

CORPORATE GOVERNANCE : VERS UNE RESPONSABILITÉ « AGGRAVÉE » DES ORGANES DIRIGEANTS (Y COMPRIS DE PME) ?

(Résumé libre de la conférence, par Vincent Tattini)

Prof. Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, *Université de Genève*

La responsabilité figure dans le *top ten* des préoccupations de l'administrateur. Dans un contexte où la *corporate governance* forme un important sujet de préoccupation, l'administrateur doit-il craindre un surcroît de responsabilité ?

Les chiffres ? Les cas de responsabilité portés devant les tribunaux suisses ces dix dernières années sont peu nombreux. On compte une vingtaine de nouveaux cas par année ; une dizaine de ces cas sont traités par les instances de recours et trois ou quatre d'entre eux vont jusqu'au Tribunal fédéral. Seuls 25% des cas seraient partiellement ou totalement admis.

En réalité, les cas portés devant les tribunaux ne représentent que la pointe de l'iceberg. 90% des cas se règlent hors procédure judiciaire. Il semble que le nombre de cas à être traités chaque année par les assureurs serait compris entre 200 et 400. A noter que, dans la majorité des cas d'assurances concernant les PME et sociétés non cotées, une indemnisation serait versée par l'assurance.

A teneur du Code des obligations, pour que la responsabilité de l'administrateur soit engagée, il faut *i)* que son comportement cause un dommage et *ii)* que ce dernier découle de la violation d'un devoir de l'administrateur, imposé par les statuts ou la loi. Il peut ainsi s'agir d'un devoir qui découle de lois spécifiques ou encore du Code pénal. Mais il peut aussi s'agir d'un devoir plus général, dont les contours sont plus difficiles à cerner, à l'instar du devoir de diligence imposé par le droit, qui forme régulièrement le socle des actions en responsabilité.

Dans un cas où le devoir de diligence est prétendument violé, le Tribunal va examiner si l'administrateur a agi avec toute la diligence requise et, pour ce faire, il va comparer le comportement de l'administrateur avec le comportement attendu d'un administrateur modèle. L'exercice est d'autant moins aisé que l'administrateur a le droit de se tromper et de prendre des décisions qui s'avéreront par la suite mauvaises pour l'entreprise, sans encourir de responsabilité.

Enfin, il faut encore *iii)* un lien de causalité entre le comportement de l'administrateur et le dommage et *iv)* une faute, qui se confond souvent avec la violation du devoir.

Les règles classiques n'ont ainsi pas changé, mais elles trouvent application désormais dans un contexte nouveau, celui de la *corporate governance*. Le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise définit celle-ci comme « *l'ensemble des principes qui, tout en maintenant la capacité de décision et l'efficacité, visent à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise, dans l'intérêt des actionnaires, la transparence et un rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle* » (« *checks and balances* »).

Le gouvernement d'entreprise s'intéresse en particulier à quatre grands thèmes : *i)* l'équilibre des pouvoirs au sein de la société, *ii)* le contrôle, *iii)* l'information et la transparence, et *iv)* les droits des actionnaires.

Ces règles sont incorporées dans la loi et en particulier dans le Code des obligations et dans le droit boursier. Elles se trouvent aussi dans le Code suisse de bonne pratique sous forme de recommandations à l'attention des sociétés cotées. Enfin, on trouve également ces règles dans les statuts et la réglementation interne des sociétés qui ont incorporé ces standards à leurs règles organisationnelles.

Ces règles vont entraîner une aggravation de la responsabilité de l'organe dirigeant en imposant une lecture revisitée des règles déjà existantes. Et la question est de déterminer si ces bonnes pratiques d'aujourd'hui équivaldront demain aux règles de l'art des médecins ? Autrement dit, est-ce qu'à l'administrateur modèle sera substitué un super-administrateur modèle ou un administrateur plus vertueux qui respectera également l'ensemble de ces recommandations et ces bonnes pratiques ? Si la réponse devait être positive, le devoir de diligence de l'administrateur va très largement s'étendre et aggraver de manière sensible la responsabilité de ce dernier.

La tendance pour les sociétés cotées est d'étendre le devoir de diligence de tous les administrateurs en se référant à l'ensemble des règles de *corporate governance*. Qu'en est-il des PME ? Si jusqu'ici les PME ont été le parent pauvre du débat sur la *corporate governance*, les codes s'adressant essentiellement aux sociétés cotées, le débat concerne désormais aussi les PME. La Belgique, la Finlande, l'Espagne et la Grande-Bretagne sont les premiers pays à avoir édicté un code à l'attention des sociétés non cotées. En Suisse, aucun code n'a été édicté, mais il fait peu de doute que les PME feront l'objet d'une réglementation à brève échéance, dont l'important est qu'elle tienne compte des caractéristiques et des différences importantes des PME.

Au final, ce sont les tribunaux qui détermineront si les bonnes pratiques devront être considérées comme les règles de l'art, entraînant une responsabilité plus lourde des administrateurs.

Pour l'heure, l'administrateur manque de prévisibilité et on ne sait pas dans quel sens les tribunaux pencheront, ni à quelle rythme l'évolution va se faire.

Dans l'intervalle, il faut éviter d'en faire trop et de placer la barre trop haut, en particulier pour les PME. Ce serait une erreur que de reprendre les yeux fermés les principes du Code suisse de bonnes pratiques ou de céder trop facilement aux pressions éventuelles des auditeurs externes, qui proposent parfois la mise en place de toute une série de règles de gouvernance et qui ne pensent pas vraiment en termes de responsabilité, mais plutôt d'audit.

En conclusion, il faut rappeler que l'action en responsabilité dirigée contre l'administrateur demeure à l'heure actuelle en Suisse un vrai parcours du combattant, pour des motifs qui tiennent essentiellement à la procédure et qui rendent le système en Suisse très peu incitatif.

Pour l'heure, le législateur n'a pas prévu de lever ces obstacles.
