sous le nom de "junk bond-bust-up takeovers", "two-tier, front-end loaded bids", "proxy fights", "greenmail" (cf. Lipton/Brownstein, p. 1411 et ss et Wander/LeCoque, p. 29 et ss).

422) Cf. infra note (167).

423) Leech/Mundheim, p. 1820.

Comme dans les cas de fusion, les administrateurs non directeurs assument une grande responsabilité en décidant de résister ou non à une offre d'achat(424). Il n'est aucun événement plus traumatisant dans la carrière d'un homme d'affaires, déclarait un observateur, que d'être administrateur ou dirigeant d'une société dont les actions font l'objet d'une offre d'achat, particulièrement si l'offre s'avère inattendue et, plus spécialement encore, si la société n'a pas élaboré de programme de planification(425).

Enfin, il sied de noter que la SEC requiert, par le biais de la règle 13e-3 et le Schedule 13E-3, une large publicité en matière d'offre hostile d'achat(426).

10.3 Relations avec les agences gouvernementales

Les administrateurs sont de plus en plus amenés à collaborer aux enquêtes menées notamment par la SEC(427).

424) Notons à cet égard que si l'offre d'achat par American Express des actions de McGraw Hill n'avait pas été retirée, les administrateurs de cette dernière auraient pu être condamnés à payer 200 millions de dollars, dans le cas probable où les actionnaires de McGraw Hill auraient introduit action en raison de la résistance à l'offre opposée par la direction (cf. NACD, Newsletter de janvier/février 1979, p. 1 et ss). L'offre a été retirée principalement du fait du double rôle joué par le président d'American Express, également administrateur de McGraw Hill.

425) Robinson, p. 2. Cf. aussi Directorship, "Significant Issues Facing Directors: 1985", p. 16/16, not. 20, 35/36 et 71/72.

426) Les dirigeants doivent indiquer s'ils estiment honnêtement que la transaction est équitable pour les actionnaires, si une déclaration relative à l'équité de la transaction a été établie par une banque d'investissement, si les administrateurs non directeurs ont approuvé la transaction, etc. Cf. aussi infra notes (244) et (245) et texte correspondant.

427) Cf. infra chiffre 7.4.8.

CHAPITRE 11: RECENTS DEVELOPPEMENTS

Il résulte d'un examen comparatif de quatre enquêtes menées respectivement en 1978, 1979, 1984 et 1986 par Heidrick and Struggles, Inc.(428) que les administrateurs non directeurs deviennent plus conscients de leurs responsabilités face aux actionnaires, à la société et au public. Ils s'efforcent de mieux s'informer et de consacrer plus de temps à leurs fonctions, notamment en se chargeant de tâches spéciales au sein des commissions du conseil d'administration ou de projets particuliers en dehors de celles-ci. Ils ont développé des principes directeurs en matière de planification stratégique afin de mieux déterminer l'évolution de la société. En bref, "ils font valoir leurs droits à l'égard de la direction d'une manière plus "agressive" que jamais auparavant"(429).

Il semble que l'ère des changements fondamentaux dans la structure des conseils d'administration américains se soit achevée(430). Elle aura duré une dizaine d'années. Un nouveau conseil d'administration composé en grande partie de dirigeants supérieurs d'autres sociétés à large expérience(431) a pris la place du conseil d'administration qui entérinait systématiquement les décisions de la direction.

Les sociétés commencent à planifier la structure de leur conseil d'administration aussi méticuleusement que leurs plans stratégiques quinquennaux(432). Elles recherchent principalement des CEO et des COO ("Chief Operating Officer") aux formations spécialisées dans des domaines aussi divers que la haute technologie, les fusions, les acquisitions de sociétés, l'énergie, le marketing, les relations publiques et internes. Elles s'efforcent également d'obtenir la collaboration de très hauts fonctionnaires fédéraux et des membres chevronnés du corps professoral(433).

428) "The Changing Board".

429) Ibidem, 1984, p. 1.

430) Enquête de Heidrick/Struggles, "The Changing Board", 1984, p. 1.

431) Selon l'enquête de Korn Ferry International citée sous note (23), p. 16, le 74,2% des sociétés interrogées comptaient des dirigeants du plus haut niveau dans leur conseil d'administration en 1986.

432) Enquête de Korn/Ferry International, février 1984, p. 2.

433) Enquête de Korn/Ferry International de février 1984, p. 2.

Ces efforts, toutefois, ont été contrecarrés ces trois dernières années. La responsabilité des administrateurs a fréquemment été mise en cause par les actionnaires(434).

L'augmentation des primes d'assurance responsabilité civile de plus de 500% entre 1985 et 1986(435) constitue un sérieux obstacle dans la recherche d'administrateurs non directeurs hautement compétents. Même les candidats les plus expérimentés hésitent à accepter un tel mandat(436). Pourtant, plus de la moitié des présidents de conseils d'administration interrogés par Heidrick & Struggles en 1986 estiment que les sociétés aux actions largement répandues dans le public devraient avoir une majorité d'administrateurs non directeurs(437).

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que chaque année l'augmentation de la rémunération des administrateurs non directeurs dépasse nettement les prévisions(438).

Cette crise semble s'estomper. Pour tenter de l'enrayer, certaines lois étatiques, comme la loi du Delaware(439), ont été modifiées pour permettre aux sociétés

434) L'enquête de Korn/Ferry International citée sous note (23), p. 1, parle de "liability crisis of the past three years".

435) Cf. infra note (321) et texte correspondant.

436) Heidrick & Struggles, "The Changing Board", 1986, p. 1.

437) Ibidem.

438) Enquête de Korn/Ferry International citée sous note (23), p. 3.

439) Del. Code. Ann. tit. 8, art. 102(b)(7), entré en vigueur le 1er juillet 1986. Cf. E. Norman Vessey, Jesse A. Finkalstein et S. Stephan Biglar, Delaware Supports Directors with a Three Legged-Stool of Limited Liability, Indemnification, and Insurance, "The Business Lawyer", Vol. 42, février 1987, p. 399 à 421.

Aux termes de l'art. 102(b)(7) révisé, les sociétés anonymes sont autorisées à adopter, dans leur acte constitutif, une disposition permettant d'éliminer ou de limiter la responsabilité des administrateurs de sociétés du Delaware, à l'égard de la société ou des actionnaires, s'agissant de prétentions financières découlant d'une violation de leur "fiduciary duty".

La limitation de responsabilité est exclue dans un certain nombre de cas énumérés à l'art. 102(b)(7):

- "(i) for breach of the director's duty of loyalty,
- (ii) for acts or omissions not in good faith or involving intentional misconduct or knowing violation of law,
- (iii) for willful or negligent conduct in paying dividends or repurchasing stock out of other than lawfully available funds, or
- (iv) for any transaction from which the director derives an improper personal benefit." (Ibidem, p. 402).

En complément de cette disposition, le législateur du Delaware a adopté un article 145 qui autorise largement l'indemnisation des administrateurs pour toutes les dépenses subies en relation avec des actions portées contre eux en leur qualité d'administrateurs, pour autant

de limiter, voire d'éliminer, la responsabilité financière des administrateurs non directeurs lorsqu'ils n'ont pas délibérément agi de mauvaise foi(440).

Parmi les aspects positifs de cette crise, on relèvera la participation accrue des administrateurs non directeurs dans un certain nombre de domaines touchant la société (qualité des produits et des services, relations avec les actionnaires et les employés, concurrence étrangère, nomination des nouveaux administrateurs, révision des rapports des contrôleurs, etc.)(441).

qu'ils satisfassent à certaines conditions.

La lettre (f) de l'art. 145 forme le troisième volet de l'amélioration de la situation des administrateurs. Il prévoit la possibilité pour la société de conclure une assurance en faveur des administrateurs pour tous les cas où l'indemnisation ne serait pas permise par la loi.

440) Cf. Enquête de Korn/Ferry International citée sous note (23), p. 2. Le 77% des CEO interrogés estiment que la loi du Delaware contribuera au moins partiellement à résorber cette crise.

441) *ibidem* et enquête de Heidrick & Struggles citée sous note (436), p. 1.

Comparaison de la situation de l'administrateur non directeur en Suisse et aux Etats-Unis

CHAPITRE 1: INTRODUCTION

Dans les deux pays, les véritables pouvoirs sociaux sont exercés par la direction sous la surveillance des administrateurs non directeurs. Les compétences de l'assemblée générale des actionnaires sont, dans la pratique, réduites à un minimum. Aux Etats-Unis, particulièrement, le très fréquent recours aux procurations a supplanté la tenue effective des assemblées générales.

Les principales distinctions à établir entre la situation des administrateurs non directeurs en Suisse et aux Etats-Unis touchent essentiellement à la forme.

En Suisse, la loi constitue la base fondamentale sur laquelle s'est développée la pratique de la délégation. Le Message du Conseil fédéral de 1928 prévoyait déjà la nécessité pour le conseil d'administration de déléguer une large partie de la gestion à la direction, notamment lorsque la taille de l'entreprise le requiert, lorsque les affaires sont très nombreuses et compliquées et lorsque des compétences techniques s'avèrent nécessaires (1). Le législateur suisse s'est voulu particulièrement souple pour permettre à chaque société de s'organiser en fonction de ses besoins.

La souplesse même de la loi a posé le problème des limites de la délégation. Certains milieux ont jugé nécessaire de faire marche arrière, d'où les modifications proposées par le projet de loi, à la fois plus restrictif et plus précis que la réglementation légale actuelle.

A la différence de la Suisse, ce sont les réalités pratiques qui ont façonné les divers aspects de la délégation aux Etats-Unis. Les administrateurs non directeurs sont une pure création de la pratique. La jurisprudence a précisé l'étendue et les limites de la délégation. Parfois, la loi a timidement fini par évoquer la possibilité de recourir à la délégation.

Dans les faits, sur le plan des attributions, la situation des administrateurs en Suisse ressemble à celle de leurs pairs aux Etats-Unis. Une réserve s'impose toutefois: sous les pressions de divers milieux, les administrateurs non directeurs américains se sont sentis contraints de surveiller la gestion avec beaucoup plus d'attention que leurs pairs suisses. Leur sens des responsabilités s'est largement

1) Cf. partie suisse, note (313).

accru, dissipant en partie le malaise entourant la légitimité des organes exerçant les pouvoirs sociaux.

Il sied de relever également une différence de mentalité, dont l'impact sur l'étude des administrateurs non directeurs n'est pas négligeable. De nombreuses enquêtes, interviews, sondages donnent aux Etats-Unis tous les renseignements souhaitables sur les divers membres du conseil d'administration et sur les administrateurs non directeurs en particulier. Ces informations fourmillent de détails les plus inattendus. En Suisse par contre, la seule source d'information accessible au public, le rapport de gestion, se contente de mentionner les nom et qualité des divers administrateurs. Aux Etats-Unis, la critique est permise, voire voulue. En Suisse le plus grand secret entoure la personnalité et les activités des administrateurs non directeurs. Les sociétés refusent de divulguer leur règlement même partiellement. Toute remise en question est considérée comme indésirable.

CHAPITRE 2: ORGANISATION DE L'ADMINISTRATION ET ESPECES D'ADMINISTRATEURS

Dans les deux pays, l'administration est de type unitaire par opposition au système dualiste connu de certains pays européens(2). A l'intérieur de ce cadre, dans aucun des deux pays l'organisation ne suit des règles strictes: elle est déterminée par les besoins individuels.

La principale caractéristique commune aux deux pays consiste en la délimitation nette établie sur le plan des attributions entre administrateurs non directeurs et directeurs. Quelle que soit leur dénomination, les administrateurs directeurs gèrent effectivement la société alors que, fondamentalement, les administrateurs non directeurs surveillent la gestion. Les uns et les autres exercent respectivement les mêmes pouvoirs en Suisse et aux Etats-Unis.

Les deux espèces d'administrateurs peuvent à leur tour être subdivisées(3). Elles le sont, en Suisse, essentiellement sur la base de la loi, aux Etats-Unis, en fonction de la pratique.

2) Cf. partie suisse 2.1.

3) Cf. parties suisse et américaine 2.2.

CHAPITRE 3: REPRESENTATION D'INTERETS AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Dans les deux pays, la représentation d'intérêts au sein du conseil d'administration est essentiellement assurée par les administrateurs non directeurs, du fait de leur distance par rapport à la société.

Alors que le droit suisse laisse clairement entendre que les administrateurs représentent les intérêts de la société(4), les lois américaines évoquent le plus souvent les intérêts des actionnaires et de la société; la doctrine américaine quant à elle, se réfère plutôt aux intérêts des actionnaires(5). Cette distinction est toute théorique si l'on admet que les intérêts de l'ensemble des actionnaires se confondent avec ceux de la société. Or, lorsque la loi ou la doctrine, aux Etats-Unis, mentionne les intérêts des actionnaires, il s'agit toujours de tous les actionnaires, ce que souligne très clairement l'"American Bar Association" en se référant aux "interests of the shareholders as a group as the owners of the enterprise"(6). En Suisse les intérêts de la société coïncident pour une large partie de la doctrine avec les intérêts des actionnaires(7).

La loi suisse offre en outre la particularité de prévoir la représentation de trois types d'intérêts spéciaux:

- la représentation d'une personne morale par un administrateur (art. 707 CO);
- la représentation d'un groupe d'actionnaires (art. 708 al. 4 CO);
- la représentation d'une corporation de droit public (art. 762 CO).

Dans la pratique, les administrateurs non directeurs de sociétés suisses tiennent volontairement compte des multiples intérêts mis en jeu par les activités de la société (collectivité publique, ensemble des travailleurs, créanciers, fournisseurs, clients, autorités publiques)(8). Dans la majorité des cas, les administrateurs non directeurs des deux pays procèdent à une pesée des divers intérêts pouvant entrer en considération. Lors de cette appréciation, ils accordent inévitablement un certain poids aux intérêts de l'actionnaire majoritaire, sans toutefois les faire prévaloir systématiquement.

Outre la représentation habituelle des intérêts des actionnaires majoritaires et des banques, les administrateurs non directeurs des sociétés américaines sont parfois soumis à des pressions plus contraignantes que leurs pairs suisses

4) Cf. partie suisse 3.1.1.

5) Cf. partie américaine 3.1.

6) Cf. partie américaine note (78).

7) Cf. partie suisse 3.1.1.

8) Cf. partie suisse 3.1.2.1.

s'agissant d'intérêts spéciaux. En effet, les statuts de quelques sociétés prévoient qu'ils sont responsables également à l'égard de toutes les entités ayant un intérêt dans l'entreprise(9). En outre plusieurs sociétés américaines ont créé en leur sein des commissions composées d'administrateurs non directeurs chargées d'étudier les rapports de la société avec la collectivité publique(10).

Il convient de noter qu'aucun des deux pays ne connaît le système de la participation des travailleurs à la gestion et/ou à la surveillance de la société.

CHAPITRE 4: DELEGATION

4.0 Introduction

Alors que la délégation a fait couler beaucoup d'encre en Suisse, les Etats-Unis n'y accordent pas une attention particulière. L'accent est mis plutôt sur la sensibilisation des administrateurs non directeurs aux activités de la société que sur l'étendue, les limites et les effets de la délégation. Certes d'importants auteurs, dont Fletcher(11) ont consacré plusieurs pages de leur oeuvre à la délégation. Cependant, contrairement à la situation rencontrée en Suisse, les opinions doctrinales ne sont pas tranchées. Ce sont les (ponctuelles) décisions étatiques, parfois dénuées d'harmonie, qui contribuent au développement de la théorie de la délégation.

4.1 Définition/notion

A notre connaissance, il n'existe dans aucun des deux pays une définition officielle de la délégation. Par contre, suffisamment d'éléments permettent dans les deux cas de circonscrire la notion de délégation(12).

Dans les deux pays, on entend par "délégation" le transfert des tâches de gestion et/ou de représentation attribuées originellement au conseil d'administration, à un ou plusieurs membres du conseil et/ou à des dirigeants de la société, voire (aux Etats-Unis) à des personnes étrangères à la société.

Si le cercle des délégués est clairement délimité par la loi en Suisse (administrateur(s) et/ou directeur(s), art. 717 al. 2 CO), la jurisprudence et la doctrine

9) Cf. partie américaine 3.2.4.

10) Ibidem.

11) Vol. II, sect. 494 et ss.

12) Cf. partie suisse 4.1 et partie américaine 4.1.1.

américaines admettent en outre que des personnes étrangères à la société exercent les pouvoirs délégués par le conseil d'administration, au moins pour une période de temps déterminée(13).

4.2 Développement et causes de la délégation

Dans les deux pays, le développement de la délégation a suivi le même cours naturel. Au sein des grandes sociétés, le conseil d'administration s'est vu contraint d'abandonner la plus grande partie des tâches que la loi lui a originairement assignées. En Suisse et aux Etats-Unis, le recours à la délégation a répondu aux mêmes besoins(14).

4.3 Base juridique de la délégation

En Suisse, la délégation est valable si elle est autorisée par les statuts ou par le règlement (art. 717 al. 2 CO)(15). Les lois américaines ne prévoient en principe pas la possibilité générale de déléguer. Seuls certains aspects de la délégation sont mentionnés dans la loi. La délégation à des commissions trouve fréquemment une base légale, de même que la possibilité de se fier aux informations fournies par des tiers(16).

Du fait du fort impact de la coutume et de l'extensive jurisprudence en matière de délégation, les Etats-Unis n'ont souvent pas jugé nécessaire de prévoir expressément la possibilité de déléguer. Certains auteurs insistent sur la *faculté implicite* de déléguer(17). Selon eux, aucune procédure n'est nécessaire pour que la délégation soit valable(18).

Le projet de loi du Conseil fédéral accroît les exigences en matière de délégation(19). Ainsi en va-t-il du RMBCA de 1984, premier texte américain à régler

13) Cf. Fletcher, vol. II, sect. 496 et jurisprudence citée sous note 5 de la section 496 précitée.

14) Cf. partie suisse 4.2.2 et partie américaine 4.2.

15) Cf. partie suisse 4.3.

16) Cf. partie américaine 4.3.

17) Not. Fletcher, vol. II sect. 495.

18) Ibidem sect. 600.

19) Cf. partie suisse 4.6. Notamment en prévoyant que la délégation n'est valable que si elle:
- est basée sur les statuts,
- intervient en conformité du règlement d'organisation que le conseil d'administration est chargé d'établir.

de manière assez complète le problème de la délégation en ce qui concerne les commissions du conseil d'administration(20).

Ces exigences supplémentaires des deux pays reflètent l'importance donnée à la décision du conseil d'administration en cette matière.

4.4 Etendue de la liberté de déléguer

Situation actuelle

Dans aucun des deux pays l'étendue de la liberté de déléguer n'est déterminée par la loi.

Contrairement à la doctrine suisse, aux opinions les plus variées, la doctrine américaine ne s'est pas prononcée de manière tranchée sur ce point.

Si, de la synthèse des positions doctrinales en Suisse, trois devoirs apparaissent comme inaliénables(21), la doctrine et la jurisprudence américaines ne permettent pas de dégager avec autant de clarté les tâches indéléguables du conseil d'administration. Certes, l'une et l'autre donnent des points de repère, indiquent quelques limites à ne pas franchir(22).

Situation future possible

Destiné à servir de modèle aux lois étatiques, le RMBCA, pour la première fois, fixe en sa section 8.25 les limites de la délégation à une commission du conseil d'administration (et, a fortiori, à un seul délégué).

Comme le Conseil fédéral dans son projet de loi(23), l'"American Bar Association" a cherché à limiter la délégabilité à un groupe de huit tâches(24). Ces diverses attributions ne se recoupent pas; chacun des deux droits accorde la priorité à des domaines bien définis. En particulier, le RMBCA n'énumère au rang des attributions inaliénables, ni la nomination des délégués, ni les instructions à leur donner, ni la surveillance des délégués. La doctrine la plus récente cependant considère la surveillance ("monitoring") comme la tâche essentielle des administrateurs non directeurs(25).

20) Section 8.25.

21) La nomination des délégués, les instructions à leur donner et leur surveillance.

22) Cf. partie américaine, 4.4.

23) Cf. partie suisse 4.6.

24) Cf. partie américaine 4.4.

25) Cf. partie américaine 2.2.3.4.2.

Dans tous les cas, la tendance à réduire à un minimum les tâches indéléguables est particulièrement frappante. Elle va dans le sens proposé par ce travail(26), même si de sérieuses divergences subsistent entre ces propositions, le projet de loi et le RMBCA.

4.5 Effets de la délégation

Situation actuelle

Les deux droits diffèrent singulièrement sur ce point. Une délégation valable en Suisse entraîne l'exonération de responsabilité des délégués en ce qui concerne les tâches déléguées et la création de trois nouveaux devoirs(27). Aux Etats-Unis, une délégation valable n'entraîne l'exonération de responsabilité des délégués que si ces derniers se sont en outre conformés au devoir général de diligence défini, selon les cas, par la loi applicable ou le juge.

En réalité, les deux droits diffèrent plus sur l'approche des problèmes de responsabilité que sur le résultat final. En effet, sous l'empire du droit suisse actuel, les administrateurs non directeurs sont tenus de remplir avec diligence leurs trois attributions considérées comme inaliénables par la doctrine. En vertu du droit américain actuel, encore vague sur ce point, c'est au regard du devoir de diligence que seront examinés les effets de la délégation de compétences. En d'autres termes, si les administrateurs non directeurs ont procédé à la délégation dans le respect du devoir de diligence, la délégation exercera le même effet d'exonération qu'en droit suisse.

Situation future possible

Le RMBCA fait très clairement ressortir que la base de responsabilité des administrateurs non directeurs découle uniquement de la violation du devoir de diligence décrit à la section §.30(28) (devoir, il est vrai appliqué à l'ensemble de son comportement): la délégation est considérée comme pleinement valable si elle est intervenue en conformité du devoir de diligence(29). Une telle délégation rend automatique l'exonération de responsabilité de l'intéressé(30).

Dans son projet de loi, le Conseil fédéral accorde également un rôle important au devoir de diligence en exigeant des administrateurs non directeurs la preuve qu'ils ont pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance toutes les

26) Cf. partie suisse 4.5.

27) Cf. infra note (21).

28) Cf. partie américaine 4.1.2.

29) Ibidem.

30) Ibidem.

précautions commandées par les circonstances⁽³¹⁾. Les effets d'exonération de responsabilité ne sont toutefois pas automatiques. L'administrateur défendeur dans le cadre d'un procès en responsabilité doit, pour être libéré de toute responsabilité, prouver qu'il a choisi, instruit et surveillé les délégués de manière diligente.

Aux Etats-Unis, c'est *l'ensemble du comportement* de l'intéressé (dont le bien-fondé de sa décision de procéder à une délégation), dans des circonstances données, qui doit être conforme au devoir de diligence. En Suisse, le projet de loi semble limiter l'application de ce devoir au choix, à l'instruction et à la surveillance des délégués.

CHAPITRE 5: DEVOIRS DE FIDELITE ET DE DILIGENCE

La réglementation de ces devoirs est du ressort du droit étatique aux Etats-Unis et du droit fédéral en Suisse.

Contrairement à la situation rencontrée en Suisse, les administrateurs non directeurs constituent la principale cible de critiques et d'actions ayant trait à la violation de ces devoirs.

Malgré les nombreuses manifestations du devoir de fidélité, les cas les plus fréquents de violation de ce devoir sont quasi identiques en Suisse et aux Etats-Unis⁽³²⁾.

Par contre, l'approche des deux pays en ce qui concerne le devoir de diligence se distingue sur plusieurs points. La principale distinction a été évoquée ci-dessus dans la section 4.5. Par ailleurs, les Etats-Unis connaissent une théorie tout à fait particulière rattachée au devoir de diligence: le "Business Judgment Rule" (BJR)⁽³³⁾.

L'application du BJR permet d'exonérer de sa responsabilité un administrateur non directeur qui ne se serait pas conformé au devoir de diligence mais qui aurait agi loyalement dans le cadre de ses compétences. Objet d'une jurisprudence extensive, le BJR a suscité un regain d'intérêt ces dernières années.

31) Cf. partie suisse 7.5.1 et notes (478) et (479).

32) Cf. partie suisse et partie américaine 5.2.

33) Cf. partie américaine 5.3.3.

CHAPITRE 6: RAPPORTS ENTRE LES ADMINISTRATEURS NON DIRECTEURS ET LES AUTRES ORGANES SOCIAUX

6.1 Rapports entre administrateurs non directeurs et assemblée générale

De par la loi, l'assemblée générale exerce en Suisse un certain nombre de tâches de surveillance qui placent les administrateurs non directeurs dans un rapport de dépendance plus ou moins directe à son égard(34). Les administrateurs non directeurs sont en outre tenus implicitement de fournir à l'assemblée générale les informations nécessaires et adéquates.

Cette dépendance ne se retrouve pas aux Etats-Unis où les rapports des administrateurs non directeurs et de l'assemblée générale se réduisent à la nomination (théorique) des administrateurs par les actionnaires et aux communications que le conseil d'administration est tenu de faire aux actionnaires(35). Même le rôle croissant joué par les administrateurs non directeurs en matière d'offre hostile d'achat d'actions(36) et d'action dérivative(37) n'est pas propre à créer la dépendance (même théorique) existant en Suisse.

6.2 Rapports entre les administrateurs non directeurs et l'organe (et les formes dérivées) de contrôle

Contrairement à la situation rencontrée aux Etats-Unis, les rapports des administrateurs non directeurs avec les contrôleurs en Suisse sont très limités(38). Ils se bornent, le cas échéant, à la mise en relief par les contrôleurs de divers points méritant une attention spéciale des administrateurs non directeurs et à certaines explications de la part des contrôleurs. En outre, les administrateurs non directeurs veillent à ce que les contrôleurs reçoivent les informations nécessaires et adéquates.

Les rapports des administrateurs non directeurs et des experts-comptables étrangers à la gestion de la société (art. 723 CO) sont plus étroits(39). Les constatations de ces experts constituent à la fois un guide précieux et une

34) Cf. partie suisse 6.1.

35) Cf. partie américaine 6.1.

36) Cf. partie américaine 10.2.3.

37) Cf. partie américaine 10.2.1.

38) Cf. partie suisse 6.2.

39) Cf. partie suisse 6.2.2.

charge pour les administrateurs non directeurs qui ne peuvent exciper de leur ignorance d'une situation donnée évoquée dans le rapport des experts.

Quant aux rapports des administrateurs non directeurs et des réviseurs des comptes de groupe (art. 731 du projet de loi), ils sont quasi inexistant(40).

Aux Etats-Unis, les administrateurs membres des commissions de contrôle sont étroitement liés aux contrôleurs aussi bien internes qu'externes(41). Un travail intense réunit les uns et les autres dans le cadre d'une collaboration sans limites définies. Ces divers contacts permettent aux administrateurs non directeurs de s'assurer que la situation financière de la société, le résultat de ses activités et ses perspectives à court et à long terme sont communiqués, d'une manière conforme à la vérité, à tous les intéressés.

6.3 Rapports entre les administrateurs non directeurs et les délégués (Suisse) / les administrateurs directeurs et le CEO (Etats-Unis)

D'une manière générale, ces rapports se situent sur le plan de la haute direction (au moins en Suisse) et de la haute surveillance (dans les deux pays).

Plus l'intervention de l'assemblée générale dans la procédure de nomination et de délégation de compétences est grande, moins étroite sera la dépendance des délégués par rapport aux administrateurs(42). Il sied toutefois de relever que, dans les deux pays, l'intervention de l'assemblée générale dans ces domaines ressort plutôt à la théorie, surtout aux Etats-Unis.

Les rapports des administrateurs non directeurs et du CEO sont comparables aux rapports des administrateurs non directeurs, en Suisse, avec l'administrateur-délégué ou le président du conseil d'administration qui détiendrait de vastes compétences. Dans les deux cas, les administrateurs non directeurs (avec leurs pairs directeurs) nomment l'intéressé, lui délèguent les attributions aliénables, évaluent ses compétences, renvoient et approuvent les objectifs et stratégies proposés par l'intéressé, surveillent le fonctionnement des affaires sociales menées par ce dernier(43).

40) Cf. partie suisse 6.2.3.

41) Cf. partie américaine 6.2 et 9.2.4.6.1.

42) Cf. not. partie suisse 6.3.1 à comp. avec 6.3.2.

43) Comp. partie suisse 6.3 et partie américaine 6.3 et 6.4.

CHAPITRE 7: RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATEUR NON DIRECTEUR

7.1 Illicéité

En Suisse, comme aux Etats-Unis, la responsabilité des administrateurs non directeurs ne peut être engagée que dans deux cas:

- lorsqu'il y a illicéité de la délégation;
- lorsqu'il y a violation du devoir de diligence (et de fidélité) d'une manière générale aux Etats-Unis, dans le cadre des attributions inaliénables, en Suisse.

7.1.1 Illicéité de la délégation

Le caractère illicite de la délégation résulte d'une violation du droit: il y a absence de base juridique(44) ou délégation de tâches inaliénables(45).

7.1.1.1 Illicéité résultant de l'absence de base juridique

Si l'absence de base juridique entraîne per se l'illicéité de la délégation en Suisse (effet accentué par le projet de loi), il n'en va pas de même aux Etats-Unis où l'autorisation de déléguer est souvent implicite(46).

7.1.1.2 Illicéité de la délégation de tâches inaliénables

L'énumération exhaustive des attributions absolument inaliénables (trois selon la doctrine quasi unanime et huit selon le projet de loi) facilite la mise en cause de la responsabilité des administrateurs non directeurs en Suisse.

La situation plus floue ayant prévalu jusqu'alors aux Etats-Unis n'offrait pas les mêmes avantages. En énumérant à son tour huit groupes d'attributions inaliénables, le RMBCA tend à établir une situation comparable à celle de la Suisse.

44) Cf. parties suisse et américaine 4.3.

45) Cf. parties suisse 4.5 et américaine 4.4 et 4.5.

46) Cf. *infra* note (17).

7.1.2 Illicéité dans le cadre de la délégation autorisée

Les administrateurs non directeurs de sociétés suisses et américaines commettent un acte illicite lorsqu'ils violent leur(s) devoir(s) de diligence et/ou de fidélité dans l'accomplissement de leurs attributions inaliénables(47).

7.2 Solidarité

En droit suisse, la responsabilité solidaire des administrateurs non directeurs est engagée lorsque, par leur faute et leur acte illicite, ils ont provoqué, concurremment avec des tiers, un dommage en rapport de causalité adéquate, même partielle, avec les actes répréhensibles(48).

Similairement, aux Etats-Unis, toutes les personnes ayant causé, par leur faute et leur acte illicite, un acte dommageable en rapport de causalité avec leur comportement répréhensible sont responsables solidairement ("jointly and severally") du dommage causé(49).

En Suisse, le projet de loi du Conseil fédéral semble admettre la réduction de la responsabilité des administrateurs non directeurs, voire supprimer le principe même d'une telle responsabilité, lorsque leur faute s'avère minime(50). Pareille réglementation n'a pas son pendant aux Etats-Unis.

7.3 Recours Interne

Il est prévu par l'art. 759 al. 2 CO en Suisse et par les lois de la moitié des Etats d'Amérique sous le nom de "contribution". En outre, dans d'autres Etats d'Amérique, les tribunaux accordent souvent la possibilité d'interjeter un recours interne.

47) Cf. partie suisse 7.2.3 et partie américaine 7.2.5.3.

48) Cf. partie suisse 7.4.1.

49) Cf. partie américaine 7.2.6.

50) Cf. partie suisse 7.4.3 in fine.

CHAPITRE 8: MOUVEMENTS DE REFORME

8.1 Situation en Suisse

Des initiatives surtout privées ont conduit le Conseil fédéral à modifier la partie consacrée à la délégation et à son corollaire la responsabilité, lors de la révision du droit de la société anonyme. La forme et le but de ces initiatives n'ont pas été rendus publics, seul l'est le résultat(51).

Le projet de loi trace clairement la limite entre attributions déléguables et indéléguables.

En cas de délégation licite, les administrateurs non directeurs répondent du dommage causé par les délégués "à moins qu'il(s) ne prouve(nt) avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance toutes les précautions commandées par les circonstances"(52).

Du fait qu'en règle générale les sociétés créées sous l'empire du droit suisse refusent de divulguer le contenu de leurs règlements, les mesures éventuellement prises au niveau privé pour remédier aux lacunes du droit actuel en matière de délégation ne parviennent pas à la connaissance du public.

8.2 Situation aux Etats-Unis

De récentes banqueroutes spectaculaires, ainsi que des paiements illégaux effectués par un nombre considérable de sociétés ont suscité la remise en question de la légitimité des pouvoirs détenus par les organes sociaux et notamment des administrateurs non directeurs(53). Les critiques ont fusé de toutes parts. De nombreuses modifications ont été proposées(54). Face au danger présenté par les interventions accrues des agences gouvernementales dans leurs affaires internes, les sociétés ont réagi promptement en déployant l'éventail des moyens à leur disposition.

Les principaux objets de réforme touchent à la nomination des administrateurs non directeurs par des commissions indépendantes, à l'information très complète fournie aux administrateurs non directeurs, à l'allocation d'une rémunération correspondant aux responsabilités et travail effectifs et surtout à la création de

51) Cf. partie suisse 7.5.1.

52) Art. 754 al. 2 du projet de loi.

53) Cf. partie américaine 8.1.

54) Cf. partie américaine 8.2.

nombreuses commissions du conseil d'administration, formées en majorité d'administrateurs non directeurs, chargées de tâches particulières(55).

Dans la vague de sensibilisation des administrateurs non directeurs à leurs responsabilités, est apparue l'utilité de recourir à cette espèce d'administrateur pour remplir certaines tâches bien précises sur les plans aussi bien interne qu'externe(56).

Parmi les "nouvelles" attributions sur le plan interne figurent celles que la quasi-unanimité de la doctrine suisse considère depuis longtemps comme absolument inaliénables, soit la nomination (révocation) des personnes chargées de la gestion, les instructions à donner à ces personnes et la surveillance de leurs activités.

En matière externe, les administrateurs non directeurs sont appelés à jouer un rôle toujours plus important dans le cadre des actions dérivatives, des fusions, des offres hostiles d'achat d'actions, soit principalement des domaines mettant en jeu les intérêts des actionnaires.

L'amplification ainsi décrite du rôle des administrateurs non directeurs est inconnue en Suisse.

Ces mouvements ont conduit l'American Bar Association à réviser son MBCA et notamment la partie relative à la délégation à des commissions, au devoir de diligence ainsi qu'à son corollaire, la responsabilité des administrateurs non directeurs.

Selon le RMBCA, un certain nombre de tâches sont indélégables à des commissions (et a fortiori à un seul délégué). En cas de délégation même licite, les administrateurs non directeurs ne sont exonérés de leur responsabilité que s'ils se sont conformés au devoir de diligence évoqué à la section 8.30 RMBCA.

8.3 Conclusions

Si les mouvements de réforme ont, en Suisse, passé quasi inaperçus et, aux Etats-Unis, soulevé les passions, les solutions proposées par le projet de loi du Conseil fédéral et par le RMBCA se rejoignent.

55) Cf. partie américaine chapitre 9.

56) Cf. partie américaine chapitre 10.

Bibliographie relative à la partie suisse

- ADER, Emmanuel, *L'analyse stratégique moderne et ses outils*, Futuribles, décembre 1983, p. 6 et ss.
- ALBERS-SCHÖNBERG, Max, *Haftungsverhältnisse im Konzern*. Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Vol. 44, Zurich 1980.
- ALLEMANN, Fridolin, *Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der Aktiengesellschaft*, (thèse Zurich 1950), Zurich 1951.
- BÄR, Hans J., *Der Verwaltungsrat der herrschenden bzw. der abhängigen Gesellschaft im Konzern - aus der Sicht eines Praktikers*, dans "Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG", Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Vol. 29, p. 95 et ss, Zurich 1978.
- BÄR, Rolf, *Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft*, dans RSJB 95, p. 369 et ss (1959), cité "Minderheitenschutz".
- Aktuelle Fragen des Aktienrechts*, RDS 1966 II, p. 321 et ss spéc. p. 514 et ss.
- Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft. Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen*, dans RSJB, p. 457 et ss (1970), cité "Verantwortlichkeit".
- BECKER, H., *(Berner) Kommentar, zum schweizerischen Obligationenrecht*, Art. 1-183, Berne 1941.
- BEGUIN, François, *La stratégie financière: alternatives possibles*, dans "Cahier de la recherche" No 2 de l'Association pour la recherche économique dans les petites et moyennes entreprises, 1983, p. 23 et ss.
- BERGIER, Jean, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, thèse Lausanne 1933.

- BIGGEL, Hans, *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 673 ff OR. 754 ff rev. OR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen und italienischen Rechts.* (thèse Zurich 1939), Zurich 1940.
- de BODINAT, Henri, *La segmentation stratégique*, Harvard-L'Expansion, printemps 1980, p. 95 et ss.
- de BODINAT, Henri/
MERCIER, Vincent, *L'analyse stratégique moderne*, Harvard-L'Expansion, hiver 1978/79, p. 102 et ss.
- BOIS, Philippe, *La participation*, Neuchâtel 1976.
- BODMER, Daniel/
KLEINER, Beat/
LUTZ, Benno, *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Zurich 1976/1981, cité "Bodmer/Kleiner/Lutz".
- BRUNNER, Max, *Wie kommt man den sogenannten Insider-Transaktionen bei?* SAS 48 (1976) p. 179 et ss.
- BURCKHARDT, Mathias, *Die Pflichten und die Verantwortlichkeit der Verwaltung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem, französischem und deutschem Recht.* thèse Bâle 1969 (dactylographiée).
- BUCHMANN, Peter, *Organisation der Verwaltungsräte in 20 der grössten Aktiengesellschaften in der Schweiz*, Berne/Stuttgart, 1976.
- BÜHLER, Max, *Vorwort*, dans *Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht", Vol. 29, p. 7 et ss, (Uzwil et) Zurich 1978.
- BÜRGI, Wolfhart F., *(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft*, Art. 660 et ss, Zurich 1957 et ss, not. Art. 698-738 CO, Zurich 1969.
- BÜRGI, Wolfhart F./
NORDMANN-
ZIMMERMANN Ursula, *(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft*, Art. 739-771, Zurich 1979.
- BURKI, Otto, *Pflichtprüfung und Verantwortlichkeit der Pflichtprüfer nach schweizerischem Bankgesetz und revidiertem Obligationenrecht*, thèse Zurich 1941.

- CHAMBRE SUISSE DES SOCIÉTÉS FIDUCIAIRES ET DES EXPERTS-COMPTABLES, *Revision partielle du droit des sociétés anonymes. Avant-projet de la Division fédérale de la justice de septembre 1975 - Prise de position de la Chambre - Résumé de diverses autres prises de position. Bibliographie, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Vol. 18, Zurich 1976.*
- COHEN, Michael, *Der Begriff der Bank im Schweizerischen Bankengesetz unter besonderer Berücksichtigung der Finanzgesellschaften, Zurich 1975.*
- CONTIN, Raphaël, *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, Recueil Dalloz et Sirey 1968, 1ère partie, Chronique VI, p. 45 et ss.*
- DALLEVES, Louis, *Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, dans RDS 1973 II, p. 558 et ss.*
- DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, *La responsabilité civile, 2ème édition, Berne 1982.*
- DÜGGELIN, Hans, *Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer AG, thèse Berne 1977.*
- DUPERREX, Emile, *Banques (Loi sur les). Fiches juridiques suisses N. 1333 à 1347, Genève 1973/1977.*
- EHRBAR, Max, *Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nach ungeschriebenem Recht, thèse Zurich 1941.*
- EIGENMANN, Ernst, *Das Reglement der Aktiengesellschaft, dans "Die AG in neuen OR", Cahier 11, Zurich 1952.*
- FEDER, E, *L'organe de contrôle dans la S.A. et le C.O. révisé, SAS 10 (1937/38), p. 85 et ss.*
- FEHR, Konrad, *Die zivilrechtliche Verantwortung des Verwaltungsrates im schweizerischen Aktienrecht, dans "Recueil de travaux suisses", 4ème Congrès International de Droit Comparé, p. 147 et ss, Genève 1954.*
- FELBER, Richard, *Die Direktion der AG, (thèse Zurich 1948), Strasbourg 1949.*

- FORSTMOSER, Peter, *Der Aktionär als Förderer des Gemeinwohls?*, RDS 1973 I. p. 1 et ss, cité "Gemeinwohl".
- Effektenhandel durch Insider*, SAS 35 (1973), p. 133 et ss.
- Strafrechtliche Erfassung von Insidermissbräuchen?*, SAS 49 (1977), p. 14 et ss.
- Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte*, dans *Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Vol. 29 p. 27 et ss, Zurich 1978.
- Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Vol. 30, Zurich 1978, cité "Forstmoser".
- FORSTMOSER, Peter/
MEIER-HAYOZ, Arthur, (avec la collaboration de Peter NOBEL), *Einführung in das schweizerische Aktienrecht*, 2ème édition, Berne 1980, cité "Forstmoser/Meier-Hayoz".
- FRICK, Emil, *Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft*, thèse Zurich 1953.
- FUNK, Fritz, *Kommentar des Obligationenrechtes*, Vol. 2, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.
- GAUTSCHI, Georg, *Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art*, dans RJS 45 (1949), p. 301 et ss.
- (*Berner*) *Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht*, Art. 394-406, Berne 1971.
- GEHRIGER, Pierre-Olivier, *Faktische Organe im Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Vol. 34, (thèse St-Gall), Zurich 1979.
- GOLDSCHMIDT, Robert, *Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts*, St-Gall 1937.

- GRANER, Paul, *Aufgaben und Pflichten der internen Kontrollstelle nach dem revidierten Obligationenrecht*, dans "Die AG im neuen OR", Cahier 3, Zurich 1939.
- von GREYERZ, Christoph, *Die Verwaltung in der privaten Aktiengesellschaft*, dans *Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Vol. 29, p. 57 et ss, Zurich 1978, cité "Verantwortung".
- Die Aktiengesellschaft*, Schweizerisches Privatrecht, tome VIII/2, p. 1 et ss, Bâle 1967, cité "Traité".
- GUHL, Theo, *La Société Anonyme*, Fiches Juridiques Suisses no 389 à 406, Genève 1953/54.
- GUTZWILLER, Max, *Grundsätzliches*, Schweizerisches Privatrecht, tome II, p. 425 et ss, Bâle 1967.
- HABERSTICH, J., *Manuel du Droit Fédéral des Obligations*, traduit par Ch. Gilliéron, Tome III, Moudon 1890.
- HANDELSKAMMER Deutschland-Schweiz, *Der Verwaltungsrat einer Schweizer Aktiengesellschaft, Vorstand und Aufsichtsrat einer Deutschen Aktiengesellschaft*, édition révisée octobre 1978.
- HAUSSMANN, Fritz, *Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht*, Mannheim/Berlin/Leipzig 1928.
- HEILBRUNN, Otto, *Die Auskunftspflicht der Verwaltung gegenüber der Kontrollstelle*, RJS 34 (1937/38), p. 263 et ss.
- HENGgeler, Josef et Emmy, *La responsabilité civile d'après la loi fédérale sur les banques et le nouveau droit fédéral des sociétés*, Edition française en collaboration avec Me Paul Lachenal, Zurich 1937.
- HERSCHSOHN, H., *Zum Handel mit Aktien seitens Mitglieder der Verwaltung*, SAS 44 (1972), p. 173 et ss.

HIRSCH, Alain,

L'organe de contrôle dans la société anonyme.
thèse Genève 1965, cité "organe de contrôle".

Problèmes actuels du droit de la société anonyme.
dans RDS 1966 II, p. 1 et ss, cité "problèmes
actuels".

*La responsabilité des administrateurs dans la
société anonyme.* Semaine Judiciaire 89 (1967),
p. 249 et ss, cité "administrateurs".

*La cession du contrôle d'une société anonyme:
responsabilité des administrateurs envers les
actionnaires,* dans "Lebendiges Aktienrecht",
Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart
Friedrich Bürgi, Zurich 1971, p. 173 et ss, cité
"cession du contrôle".

*La responsabilité de l'avocat, comme
administrateur de sociétés: aspects pratiques,*
dans "Bulletin de la Fédération Suisse des
Avocats", cahier 39, février 1973, p. 4 et ss, cité
"avocat".

HOFER, Hermann,

*Die Geschäftsführung der AG nach
schweizerischem und deutschem Recht unter
Mitberücksichtigung des Aufsichtsrates. Ein
Vergleich,* thèse Berne 1944.

HOFFMANN, Arthur,

Code fédéral des obligations. IIème Projet de loi
fédérale concernant la revision des Titres XXIV
à XXXIII du Code fédéral des obligations
(Projet au Département de justice et police du
(mois de) décembre 1923, Berne 1923.

Deuxième rapport sur la revision des Titres 24 à
33 du Code fédéral des obligations. Rapport
soumis au Département fédéral de justice et
police dans le courant du mois de décembre 1923
(Annexe au deuxième projet du mois de
décembre 1923), Berne 1923.

HOLZACH, Christoph,

*Der Ausschuss des Verwaltungsrates der
Aktiengesellschaft und die Haftungsverhältnis bei
verwaltungsinernen Delegationen. Das
Verhältnis von Art. 714 Abs. 2 zu Art. 717 OR,*
thèse Bâle 1960 (dactylographiée).

- HORBER, Felix, *Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, thèse Zurich 1986.
- HOTZ, Charles-Antoine, *La responsabilité civile des fondateurs de la SA*, thèse Neuchâtel 1945.
- HUBER Eugène, Code fédéral des Obligations, Projet de loi fédérale concernant la revision des Titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des obligations, Berne 1920.
- Rapport sur la revision des Titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations, présenté au Département de justice et police en mars 1920 (Annexe au projet de décembre 1919), Berne 1920.
- JÄGGI, Peter, *Ein Gerichtsurteil über den "abhängigen" (fiduziarischen Verwaltungsrat)*, RSJ 56 (1960), p. 1 et ss.
- JOLIDON, Pierre, *Action en annulation des décisions de l'assemblée générale. ou action en responsabilité contre les administrateurs?* dans "Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi", Zurich 1971, p. 213 et ss, cité "action en annulation?".
- KAESLIN, Theodor, *Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationenrecht*, thèse Berne 1941.
- KELLER, Theo, *Die Bankrevision in der Schweiz. Bankwirtschaftliche Forschungen*. Vol. 46, Berne/Stuttgart 1978.
- KEYNES, John M., *The end of Laissez-faire*, Londres 1927.
- KLEINER, Beat, *Die Organisation der grossen Aktiengesellschaft unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit*, dans SAS 50 (1978), p. 3 et ss, cité "article".
- Die Gesetzgebung über das Bankwesen in Bund und Kantonen*. Schriften zum Bankwesen, Vol. 4, 2ème édition, Zurich 1979, cité "Kleiner".

- KOCH, Markus
Benediktus, *Insiderwissen und Insiderinformationen in strafrechtlicher Sicht*, thèse Zurich 1979.
- KREDIETBANK, *La planification de l'entreprise*, Bulletin hebdomadaire no 25, 18 juin 1982.
- KRONSTEIN, Heinrich, *Die abhängige juristische Person*, München/Berlin/Leipzig 1931 (Réimpr. 1973).
- LANZ, Paul Ulrich, *Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrats*, thèse Bâle 1968 (dactylographiée), cité "Delegation".

Die Organisation der Verwaltung der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesetz und betrieblicher Notwendigkeit, dans SAS 42 (1970), p. 183 et ss, cité "Organisation".
- LEMAITRE, Nadine, *La culture d'entreprise, facteur de performance*, Revue Française de Gestion, septembre-octobre 1984, p. 153 et ss.
- LIPPERT, Hans-Dieter, *Überwachungspflicht, Informationsrecht und gesamtschuldnerische Haftung der Aufsichtrate nach dem Aktiengesetz 1965*, Frankfurt am Main 1976.
- LOCHER, Kurt, *Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht*, thèse Berne 1941.
- LUSTENBERGER, Thomas, *Die Verwaltung der Aktiengesellschaft und ihre Sorgfaltspflichten im englischen und schweizerischen Recht*, thèse Berne 1983.
- MALIK, Fredmund, *Systèmes de management*, dans "L'Information" de la Banque Populaire Suisse, No 78, 1981.
- MANDEL, Roland, *Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes*, thèse Bâle 1974.
- MARTINET, Alain, *Environnement et planification stratégique*, Revue Française de Gestion, janvier-février 1976, p. 109 et ss.

- MEIER-HAYOZ,
Arthur/
FORTSMOSER, Peter,
- MEIER-WEHRLI, Jörg,
- MESSAGE
- MESTMÄCKER, Ernst-
Joachim,
- MEYER, Kurt,
- MOHR, Jon Peder,
- MÜLLER, Christoph M.,
- MÖNZIGER, Walther,
- NENNINGER, John,
- NETTER, Oskar,
- Grundriss des schweizerischen
Gesellschaftsrechts*, 3ème édition, Berne 1978.
- Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer AG
bzw. einer Bank gemäss Art. 754 OR/41ff BkG*,
thèse Zurich 1968.
- du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à
l'appui du projet de loi revisant les Titres XXIV
à XXXIII du Code des obligations (du 21 février
1928), Berne 1928.
- Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Ak-
tionäre*, Karlsruhe 1958.
- Die rechtliche Stellung des Delegierten des
Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht*,
(thèse Zurich 1945), Wädenswil 1946.
- Mitbestimmung im Verwaltungsrat der
schweizerischen Aktiengesellschaft. Ein
Vorschlag*. SAS 41 (1973), p. 13 et ss, cité
"article".
- Die Abgrenzung der Befugnisse der
Generalversammlung und des Verwaltungsrates
der Aktiengesellschaft*, (thèse Zurich 1948),
Winterthur 1951.
- Die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer nach
schweizerischem Recht organisierten Bank*,
Bankwirtschaftliche Forschungen, Vol. 47,
Berne/Stuttgart 1978.
- Motifs du projet de Code de commerce suisse*,
traduit de l'allemand par Marc Dufraisse, Zurich
1865.
- Der Schutz der Minderheit in der
Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht*,
Bâle/Stuttgart 1974.
- Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmen
an sich"*, dans "Festschrift für Albert Pinner",
p. 507 et ss, Berlin/Leipzig 1932.

- NIGGLI, Adrian, *Die Aufsicht über die Verwaltung der Aktiengesellschaft im schweizerischen Recht*, thèse Soleure 1981.
- OFTINGER, Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Vol. I, partie générale, 4ème édition, Zurich 1975; Vol. II partie spéciale première moitié, 3ème édition, Zurich 1960 (Réimpr. 1970).
- OSER, Hugo/
SCHÖNENBERGER, Wilhelm, *(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Art. 1-183*, 2ème édition, Zurich 1929.
- PATRY, Robert, *Précis de droit suisse des sociétés, Vol. II: La société anonyme*, Les sociétés mixtes, Berne 1977.
- PEDRAZZINI, Mario, *Einteilungsreferat, dans Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Vol. 29, p. 11 et ss, Zurich 1978.
- PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne, *Droit des sociétés et groupes de sociétés. Responsabilité de l'actionnaire dominant, Retrait des actionnaires minoritaires*, Genève 1972.
- PETITPIERRE, Guido, *De la responsabilité civile des administrateurs dans les sociétés anonymes en droit suisse, anglais et italien*, (thèse Lausanne 1924), Paris 1925.
- PIPKORN, Joern, *Integrationswirkungen einer transnationalen Regelung der wirtschaftlichen Mitbestimmung im Statut für Europäische Aktiengesellschaften*, SAS 49 (1977), p. 37 et ss.
- PICENONI, Vito, *Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit. Ein Beitrag zur Frage des "abhängigen" Verwaltungsrats*, dans RSJ 51 (1955), p. 321 et ss.
- von PLANTA, Andreas, *Die Haftung des Hauptaktionärs*, Basler Studien zur Rechtswirtschaft, Bâle 1981.
- PLÜSS, Martin, *Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern*, thèse St-Gall 1977.

- PROCES-VERBAL de la commission d'experts sur la révision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des obligations, Berne 1928.
- QUAZZA, Jean-Pierre, *Les scénarii d'entreprise*. Revue Française de Gestion, septembre-octobre 1984, p. 52 et ss.
- RATHENAU, Walther, *Vom Aktienwesen - Eine geschäftliche Betrachtung*, Jena 1917.
- REYMOND, Jacques-André, *Délégation et responsabilité en matière de gestion - Le règlement d'organisation du projet de révision*. SAS 56 (1984), p. 112 et ss.
- ROSSEL, Virgile, *Manuel du droit fédéral des obligations. Code fédéral des obligations et lois spéciales s'y rattachant*, 1ère édition, Lausanne 1892.
- SCHETT, Alfred, *Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer AG bei der Durchführung der ordentliche GV*. Reihe Handels- und Wirtschaftsrecht, Vol. 9, (thèse Zurich), Dissenhofen 1977.
- SCHIESS, Maya, *Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs*. Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Vol. 31, thèse Zurich 1978.
- SCHLUEP, Walter René, *Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht*, thèse St-Gall 1955, cité "wohlerworbene Rechte".
- Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen*, SAS 33 (1960/61), p. 137-145, 170-180 et 188-199, cité "Schutz des Aktionärs".
- Rapports et communications de la Société suisse des juristes 1966, procès-verbal du 25 septembre 1966*. RDS 1966 II, p. 673 et ss.
- SCHÖNLE, Herbert, *La nouvelle législation sur les banques*, dans "Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève", No 35, p. 7 et ss, Genève 1972.

- SCHUCANY, Emil, *Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates*, SAS 26 (1953/54), p. 108 et ss, cité "Befugnisse der Generalversammlung".
- Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen" Verwaltungsrates*, SAS 27 (1954/55), p. 109 et ss, cité "Abhängigen Verwaltungsrates".
- Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht. 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft*, 2ème édition, Zurich 1960, cité "Schucany".
- Verantwortlichkeit wegen Absenz und Stimmenhaltung im Verwaltungsrat*, RSJ 60 (1964), p. 299 et 230, cité "Verantwortlichkeit".
- SCHUCANY, Giovanni, *Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft*, (thèse Zurich 1948), Zurich 1949.
- SCHULTHESS, Bernhard, *Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft*, thèse Zurich 1967.
- SCHULZ-DORNBURG, Stefan, *Die Verwaltung der Aktiengesellschaft in Deutschland und der Schweiz*, thèse Zurich 1966.
- SCHUSTER, Leo (éditeur), avec nombreuses contributions individuelles, *Schweizer Banken in der Welt von morgen*, Bankwirtschaftliche Forschungen, Vol. 25, Berne/Stuttgart 1975.
- SOCIETE FIDUCIAIRE SUISSE, *Le concept de la gestion des unités stratégiques (SEM), Marketing et gestion des unités stratégiques. Ressources humaines et gestion des unités stratégiques, L'application de la gestion des unités stratégiques*, dans "A propos", bulletin d'août 1983, p. 3 et ss.
- SPIRO, Karl, *Verwaltungsrat und Aktienbuch, Ein Beitrag zur Delegation von Kompetenzen und zur Stellung der Minderheit im Verwaltungsrat*, SAS 31 (1958/59), p. 1 et ss.

- STÄHELIN, Max, *Gedanken zur Organisation der Aktiengesellschaft*, dans "Festgabe zum 70. Geburtstag von Erwin Ruck", Bâle 1952, p. 249 et ss.
- von STEIGER, Fritz, *Der Verwaltungsrat und sein Präsident, Aufgaben und Befugnisse*, SAS 12 (1939/40), p. 1 et ss.
- Verwaltungsräte, die nicht im Handelsregister eingetragen sind*, SAS 15 (1942/43), p. 49 et ss, cité "Handelsregister".
- Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen" Verwaltungsrates*, SAS 27 (1954/55), p. 33 et ss, cité "abhängigen Verwaltungsrates".
- Le droit des sociétés anonymes en Suisse*. Lausanne 1973, réimpression 1976, cité "Fritz de Steiger".
- von STEIGER, Werner, *Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz*, RDS 1943, p. 195a et ss, cité "Rechtsverhältnisse".
- Über die Verantwortung des Hauptaktionärs*, dans *Ius et Lex*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Bâle 1959, p. 699 et ss, cité "Verantwortung".
- STEINER, E., *Die Vertretung öffentlich-rechtlicher Korporationen in Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften*. SAS 11 (1938/39), p. 180 et ss.
- STOFFEL, Armin, *Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischt-wirtschaftlichen Aktiengesellschaften*, (thèse St-Gall), Dissenhofen 1975.
- TAPPOLET, Klaus, *Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht*. thèse Zurich 1973.
- THALMANN, Anton, *Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft*, thèse Zurich 1975.
- THEVENET, Maurice, *La culture d'entreprise en neuf questions*, Revue Française de Gestion, septembre-octobre 1984, p. 7 et ss.

- von TUHR, Andreas et
Peter Hans, *Allgemeiner Teil des schweizerischen
Obligationenrechts*. Zurich 1979.
- ULRICH, Hans, *Die Unternehmung als produktives soziales
System*. Berne/Stuttgart 1970.
- Unternehmungspolitik*, Berne/Stuttgart 1978.
- VACHETTE, Jean-Luc, *Peut-on mettre en évidence la culture de
l'entreprise?* Revue Française de gestion,
septembre-octobre 1984, p. 74 et ss.
- VANCIL, Richard F., *Faut-il bâtir des plans exacts?* Harvard-
L'Expansion, automne 1976, p. 9 et ss.
- VISCHER, Frank, *Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der
Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG*, dans
Festgabe für Wilhelm Schönenberger. Fribourg
1968, p. 345 et ss, cité "Delegationsmöglichkeit".
- Zur Stellung und Verantwortung des
Verwaltungsrates in der Grossaktiengesellschaft*,
dans *Die Verantwortung des Verwaltungsrates
in der AG*, Schweizer Schriften zum Handels- und
Wirtschaftsrecht, Vol. 29, p. 71 et ss, Zurich
1978, cité "Verantwortung".
- VISCHER, Frank/
RAPP, Fritz, *Zur Neugestaltung des schweizerischen
Aktienrechts*. Berne 1968.
- VOGEL, Hans Albrecht, *Die Familienkapitalgesellschaften*. thèse Zurich
1974.
- WANDER, Jean, *Die Organe der Aktiengesellschaft und ihr
gegenseitiges Verhältnis nach deutschem,
französischem und schweizerischem Recht*. thèse
Berne 1958.
- WASER, Heinz, *Die Insiderregelung in der Bundesrepublik
Deutschland - Rezeptionsmodell für die
Schweiz?*, thèse Zurich 1981.
- WEISS, Gottfried, *Zum schweizerischen Aktienrecht*, dans
"Abhandlungen zum schweizerischen Recht",
Berne 1968.

- WIETHOELTER, Rudolf, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht.* Karlsruhe 1961.
- WIRZ, Edwin, *Effektenbörsen und Firmenpublizität.* thèse Zurich 1969.
- WOHLMANN, Herbert, *Die Treuepflicht des Aktionärs, Die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf den Aktionär,* thèse Zurich 1968.
- WOLF, Elias, *Die Stellung der Verwaltungsrates und des Aktionärs bei Interessenkollisionen mit der Aktiengesellschaft,* dans "Die AG im neuen OR", Cahier 2, Zurich 1938.
- WOLFERS, Arnold, *Die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Verwaltungsrat und Direktion,* (thèse Zurich), Aarau 1917.
- WYLER, Berthold, *Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle in der Aktiengesellschaft und der Aufsichtsstelle in der Kommanditaktiengesellschaft,* thèse Berne 1943.
- YAMULKI, Akram, *La responsabilité des administrateurs et des organes de gestion des sociétés anonymes. Essai d'une étude critique et comparative des droits français, belge, suisse et irakien.* thèse Genève 1964.
- ZELLWEGER, Hans Jakob, *Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG.* thèse Berne 1972.
- ZIMMERMANN, Harry, *Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG in Gesetzgebung und Praxis,* dans "Die AG im neuen OR", Cahier 9, Zurich 1946.

ZWEIFEL, Martin,

Holdinggesellschaft und Konzern. thèse Zurich 1973, cité "Zweifel".

Die Haftungsverhältnisse im faktischen Konzern infolge Schädigung der abhängigen Gesellschaft durch die herrschende Gesellschaft, dans Aspekte der Rechtsentwicklung. Zum 50. Geburtstag von Prof. A. Meier-Hayoz, p. 126 et ss, Zurich 1972, cité "Haftungsverhältnisse".

ZWISCHENBERICHT

des Präsidenten (D.H. Tschopp) und des Sekretärs (Dr. Chr. von Greyerz) der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechtes zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechtes, Lausanne/Berne 1972, cité "Zwischenbericht".

Bibliographie relative à la partie Etats-Unis

- ADVISORY
COMMITTEE
- on Corporate Disclosure to the Securities Exchange Commission, 95ème Congrès, 1ère session, Vol. 1, Washington D.C., 3 novembre 1977.
- AMERICAN BAR
ASSOCIATION,
- Section of Corporation, Banking and Business Law, *Corporate Director's Guidebook*, The Business Lawyer, Vol. 33, avril 1978, p. 1595 et ss, cité "ABA".
- AMERICAN
INSTITUTE OF
CERTIFIED PUBLIC
ACCDUNTANTS,
- An AICPA Requirement for Audit Committees: An Analysis of the Issues*. New York, 31 mars 1978.
- AMERICAN LAW
INSTITUTE,
- Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*. projet de codification, en cours.
- AMERICAN SOCIETY
OF CORPORATE
SECRETARIES,
- Corporate Director's Guidebook: Comments*, The Business Lawyer, Vol. 33, novembre 1977, p. 321 et ss.
- ANDREWS, Kenneth R.,
- The Roundtable Statement on Boards of Directors*, HBR septembre-octobre 1978, p. 24 et ss.
- APPLEY, Lawrence A.,
- Manning and Organization of the Board of Directors*, dans "The Chief Executive's Handbook", édité par John D. Glover et Gerald A. Simon, Homewood, Illinois 1976.

- BACON, Jeremy, *Informing Directors and Officers of Legal Do's and Don'ts*. CBRd, février 1968, p. 26 et ss.
- Directors under Pressures*. CBRd, 1972, p. 44 et ss.
- Corporate Boards do Change but Slowly*. CBRd, mars 1973, p. 39 et ss.
- Corporate Directorship Practices: Membership and Committees of the Board*. CBRt no 888, New York 1973, cité "Committees".
- BACON, J. et BROWN, James K., *Role, Selection and Legal Status of the Board*, CBRt no 646, New York 1975, cité "Role".
- The Board of Directors. Perspectives and Practices in Nine Countries*, CBRt no 728, New York 1977.
- Director's Update. The Board of Directors: Perspectives and Practices in Nine Countries*. Directors and Boards, printemps 1979, p. 1 et ss.
- BAKER, John C., *Directors and their Functions. A Preliminary Study*. New York 1973 (réimpression de l'édition de 1945).
- Are Corporate Executives Overpaid?*. HBR juillet-août 1977, p. 51 et ss.
- BALLANTINE, Henry W., *Cases and materials on Corporations*, 3ème éd., Chicago 1959.
- BARR, Joseph W., *The Role of the Professional Director*. HBR mai-juin 1976, p. 18 et ss.
- BERG, Sanford V., et SMITH, Stanley K., *CEO and Board Chairman: A Quantitative Study of Dual vs. Unitary Board Leadership*. Directors and Boards, printemps 1978, p. 34 et ss.
- BERGER, Robert O., Jr, et DONELSON, Gardfield J., *What Directors Need to Know and How to Get it to Them*, Financial Executive, 22 septembre 1974, p. 22 et ss.
- BERLE, Adolf A., et MEANS, Gardiner, *The Modern Corporation (1932)*, New York, édition révisée 1968.

- BIRDZELL, L.E. Jr, (revu par), *Constitutionalizing the Corporation: The Case for Federal Chartering of Giant Corporations* by Ralph Nader, Mark Green and Joel Seligman, *The Business Lawyer*, Vol. 32, novembre 1976, p. 317 et ss.
- BLOCK, Dennis J./
PRUSSIN, H. Adam, *The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Actions: Viva Zapata?*, *The Business Lawyer*, Vol. 37, août 1981, p. 1503 et ss, cité "Viva Zapata?".
- Termination of Derivative Suits Against Directors on Business Judgment Grounds: From Zapata to Aronson*, *The Business Lawyer*, Vol. 39, août 1984, p. 1503 et ss, cité "From Zapata to Aronson".
- BLOCK, Dennis J./
PRUSSIN, H. Adam/
WATCHEL, K. Bonnie, *Dismissal of Derivative Actions Under the Business Judgment Rule: Zapata One Year Later*, *The Business Lawyer*, Vol. 38, novembre 1983, p. 401 et ss, cité "Zapata One Year Later".
- BLOUGH, Roger, *The Outside Director at Work on the Board*. *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, Vol. 28, 3 mars 1973, p. 203 et ss.
- BLUMBERG, Phillip I., *Who Belongs on Corporate Boards?*, *Business and Society Review*, printemps 1973, p. 40 et ss.
- BOARDROOM
CONSULTANTS, INC., *The Director Speaks. The Result of a Survey*, New York 1977.
- BROOKS, Harvey/
LIEBMAN, Lance/
SCHELLING, Corinne
(éditeurs), *Public-Private Partnership*. Boston 1984.
- BROWN, Courtney C., *Putting the Corporate Board to Work*, New York, 1976.
- BROWN, James K., *The Board of Directors and its Work Routine*. CBRd, mars 1972, p. 36 et ss.
- BROWN, Lester B., *Why would anyone want to be a Corporate Director?*, *Management Review*, février 1973, p. 15 et ss.

- BRUDNEY, Victor, *The Independent Director - Heavenly City or Potemkin Village?* 95 Harv. L. Rev. (1981-1982), p. 597 et ss.
- BUSINESS LAWYER, *State Securities Regulation, The Business Lawyer*, Vol. 40, février 1985, p. 669 et ss.
- BUSINESS ROUNDTABLE, *The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly-Owned Corporation*. New York, janvier 1978 (cf. aussi "The Business Lawyer", Vol. 33, juillet 1978, p. 2089 et ss).
- Fair Information Practices. A time for Action*, New York 1978.
- CABOT, Louis W., *Management and the Director*. CBRd avril 1974, p. 50.
- On an effective Board*, HBR septembre-octobre 1976, p. 4 et ss.
- CAPLIN, Mortimer, *Outside Directors and Their Responsibilities: A Program for the Exercise of Due Care*, The Journal of Corporate Law, automne 1975, p. 57 et ss.
- CARY, William L., et EISENBERG, Melvin A., *Cases and Materials on Corporation*, Mineola, New York, 5ème éd. 1980 avec deux suppléments en 1983 et 1986.
- CASEY, William J., *Responsibilities and Liabilities in Corporate Life*. CBRd février 1972, p. 51 et ss.
- CHANOLER, Marvin, *It is Time to Clean up the Boardroom*. HBR septembre-octobre 1975, p. 73 et ss.
- CHOKA, Allen D., *The Corporate Directors and the Audit Committee*. Wilmette, Illinois, 1978.
- COHEN, Avery S., et LOEB, Ronald M., (Co-Présidents). *Duties and Responsibilities of Outside Directors*. New York 1977.
- (Editeurs). *Duties and Responsibilities of Outside Directors*, New York 1978.

- COMMITTEE ON
COMMERCE, *United States Senate, Corporate Rights and Responsibilities, 94ème Congrès, 2ème session, Washington D.C., juin 1976.*
- COMMITTEE ON
CORPORATE LAWS *of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, Revised Model Business Corporation Law. New York/Washington D.C., 1984.*
- Changes in the Model Business Corporation Act – Amendments Pertaining to Distributions, The Business Lawyer, Vol. 42, novembre 1986, p. 259 et ss.*
- CONARD, Alfred F., *Tender Offer Fraud: The Secret Meaning of Subsection 14(e), The Business Lawyer, Vol. 40, novembre 1984, p. 87 et ss.*
- CONARD, Alfred F./
KNAUSS, Robert L./
SIEGEL, Stanley, *Enterprise Organization. Mineola, New York, 4ème éd., 1987.*
- CONFERENCE BOARD, *Outside Directorships for Key Executives? More than Nine Companies in Ten Say "Yes". Record, New York 1965, p. 7 et ss.*
- The Chief Executive and his Job. Study in Personal Policy. Rapport no 214, New York 1969.*
- CONNOR, Joseph E., *The Foreign Corrupt Practices Act: Implications for Directors, matériel de travail pour une conférence organisée à New York le 7 juin 1979 par McGraw Hill Inc.*
- COONEY, Joan Ganz, *A Woman in the Boardroom. HBR janvier-février 1978, p. 77 et ss.*
- CORN, Ira G., Jr, *The Role of the Chairman of the Board, NACD Corporate Directors' Special Report Series, Vol. VI, Washington D.C. 1979.*
- CUMMINGS, Stephen I., *Outlook for Federal Regulation of Corporate Boardrooms. matériel pour une conférence organisée à Lichtfield Park, Arizona en mai 1978 par "The Consumer Credit Insurance", cité "Outlook".*

DELOITTE, HASKINS &
SELLS,

The Evolving Role of Audit Committees in the 1980s. New York 1980.

Evaluating the Internal Audit Function - Our Approach to External Reviews, New York 1982.

Audit Committees 1984. The Spotlight is on Financial Disclosures, New York 1984.

DIRECTORS AND
BOARDS,

The Journal of Corporate Action, Directors' update: *Interlocking Directorates Among Major US Corporations*, McLean, Virginia, automne 1978, p. 33 et ss.

DIRECTORSHIP,

Newsletters, Westport, Connecticut:

- novembre 1978: *Survey on Nominating Committees: What the Top 500 Corporations Think*, p. 1 et ss, cité "Survey on Nominating Committees".
- septembre 1979: *Committees and Their Responsibilities*, p. 1 et ss.

Significant Issues Facing Directors: 1984 & 1985, Westport, Connecticut, 1984 et 1985

DOUGLAS, William O.,
et BATES, Georges E.,

The Federal Securities Act of 1933. Yale L.J. 171, 1965, p. 195 et ss.

DRUCKER, Peter F.,

The Real Duties of a Director. Wall Street Journal, 1er juin 1978, p. 20.

EGAN, Jack,

Director's Liability is Up. Washington Post, 21 mars 1976, F1 et F10.

EISENBERG, Melvin A.,

Access to the Corporate Proxy Machinery. 83 Harv. L. Rev. (1970), p. 1499 et ss.

Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants. 63 Cal. Law Review (1975), p. 375 et ss, cité "Legal Models".

Corporate Legitimacy, Conduct and Governance - Two Models of the Corporation. 17 Creighton L. Rev. (1983-1984), p. 1 et ss, cité "Corporate Legitimacy".

- ESTES, Robert M., *Outside Directors: More Vulnerable Than Ever*, HBR janvier-février 1973, p. 107 et ss, cité "Outside Directors".
- The Case for Counsel to Outside Directors*, HBR juillet-août 1976, p. 125 et ss, cité "The Case for Counsel".
- The Emerging Solution to Corporate Governance*, HBR novembre-décembre 1977, p. 20 et ss, cité "Emerging Solution"
- ETUDES SUISSES DE DROIT EUROPEEN, Colloque international - L'avant-projet de loi fédérale sur les opérations d'initiés, Centre d'études juridiques européennes, Genève 1984.
- FEDERAL REGISTER, *SEC Shareholder Communications. Shareholder Participation in the Corporate Electoral Process and Corporate Governance Generally*, Partie III, Washington D.C., 14 décembre 1978.
- FERRERA, Ralph C., et GOLDFUS, Mark B., *Everything You Ever Wanted to Know About the Future of Federal Influence in Corporate Governance*, Washington D.C., 1978.
- FEUER, Mortimer, *Personal Liabilities of Corporate Officers and Directors*, Englewood Cliffs, New Jersey (1961), 2ème édition 1974.
- FINANCIAL, GOVERNMENT AND PUBLIC AFFAIRS, Disclosure Digest, Monthly Compendium of Relevant SEC Actions, Washington D.C., octobre 1977 à juillet 1979.
- FISCHEL, Daniel R., *The Business Judgment Rule and the Trans Union Case*, The Business Lawyer, Vol. 40, août 1985, p. 1437 et ss.
- FISCHER, David I., et BROWN, James K., *Some Consequences of Directors' Liability*, CBRd décembre 1970, p. 29 et ss.
- FLECHTER, William M., *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, édition révisée de manière permanente, chapitre II: "Directors, Officers, Agents", Vol. 2 et 2A, sections 265 à 785 (1982), Vol. 3, sections 786 à 1028 (1975), Vol. 4, sections 1029 à 1359 (1975).

- FLEISCHER, Arthur, Jr, *Tender Offers: Defenses, Responses and Planning*, 3 volumes, 2ème édition, Clifton, New Jersey, 1983.
- FORBES (revue) *Corporate Governance: New Heat on Outside Directors?*, 1er octobre 1977, p. 33 et ss.
- FRASER, Hughes, *The Importance of the Outside Director or Non-Executive Director*, *International Bar Journal*, mai 1972, p. 115 et ss.
- FREY, Alexander H./
CHOPER, Jesse H./
LEECH, Noyes E./
MORRIS, C. Robert, Jr, *Cases and Materials on Corporations*, Boston et Toronto, 2ème éd. 1977.
- FURLONG, James, *Labor in the Boardroom. The Peaceful Revolution*, Princeton, New Jersey, 1977.
- FUTTER, Victor, *Satisfying Corporate Accountability: The Roles of the Board, the Corporate Secretary, and the SEC Disclosure Rules*, NACD Monograph, Washington D.C., décembre 1979.
- GALBRAITH, John K., *The New Industrial State*, The New American Library, New York, 1968.
- GARRETT, Ray, *The SEC Study of Directors' Guidelines*, CBRd, juillet 1974, p. 57 et ss.
- GIBSON, George D.
(with Thomas J.
CAMPBELL), *Fundamental Law for Takeovers*, *The Business Lawyer*, Vol. 39, août 1984, p. 1551 et ss, cité "Takeovers".
- GILLIS, John C., *Responsibilities of Outside Directors*, *Financial Analysts Journal*, novembre-décembre 1975, p. 12 et ss.
- The Spotlight is on Outside Directors*, *Financial Analysts Journal*, mars-avril 1978, p. 18 et ss.
- GILLESPIES, S., *Hazard, Legal Protection for Directors*, CBRd 1972, p. 48 et ss.
- GOLDBERG, Arthur, *Debate on Outside Directors*, *New York Times*, 29 octobre 1972, F. 1.

- GOLDSTEIN, Elliott, *Future Articulation of Corporation Law. The Business Lawyer*, Vol. 39, août 1984, p. 1541 et ss.
- GOLDSTEIN, Elliott,/ HAMILTON, Robert W., *The Revised Model Business Corporation Act, The Business Lawyer*, Vol. 38, mai 1983, p. 1019 et ss.
- GREENE, Edward F./ JUNEWICZ, James J., *A Reappraisal of Current Regulation of Mergers and Acquisitions. U. Penn. L. Review*, 1983-1984 (2), p. 649 et ss.
- HALPERIN, Jack/ MAKENS, Hugh H., *Blue Sky Laws. State Regulation of Securities*, New York 1984.
- HAMILTON, Robert W., *Cases and Materials on Corporations*, St. Paul, Minnesota, 3ème éd., 1986.
- HANNAN, Richard D., *Board membership - Accept or Decline?*, HBR, mai-juin 1976, p. 24 et ss.
- HANSEN, Charles, *The ALI Corporate Governance Project: Of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule. A Commentary, The Business Lawyer*, Vol. 41, août 1986, p. 1237 et ss.
- HARRIS, LOUIS AND ASSOCIATES INC., *A Survey of the Outside Directors of major Publicly-Owned Corporations. A Summary*, New York, mai 1977.
- HARVARD LAW REVIEW, *Protecting Shareholders Against Partial and Two-Tiered Takeovers: The "Poison Pill" Preferred*, 97 Har. L.Rev. (1984), p. 1964 et ss.
- HAWES, Douglas W., et SHERRARD, J., *Model Act, Section 35 New Vigor for the Defense of Reliance on Counsel, The Business Lawyer*, Vol. 32, novembre 1976, p. 119 et ss.
- HAZEN, Thomas Lee, *The Law of Securities Regulation*, St. Paul, Minnesota 1985.

HEIDRICK AND
STRUGGLES INC.,

(entre autres) New York:

- *Profile of the European Chief Executive and His American Counterpart* (1969)
- *Profile of the Board of Directors* (1971)
- *Profile of a President* (1972)
- *Profile of the British Board of Directors* (1972)
- *Profile of The Bank Chief Executive in Great Britain* (1973)
- *Profile of a Chief Financial Officer* (1975)
- *Profile of a Chief International Officer* (1975)
- *Profile of the Chief Financial Officer in Great Britain and His American Counterpart* (1976)
- *The Changing Board* (1977, 1978 Update)
- *Director Data. Characteristics of Outside Directors* (juin 1978, avril 1979).

Director Data. The 1982 survey of the characteristics of newly elected board members and their board companies (1982).

CEO. Findings of a survey of the chief executive officer of America's largest industrial and service organizations (1984).

The Changing Board 1984. Profile of the Board of Directors (1984).

The Changing Board (1986).

Laws of Corporations, and Other Business Enterprises, 3ème éd., St. Paul, Minnesota 1983.

Establishing Procedural Fairness in Squeeze-Out Mergers After Weinberger vs. UOP, *The Business Lawyer*, Vol. 39, août 1984, p. 1525 et ss.

Smith vs Van Gorkom: The Business of Judging Business Judgment, *The Business Lawyer*, Vol. 41, août 1986, p. 1187 et ss.

HENN, Harry G./
ALEXANDER, John C.,

HERZEL, Leo/
COLLING, Dale E.,

HERZEL, Leo/
KATZ, Leo,

HILDEBRANDT,
Gerald,

Audit Committee. A Five-Year Forecast,
Directorship, février 1977, p. 4 et ss.

HOFFMAN, Eileen B.,

Compensation Committees: The 1979 Model Year.
Directorship, novembre 1978, p. 5 et ss, cité
"Compensation Committees".

INSTITUTE OF
INTERNAL AUDITORS
INC.,

*The German Way of Industrial Relations - Could
We, Should We Import it? Across the Board*,
octobre 1977, p. 38 et ss.

*Proceedings of the Conferences on the Foreign
Corrupt Practices Act of 1977*, organisées à
Tarrytown (New York) les 16-17 octobre 1978 et
à Pasadena (Californie) les 29 et 30 janvier 1979,
Altamonte Springs, Florida, 1979, notamment:

- *Overview of Internal Accounting Controls*
- *Long-Term Ramifications*, Gilbert
SIMONETTI, Jr, p. 5 et ss
- *A SEC View: Compliance with and
Enforcement of Foreign Corrupt Practices Act
of 1977*, Wallace L. TIMMENY, p. 17 et ss
- *Audit Committee Oversight of Internal
Control. Benefits and Pitfalls*, Stephen I.
CUMMINGS, p. 51 et ss
- *Assessing the System of Internal Controls*.
Thomas J. O'REILLY et Hugh L. MARSH,
p. 71 et ss
- *An Audit Committee Member Looks at His
Responsibilities*, Joseph AUERBACH, p. 119
et ss
- *Internal Controls and the Internal Auditor*.
William E. THOMPSON, p. 179 et ss
- *Audit Committee Expectations*. James J.
NEEOHAM, p. 333 et ss.

INVESTOR
RESPONSIBILITY
RESEARCH CENTER
INC.,

*Changes in the Boardroom: What Should be
Done? Who Should Do it?*. Rapport spécial,
Washington D.C., 18 mars 1974.

JACKSON, Donald R.,

Director Information Systems, NACD Corporate
Directors' Special Report Series, Vol. X,
Washington D.C. 1979.

JENNINGS, Richard W./
BUXBAUM, Richard M.,

Corporations, 5ème éd., St. Paul, Minnesota,
1979.

- JOFFE, Edward M., *The Outside Director: Standards of Care Under the Securities Laws*, 24 Emory Law Journal (1975), p. 669 et ss.
- JOHNSTON, Joseph F., *Protecting the Corporate Officer and Director from Liability*, New York 1978.
- JOHNSTON, Joseph F. Jr, *Corporate Indemnification and Liability Insurance of Directors and Officers*, The Business Lawyer, Vol. 33, avril 1978, p. 1993 et ss.
- JURAN, J.M., et LUDEN, J. Keith, *The Corporate Director*, New York 1966.
- KIONKA, Edward J., *Torts in a Nutshell Injuries to Persons and Property*, St. Paul, Minnesota, 1977.
- KNEPPER, William, *Liability of Corporate Directors*, 3ème édition, Indianapolis, Indiana, 1978.
- KOONTZ, Harold, *The Board of Directors and Effective management*, New York 1967.
- KORN FERRY INTERNATIONAL, *Board of Directors, Sixth Annual Study*, février 1979, Los Angeles, California, 1979.
- Board of Directors, Annual Study. Bank and Other Financial Institutions*, Supplement 1979, Los Angeles, California, 1979.
- Board of Directors, Eleventh Annual Study*, February 1984, Los Angeles, California, 1984.
- Board of Directors, Fourteenth Annual Study*, February 1987, Los Angeles, California, 1987.
- KUDISH, David J., *Investment Management and Fiduciary Responsibility Under ERISA*, Directors and Boards, été 1976, p. 6 et ss.
- LAUENSTEIN, Milton C., *Preserving the Impotence of the Board*, HBR, juillet-août 1977, p. 36 et ss.
- Building and Operating an Effective Board of Directors*, The Presidents Association, New York 1979, cité "Building".

LAW JOURNAL PRESS

Outside Counsel, Inside Director. The Directory of Lawyers on the Board of American Industry, New York, éd. 1976.

LEECH, Noyes E., et
MUNDHEIM, Robert H.,

The Outside Director of the Publicly Held Corporation, The Business lawyer, Vol. 31, juillet 1976, p. 1799 et ss.

LEHR, Dennis J.,

The Emergence of the Corporate Audit Committee. PLI, Course handbook, série no 273, New York 1978.

LEWIS, Ralph F.,

Choosing and Using Outside Directors, HBR juillet-août 1974, p. 70 et ss.

LIEBERMAN, Jethro,

New Fire in the Drive to Reform Corporation Law. Business Week, 21 novembre 1977, p. 98 et ss.

LIPTON, Martin/
BROWNSTEIN, Andrew
R.,

Takeover Responses and Directors' Responsibilities - An Update. The Business Lawyer, Vol. 40, avril 1985, p. 1403 et ss.

LITTLE Arthur D. INC.,

Learning Systems and the New York Management Center (produit par), *The Corporate Director, New Roles - New Responsibilities* (contient une trentaine d'articles d'auteurs différents, cités par leurs noms respectifs par référence à l'éditeur) CBI Publishing Company Inc., Boston, Massachusetts, 1975.

LITTLEFIELD,
Edmund W.,

New Realities for Corporate Directors. CBRd juillet 1974, p. 51 et ss.

LOSCOCO, John S.,

The "What-if" Director. Crisis Aversion and Crisis Management. Directors and Boards, été 1978, p. 20 et ss.

- LOSS, Louis, *Securities Regulation* (3 volumes et 3 volumes de supplément) 2ème édition, Boston, Massachusetts, 1961 et ss.
- Uniform Securities Act*, Boston, Massachusetts, 1976.
- Federal Securities Code*. Philadelphia 1980.
- Fundamentals of Securities Regulations*, Boston et Toronto 1983.
- LOUDEN, J. Keith, *The Effective Director in Action*, New York 1975.
- The Director. His Changing Role*, Directorship, septembre 1976, p. 3 et ss.
- The Board Audit*. Directors and Boards, hiver 1977, p. 23 et ss.
- Why Closely-Held Companies Should Have Outside Directors*. Boardroom Reports, 30 janvier 1978, p. 12 et ss.
- One Hat or Two*, Directors and Boards, printemps 1978, p. 24 et ss.
- LOVDAL, Michael L./
BAUER, Raymond A./
TREVERTON, Nancy
H., *Public Responsibility Committees of the Board*. HBR mai-juin 1977, p. 40 et ss.
- LUCE, Charles F., *The Flow of Information - Director's Inside and Outside Resources*. matériel de travail pour une conférence organisée à New York le 7 juin 1979 par McGraw Hill Inc.
- LUDLOW, Hope, *The Board of Directors Faces Challenge and Change*, CBRd février 1972, p. 39 et ss.

MACE, Myles L.,

Directors: Myth and Reality,
Harvard/Cambridge, 1971 et 1979.

The President and the Board of Directors, HBR
mars-avril 1972, p. 37 et ss.

Legal Guidelines for Directors, HBR septembre-
octobre 1975, p. 18 et ss.

Becoming More Aware and Knowledgeable, HBR
septembre-octobre 1975, p. 170 et ss.

Management Information Systems for Directors,
HBR novembre-décembre 1975, p. 14 et ss, cité
"Management Information".

Attracting New Directors, HBR septembre-
octobre 1976, p. 46 et ss.

Designing a Plan for the Ideal Board, HBR
novembre-décembre 1976, p. 20 et ss, cité
"Designing a Plan".

Strengthening the Functions of Internal Auditors,
HBR juillet-août 1977, p. 46 et ss.

Compensation of Directors, HBR septembre-
octobre 1977, p. 52 et ss.

The Board and the New CEO, HBR mars-avril
1977, p. 16 et ss.

What Today's Directors Worry About, HBR
juillet-août 1978, p. 30 et ss.

MACIOCE, Thomas M.,

*Acquisitions and Mergers: What is in Store for
Directors*, matériel de travail pour une
conférence organisée à New York le 7 juin 1979
par McGraw Hill Inc.

MANNING, Bayless,

*The Business Judgment Rule and the Director's
Duty of Attention: Time for Reality*, *The
Business Lawyer*, Vol. 39, août 1984, p. 1477 et
ss.

MARTIN, John E.,

The Board Advisory Counsel and Peer Directors,
Directors and Boards, automne 1976, p. 44 et ss.

- McCLOY, John J., *On Corporate Payoffs*, HBR juillet-août 1976, p. 14 et ss.
- Improper Payments and the Responsibility of the Board of Directors*, CBRd août 1976, p. 9 et ss.
- McSWEENEY, Edward, *How Much Say-So for Outside Directors?* Compensation Review, troisième trimestre 1972, p. 10 et ss.
- MICHIGAN LAW REVIEW (Comments), *Duties of the Independent Director in Open-End Mutual Funds*, Vol. 70 (1971-1972), p. 696 et ss.
- MOSKIN, Morton, (revu par) *1977 Supplement to Model Business Corporation Act, annotated*, The Business Lawyer, Vol. 33, avril 1978, p. 2059 et ss.
- MUELLER, Robert K., *Board Life, Realities of Being a Corporate Director*, New York 1974.
- Are Directors Boardworthy? A Report Card for Board Members*, Management Review, septembre 1976, p. 15 et ss, cité "Are Directors Boardworthy?".
- The Hidden Agenda*, HBR septembre-octobre 1977, p. 40 et ss.
- Criteria for the Appraisal of Directors*, HBR mai-juin 1979, p. 48 et ss.
- MUNDHEIM, Robert H., *Some Thoughts on the Duties and Responsibilities of Unaffiliated Directors of Mutual Funds*, University of Pennsylvania Law Review, 1966-1967, p. 1058 et ss.
- MURPHY, Thomas A., *The GM Nominating Committee: How Does it Accomplish its Functions?*, Directorship, novembre 1978, p. 3.
- NACD, *Corporate Directors' Special Report Series*, Washington D.C.,
- Vol. I: *Evolution in the Boardroom*, 1978
 - Vol. II: *Board Functions*, 1979
 - Vol. III: *Board Models*, 1979.

- NACD, Newsletters. Directors' Monthly, Washington D.C., janvier 1978 à janvier 1984.
- NACD, *Corporate Confrontations: A 3-year Retrospect*, Washington D.C., 1981.
- NACD, *Corporate Governance Review*, Washington D.C., 1981.
- NACD, *The 1979 Proxy Season. Analysis of the Newly Required Board and Director Proxy Disclosures*. Washington D.C. 1979.
- NADER, Ralph (en collaboration avec Mark GREEN), *Corporate Power in America*. New York 1973.
- NADER, Ralph/
GREEN, Mark/
SELIGMAN, Joel, *Taming the Giant Corporation*, New York 1976.
- NASH, John, *The SEC Disclosure Handbook. Financial, Government and Public Affairs*. Washington D.C. 1977.
- Corporate Director's Guide. Financial, Government and Public Affairs*. Washington D.C. 1978.
- NICOLSON, Miklos S., *Duties and Liabilities of Corporate Officers and Directors*. Englewoods Cliffs, New Jersey, 1972.
- NORTHWESTERN UNIVERSITY'S GRADUATE SCHOOL OF MANAGEMENT et MC KINSEY & COMPANY, *The Changing Role of the Corporate Board*. condensé des présentations de la Conférence tenue à Chicago le 13 avril 1977, comprenant notamment:
- *The Role and Composition of the Board of Directors*. Reginald H. JONES, p. 13 et ss

→

- *Structural and Behavioral Means of Improving Board Effectiveness*, James W. GOODRICH, p. 23 et ss
- *New Challenges in the Audit Committee Process*, Robert K. MAUTZ, p. 28 et ss
- *Conflicts of Interest: New Perspectives*, Robert C. KECK, p. 33 et ss
- *Board Involvement in Management Issues*, John J. NEVIN, p. 40 et ss
- *Survey of Directors*, Edwin A. MURRAY, Robert A. DUNCAN et Alfred RAPPAPORT, p. 45 et ss.

ORR, David,

On Employee Representation and Cooperation, HBR janvier-février 1977, p. 36 et ss.

PALMIERI, Victor H.,

The Lawyer's Role: An Argument for Change, HBR novembre-décembre 1978.

Corporate Responsibility and the Competent Board, HBR mai-juin 1979, p. 46 et ss.

PATTON, John A.H.,

Working Directors: Putting Muscle Into the Board, Dun's Review, janvier 1977, p. 71 et ss, cité "Working Directors".

PEAT, MARWICK,
MITCHELL & CO.,

The Bank Audit Committee, New York 1980.

The Audit Committee, - Investment Companies, New York 1980.

The Audit Committee - Insurance, New York 1980.

PERKINS, Roswell B.,

The ALI Corporate Governance Project in Midstream, The Business Lawyer, Vol. 41, août 1986, p. 1195 et ss.

POKEMPER, Stanley R.,

The More Representative Board, CBRd février 1972, p. 42 et ss.

PRENTICE HALL
EDITORIAL STAFF
(THE),

External and Internal Audits, dans *Corporate Treasurer's and Controller's Encyclopedia*, Vol. II, Englewoods Cliffs, New Jersey 1975, p. 617 et ss (révisé par Sam R. GOODMAN).

PRICE WATERHOUSE

A Working Guide for Members of Savings and Loan Audit Committees, New York 1984.

- RADMER, Michael J., *Duties of the Directors of Investment Companies*, Securities Law Review 1978, p. 267 et ss.
- RATNER, David L., *Securities Regulation in a Nutshell*, St. Paul, Minnesota, 2ème éd., 1982.
- ROBINSON, J. William, *Facing the Attackers: The Unnegotiated Tender Offer*, Directorship, décembre 1976, p. 2 et ss.
- ROSENFELD, S. James, *The Outside Director, Management's Monitor*, Directorship, août 1976, p. 6 et ss.
- New Questions for Directors: Are You "Independent" or "Outside"?*, Directorship, novembre 1976, p. 6 et ss.
- RUDER, David S., *Protections for Corporate Shareholders: Are Major Revisions Needed?*, 35 U. Miami L. Rev. (1983), p. 243 et ss, cité "Protections".
- Duty of Loyalty - A Law Professor's Status Report*, The Business Lawyer, Vol. 40, août 1985, p. 1383 et ss, cité "Duty of Loyalty".
- SCHMIDT, Richard, *Does Board Composition really Make a Difference*, CBRd octobre 1975, p. 39 et ss.
- SCHWARTZ, Donald E., *Commission Seeking to Rewamp Roles of Outside Directors*, dans SEC 77, New York 1977, p. 93 et ss.
- SEC News (matériel de conférences):
- John R. EVANS, *Corporate Checks and Balances*, 11 janvier 1978.
 - SEC Corporate Governance Proposals: an Update*, 3 novembre 1978.
 - Roberta S. KARMEL, *Politics of Change in the Composition and Structure of Corporate Boards*, 11 janvier 1978.
 - The Nominating Committee*, in Corporate Accountability, 1er mai 1978.

- Philip A. LOOMIS Jr, *Audit Committees. The American Experience.* 3 novembre 1978.
- Some New Approaches to Investment Company and Investment Advisor Regulation.* 23 mars 1979.
- Harold M. WILLIAMS, *Professional Self-Governance. An Interim Report.* 4 janvier 1978.
- The Role of the Director in Corporate Accountability.* 1er mai 1978.
- The State of the Securities and Exchange Commission.* 2 mars 1979.
- Communication of Corporate Information.* 15 mars 1979.
- SEC *News Release du 18 janvier 1979: Chairman Williams calls for Improved Corporate Accountability to Safeguard Autonomy of Private Economic Sector.* Washington D.C.
- STAFF REPORT of the SEC, *Institutional Investor Study*, 5 volumes et 2 volumes supplémentaires, 92ème Congrès, 1ère session, notamment Vol. 3, p. 1310 et ss, Washington D.C. 1971.
- STAFF REPORT of the SEC *to the Special Subcommittee on Investigation (House Committee on Interstate and Foreign Commerce), The Financial Collapse of Penn Central Company.* Washington D.C. août 1972.
- STAFF REPORT of the SEC *on Questionable and Illegal Payments and Practices to the Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs.* Washington D.C. mai 1976.
- SMITH, Bryan E., *The TI Board: Pioneering Reforms.* Directors and Boards, automne 1977, p. 4 et ss.
- SMITH, Lee, *The Boardroom is Becoming a Different Scene.* Fortune, 8 mai 1978, p. 150 et ss.
- SODERQUIST, Larry D., *Toward a More Effective Corporate Board: Reexamining Roles of Outside Directors.* Securities Law Review 1978, p. 243 et ss.

- SOLOMON, Lewis D., *Restructuring the Corporate Board of Directors. Fond Hope-Faint Promise?*, Michigan Law Review, Vol. 76 (mars 1978), p. 581 et ss.
- SOLOMON, Lewis D./
STEVENSON, Russell B.,
Jr/SCHWARTZ, Donald
E., *Corporations, Law and Policies, Materials and Problems*, St. Paul, Minnesota, 1982.
- SOLOMON, Lewis D./
SCHWARTZ, Donald E./
BAUMAN, Jeffrey D., 1986 Supplement to Solomon, Stevenson and Schwartz's *Corporations, Law and Policies, Materials and Problems*. St. Paul, Minnesota, 1986.
- SOUTHERN
METHODIST
UNIVERSITY, School of
Business Administration *Responsibilities, Relationships and Liabilities for Boards of Directors*, condensé des présentations de la Conférence tenue à Dallas le 26 février 1976.
- et BOOZ, ALLEN &
HAMILTON INC.,
- SPORKIN, Stanley, *SEC Developments in Litigation and the Molding of Remedies*, The Business Lawyer, Vol. 29, mars 1974, p. 121 et ss.
- STONE, Christopher D., *Public Directors Merit a Try*, HBR mars-avril 1976, p. 20 et ss.
- STRAUSS, David, et
DOYLE, Michael, *Making Board Meetings Work: The Doyle-Strauss Interaction Method*, Directors and Boards, été 1978, p. 4 et ss.
- SUBCOMMITTEE on Citizens and Shareholders Rights and Remedies of the Committee on the Judiciary United States Senate, *The Role of the Shareholder in the Corporate World*, 95ème Congrès, 1ère session, Partie I, Washington D.C., 27 et 28 juin 1977.
- SUBCOMMITTEE of the Committee of Governmental Affairs, United States Senate, *Interlocking Directorates among the major U.S. Corporations*, 95ème Congrès, 2ème session, janvier 1978.
- TAYLOR, John C., 3rd, *Preventing Improper Payments Through Internal Controls*, CBRD août 1976, p. 17 et ss.

- TIME MAGAZINE: *Nader: Success or Excess?*, 14 novembre 1977, p. 76 et ss.
- TOUCHE ROSS & CO., *Survey on the Changing nature of the Corporate Board. An Opinion Study Based on Interviews with 168 Board members of Fortune 500*, New York 1er août 1978.
- TOUCHE ROSS & CO., *Newsletter*, New York avril 1979.
- TOUCHE ROSS & CO., *The Effect of Mergers, Acquisitions, and Tender Offers on American Business, A Touche Ross Survey of Corporate Director's Opinions*, New York 1981, cité "Mergers".
- A Keystone of Corporate Governance, The Effective Audit Committee*, New York 1985.
- TOWL, Andrew R., *Outside Directors Under Attack*. HBR septembre-octobre 1965, p. 135 et ss.
- VAGTS, Detlev F., *Directors: Myth and Reality*. *The Business Lawyer*, mars 1976, p. 1231 et ss.
- Basic Corporation Law*, Mineola, New York, 2ème éd., 1979.

VANCE, Stanley C.,

Board of Directors: Structure and Performances, Oregon 1964.

Penn Central - A Lesson for Bank Boards and One-Bank Holding Companies. Réimpression du Bankers Magazine, Vol. 154 (hiver 1977), no 1.

Black Power in the Board Room. Token or Reality?, Business Horizons, juin 1971, p. 81 et ss.

New Dimensions for Boards of Directors, CBRd novembre 1971, p. 53 et ss.

The Seesaw in the Boardroom, CBRd janvier 1974, p. 30 et ss.

Corporate Governance: Assessing Corporate Performance by Boardroom Attributes, Journal of Business Research Vol. 6 (1978), p. 203 et ss, cité "Corporate Governance"

Inside vs. Outside Directors, NACD Corporate Directors' Special Report Series, Vol. IV, Washington D.C. 1979.

VEASEY, E. Norman,

Seeking a Safe harbor from Judicial Scrutiny of Directors' Business Decisions - An Analytical Framework for Litigation Strategy and Counselling Directors, The Business Lawyer, Vol. 37, août 1982, p. 1247 et ss, cité "Seeking a Safe Harbor".

New Insights Into Judicial Deference to Directors' Business Decisions: Should we Trust the Courts?, The Business Lawyer, Vol. 37, août 1984, p. 1461 et ss, cité "New Insights".

Further Reflections on Court Review of Judgments of Directors: Is the Judicial Process Under Control?, The Business Lawyer, Vol. 40, août 1985, p. 1373 et ss, cité "Further Reflections".

WANDER, Herbert S./
LeCOQUE, Alain G.,

Boardroom Jitters: Corporate Control Transactions and Today's Business Judgment Rule, The Business Lawyer, Vol. 42, novembre 1986, p. 29 et ss.

- WARDEN, John L., *The Boardroom as a War Room: The Real World Applications of the Duty of Care and the Duty of Loyalty*, *The Business Lawyer*, Vol. 40, août 1985, p. 1431 et ss.
- WEST, Richard R., et
BROWN, Courtney D., *Should Management Sit on the Board?*, *AMA Forum*, 1978, p. 29 et ss.
- WESTBROOK, Philip
R.F., Jr, *The Risks of Serving as a Director*, *CBRD* juillet 1974, p. 55 et ss.
- WIESEN, Jeremy, *Directors Must Confront Peck Issues*, *New York Times*, 15 janvier 1978, p. 14.
- WILDE, Frazar B., et
VANCIL, Richard F., *Performance Audits by Outside Directors*, *HBR* juillet-août 1972, p. 112 et ss
- WOLFSON, Nicholas, *The Modern Corporation*, New York 1984.