



Daniel Oberhänsli

Expert en analyse
financière diplômé
Qualibroker AG, Zürich,
www.qualibroker.ch

Conseil d'administration et direction et le piège de la responsabilité

Les organes d'une société ne sont souvent pas conscients des risques qu'ils prennent en matière de responsabilité du fait de leurs tâches de direction, de révision interne ou de membre du conseil d'administration.

Les membres des conseils d'administration et les managers se voient de plus en plus souvent confrontés à des actions en justice introduites par des actionnaires insatisfaits de l'évolution de leurs investissements ou par des créanciers contraints de passer leurs créances par pertes et profits, l'entreprise débitrice ayant dû déposer son bilan suite à une mauvaise gestion de ses affaires. Une chose est certaine: on constate que les prétentions des tiers lésés croissent sans cesse, ce qui induit un plus grand nombre d'actions en justice. C'est la raison pour laquelle les membres des conseils d'administration et les managers demandent de plus en plus souvent de disposer d'un dispositif de protection sur la base d'une solution d'assurance destinée à les couvrir contre d'éventuelles conséquences financières.

Qui peut être tenu responsable en qualité d'organe?

Parmi les personnes dont la responsabilité personnelle peut être mise en cause, on distingue en Suisse les deux catégories suivantes:

Organe formel (de jure)

Les organes formels ne sont autres que les membres du conseil d'administration ainsi que les personnes chargées de la révision interne.

Organe matériel (de facto)

Les organes matériels sont représentés par les personnes qui participent de manière déterminante à la formation du savoir de la société anonyme et exercent de manière autonome les tâches de celle-ci:

- directeur / membres de la direction
- autres collaborateurs dirigeants (les cas individuels étant réservés)

Souvent, les organes matériels ne sont pas conscients des risques qu'ils encourent en matière de responsabilité du fait de leur travail de direction. Une responsabilité éventuelle peut résulter de divers éléments, par exemple du contrat de travail, d'un contrat de mandat, de personnes auxiliaires etc.

La base légale en matière de responsabilité

Le système juridique suisse comporte une multitude de prescriptions relatives à la responsabilité personnelle des organes d'une société lorsque ces derniers causent un dommage à leur société, aux bailleurs de fonds ou à des tiers. La plus grande partie de ces prescriptions sont réglées dans le Code des Obligations aux articles 620 ss. Par ailleurs, il existe encore un grand nombre d'autres lois telles que la loi sur la protection des données, les lois fiscales ou encore les obligations de cotiser (assurances sociales) qui peuvent également engager la responsabilité des organes.

Selon l'article 754 CO, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes s'occupant de la gestion ou de la liquidation, répondent à l'égard de la société de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social du dommage **qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs**. La responsabilité des organes est engagée sous les conditions suivantes:

- un dommage est intervenu (diminution d'actifs ou augmentation de passifs auprès des lésés)
- il existe un lien de causalité entre l'acte / l'omission et le dommage causé
- l'on est en présence d'un manquement aux devoirs (violation d'une norme de protection suite à la violation du devoir de diligence)
- l'on est en présence d'une faute (**une légère négligence suffit!**)

En principe, plusieurs personnes peuvent devoir répondre solidairement d'un dommage pour autant que le dommage puisse leur être imputé personnellement en raison de leur propre comportement ou des circonstances.

Les membres d'un conseil d'administration doivent toujours être conscients du fait qu'ils assument une responsabilité importante qu'il n'est pas possible de déléguer sans autre. Selon l'art. 716a CO, le conseil d'administration a **sept attributions intransmissibles et inaliénables**:

1. exercer la haute direction de la société,
2. fixer l'organisation de la société,
3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier,
4. nommer et révoquer la direction,
5. exercer la haute surveillance sur la direction,
6. établir le rapport de gestion,
7. informer le juge en cas de surendettement.

Par conséquent, seules les tâches non mentionnées par l'art. 716a CO peuvent être déléguées. Afin qu'une telle délégation ait effective-

ment un effet de libération en matière de responsabilité, la personne déléguant sa propre responsabilité doit pouvoir prouver en cas de dommage qu'elle a respecté son devoir de diligence en fonction des circonstances lors de la sélection, de l'instruction et de la surveillance et que les statuts et le règlement d'organisation permettaient la délégation. Par ailleurs, il convient de tenir compte du fait que la décharge donnée aux organes lors de l'assemblée générale ne les décharge effectivement que dans le cadre des faits connus, qu'elle ne concerne que les rapports entre les actionnaires et la société et que les actionnaires qui n'ont pas approuvé cette décharge peuvent néanmoins prendre des mesures juridiques dans un délai de six mois.

Personnes ayant qualité pour agir en justice et demander réparation

Société

La société est toujours ayant droit lorsque la fortune sociale a subi un dommage.

Collaborateurs

Contrairement à ce qui se fait à l'étranger, il est relativement difficile en droit suisse de faire valoir des demandes de dommages-intérêts personnels contre les organes d'une société. Des plaintes éventuelles pourraient porter sur les cas suivants: discrimination, résiliation sans juste motif, traitement inégalitaire, tracasseries etc.

Actionnaires

S'ils ont subi un dommage direct/immédiat (abus de confiance, dol), les actionnaires peuvent introduire une action en justice contre certains membres du conseil d'administration ou le conseil d'administration dans son ensemble. Si les actionnaires ont subi un dommage indirect (par exemple par la diminution de la fortune de la société), ils ne peuvent introduire qu'une action en dommages-intérêts contre les organes en paiement à la société.

Créanciers

Les créanciers disposent d'un droit d'action similaire à celui des actionnaires, mais seulement si la société est tombée en faillite.

Il s'agit également de tenir compte du devoir de cotisation aux assurances sociales (entre autres l'AVS et la prévoyance professionnelle). Si la société ne verse pas les cotisations dues, les organes en répondent personnellement sans qu'une faute personnelle ne doive être démontrée (responsabilité dite de garantie). Par conséquent, les membres du conseil d'ad-

ministration doivent contrôler personnellement et périodiquement si ces cotisations ont vraiment été payées.

La couverture d'assurance (assurance responsabilité civile pour organes de société)

L'assurance responsabilité civile pour organes de société, appelée également police D&O, est conclue par l'entreprise pour ses organes. Ainsi, la société anonyme verse, en toute légalité, ces primes d'assurances et les comptabilise sous frais d'exploitation bien que la protection d'assurance bénéficie aux organes de la société et non pas à l'entreprise elle-même.

L'assurance responsabilité civile pour organes de société couvre les personnes suivantes:

- les membres actuels, anciens et futurs du conseil d'administration
- les membres actuels, anciens et futurs de la direction
- les employés actuels, anciens et futurs exerçant une responsabilité de direction
(*les personnes assurées ne sont pas citées nommément*)

Simultanément et en cas de besoin, il est possible d'examiner s'il vaut la peine de faire également bénéficier les membres de conseils de fondation et le directeur de la fondation de prévoyance professionnelle propre à la société de la couverture d'assurance contre une prime supplémentaire.

La police d'assurance couvre la **responsabilité civile légale** des organes pour des dommages purement matériels (diminution d'actifs ou augmentation de passifs) occasionnés par une violation du devoir de diligence. La couverture d'assurance comprend en outre la **défense contre des prétentions en dommages-intérêts injustifiées** et la **satisfaction de prétentions en dommages-intérêts justifiées**.

Le marché suisse des assurances compte environ six compagnies proposant une telle assurance responsabilité civile pour organes de société. Les primes sont très différentes et varient selon la taille de la société à assurer et selon son potentiel de risques (la prime minimale se monte à environ CHF 5000.-). Il convient dans tous les cas de demander plusieurs offres et d'examiner en détail non seulement les primes mais également les cas d'exclusion étant donné qu'il subsiste là aussi d'importantes différences entre les compagnies d'assurance. Certains éléments sont par ailleurs négociables. ■