

Mémoire de diplôme

Diplôme d'Economiste d'entreprise HES

présenté à la

HAUTE ECOLE DE GESTION de Genève

Battelle - Carouge

Département d'**économie d'entreprise**

Promotion 2001

Titre du mémoire : Le conseil d'administration en Suisse
Etude structurelle et fonctionnelle du conseil d'administration

Question principale : Comment adapter son conseil au regard du gouvernement
d'entreprise ?

Rédigé et soutenu par :

Olivier Terrettaz

Sous la direction de :

Alexandre de Banoff (Professeur)
Conseiller au mémoire de diplôme

André Baladi (International Financial Advisor)
Juré-expert au mémoire de diplôme

MEMOIRE DE DIPLOME CONFIDENTIEL

Carouge - novembre 2001

Informations :

Le mémoire de diplôme a été effectué sur deux périodes.

Tout d'abord du 13 mars au 1^{er} juin 2001, le sujet du mémoire a été déterminé et le choix fixé. Puis du 4 juin au 22 novembre, la réalisation du mémoire a eu lieu.

Cette publication est le mémoire de diplôme au complet présenté, puis soutenu le 11 décembre 2001 devant le jury de la Haute Ecole de Gestion de Genève.

Un résumé peut être délivré.

Détenteur des droits d'auteur : Terrettaz Olivier, Carouge / Genève

Ce mémoire de diplôme a valeur de manuscrit et est protégé. Les droits en matière de reproduction, cession ou communication, même sous forme d'extraits sont formellement réservés. Tous autres droits, notamment de traduction en d'autres langues, sont aussi réservés.

Toute copie ou reproduction, même partielle, par quelque procédé que ce soit, photographie, microfilm, bande magnétique, support informatique ou autre est interdite.

Vous vous engagez, en conséquence, à ne copier ou reproduire tout ou partie du mémoire de diplôme qu'avec une autorisation préalable explicite et écrite de l'auteur. De même, vous vous engagez à ne pas en permettre l'utilisation à d'autres personnes ou sociétés non autorisées formellement par l'auteur.

Ce mémoire de diplôme peut être utilisé uniquement par la Haute Ecole de Gestion dans le cadre des cours avec indication de l'auteur et de la source.

Les raccourcissements et les modifications doivent être discutés directement avec l'auteur.

Olivier Terrettaz

LE CONSEIL D'ADMINISTRATION EN SUISSE

*Comment adapter son conseil
au regard du gouvernement d'entreprise*

Mémoire de diplôme réalisé à la

h e g



Haute école de gestion
de Genève

avec la collaboration de
Alexandre de Banoff et André Baladi

Novembre 2001

M. Olivier Terrettaz est autorisé à imprimer son mémoire de diplôme en économie d'entreprise, intitulé "L'administration de la société anonyme en Suisse – Etude structurelle et fonctionnelle du conseil d'administration".

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Carouge, le 22 novembre 2001

Le directeur de la HEG de Genève
Monsieur François Abbé-Decarroux

AVANT-PROPOS

Avertissement

Ce mémoire de diplôme est réalisé dans le cadre de l'examen final de la Haute Ecole de Gestion de Genève en vue de l'obtention du titre d'Economiste d'entreprise HES. L'étudiant assume la responsabilité générale du travail et accepte la clause de confidentialité.

La Haute Ecole de Gestion, le Conseiller au mémoire de diplôme et le Juré-expert n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire de diplôme; ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

Par contre, les conclusions et les recommandations que le diplômant formule, sans préjuger de leur valeur, n'engagent ni la responsabilité de l'auteur, ni celles du Conseiller au travail, du Juré-expert et de la Haute Ecole de Gestion.

Nota Bene

Au sens du présent ouvrage, toute désignation de personne, de statut et de fonction vise indifféremment l'homme ou la femme.

Les notions pouvant présenter une forme masculine et féminine ne seront, par la suite, pas distinguées, mais utilisées dans l'une ou l'autre forme. Elles doivent, par conséquent, être considérées comme équivalentes.

Dans le texte, par simplification, certains points ont été supprimés dans les abréviations, comme par exemple "SA" au lieu de "S.A."

SOMMAIRE

L'auteur



Actif depuis plus de dix ans dans la gestion d'entreprise – tant au niveau des PME que des administrations publiques – Olivier Terrettaz met ses compétences d'organisation et son expérience des conseils d'administration au service des entreprises pour améliorer et rendre plus transparent leur fonctionnement.

Le mémoire a reçu le Prix 2002 de la Société Suisse d'Organisation (SGO). C'est la sixième fois que cette institution pour la promotion des connaissances pratiques en organisation a décerné son prix à un travail scientifique portant sur l'organisation d'entreprise. Le Prix de la SGO récompense donc aussi bien le travail à la fois documenté et critique, que son engagement en faveur d'une éthique des entreprises.

Le mémoire

Cet ouvrage répond à la nécessaire clarification de l'organisation du conseil d'administration au sein des sociétés anonymes.

Le conseil d'administration est un organe stratégique, ses décisions engagent l'avenir de la société ainsi que la responsabilité de ses membres. La transparence, la responsabilité et l'efficacité doivent gouverner son action.

Le sujet développé permettra, dans la première partie, de définir certains principes généraux, de donner un aperçu historique de la législation et de dresser un état des lieux. Ainsi la problématique pourra être posée.

La deuxième partie traitera des organes de la société et de l'entreprise en tant que processus. Le conseil d'administration sera décrit de manière détaillée et son rôle précisé. Un éclairage sera fait sur le *Corporate Governance*, surtout sur les principes régissant les conseils d'administration. Finalement les activités du conseil d'administration seront énoncées, ainsi que la délégation de la gestion, la représentation et la responsabilité des administrateurs.

La troisième partie abordera les aspects fonctionnels d'organisation du conseil d'administration et de la réussite de l'équipe constituée. Les principes gouvernant le fonctionnement des organes et les modes facultatifs de répartition des pouvoirs seront déterminés. Les interviews effectuées dans le cadre du mémoire seront analysées et commentées. Les dimensions qualitatives des conseils d'administration et des administrateurs seront passées «à la loupe» afin de déterminer le conseil d'administration dynamique et efficace, voire idéal.

Etes-vous membre d'un conseil d'administration ?

Etes-vous membre d'une direction ?

Exercez-vous une fonction déterminante au sein d'une société anonyme ?

Connaissez-vous les droits et obligations découlant du droit suisse des sociétés anonymes et des règles de gouvernement d'entreprise ?

Cet ouvrage s'adresse à tous les administrateurs qui ont pris conscience que leur avenir est en jeu, et qu'ils peuvent apporter à l'entreprise une réelle valeur ajoutée...

Il est destiné aux conseils d'administration et à leurs membres, aux organes dirigeants de l'entreprise, aux économistes d'entreprises, financiers ainsi qu'aux propriétaires de sociétés.

Table des matières résumée

Avant-propos.....	8
Sommaire	9
Remerciements	14
Introduction	15
Notions	17
Synthèse	19
Préambule	23
Partie 1 - A propos de la société anonyme et de la problématique.....	24
Titre Un - Notions générales.....	25
- Principes généraux.....	25
- Historique.....	33
- Modernisation du droit des sociétés anonymes	43
- Epilogue.....	43
Titre Deux - Etat des lieux et problématique.....	44
- Verbatim.....	44
- Etat des lieux et environnement.....	45
- Responsabilité des membres du conseil d'administration.....	60
- Problématique	61
- Remise en question du conseil d'administration	63
- Rôle du conseil d'administration en mutation.....	65
- Solution pour surmonter la crise	66
Partie 2 - A propos du conseil d'administration et du gouvernement d'entreprise	70
Titre Un - Généralités	71
- Constat.....	71
- L'entreprise et les processus.....	74
Titre Deux - Le conseil d'administration au sein des organes de la société anonyme	92
- Organisation de la société anonyme de droit suisse	92
- Compétences du conseil d'administration.....	130
Titre Trois - Corporate Governance	132
- Principes généraux.....	134
- Historique.....	137
- Objectif de l'entreprise et fonction du conseil d'administration.....	144

- Le conseil d'administration et les différentes parties prenantes	145
- Transposition des règles de Corporate Governance au contexte suisse	145
- Conclusion	146
Titre Quatre - Gestion	148
- Activités du conseil d'administration.....	148
- Représentation.....	150
- Représentation d'intérêts	151
- Délégation	153
- Information.....	161
- Surveillance de la société anonyme.....	166
- Relation entre l'administrateur et la société	170
- Contenu juridique du rôle de l'administrateur	172
- Compétences des administrateurs.....	180
- Rôle de l'administrateur au sein du conseil d'administration	180
- Devoirs, risques et responsabilités attachés à la qualité l'administrateur	183
- Personnes qui s'occupent de la gestion et de la représentation.....	195
- Devoirs de diligence et de fidélité.....	199
- Questions relatives à la nomination de l'administrateur	205
- Acceptation du mandat.....	208
Partie 3 - A propos des dimensions du conseil d'administration	210
Titre Un - Principes gouvernant le fonctionnement des organes	211
- Principes	211
- Reconnaissance légale des principes de hiérarchisation et de spécialisation.....	212
Titre Deux - Modes facultatifs de répartition des pouvoirs.....	213
- Différentes techniques envisageables	213
Titre Trois - Conséquences sur la répartition des pouvoirs	217
- Remise en cause du système	217
- Attrait mesuré du système unitaire.....	218
- Risques inhérents au système.....	219
- Le conseil d'administration au regard du gouvernement d'entreprise	219
Titre Quatre - Mythe et réalités	220
- Composition	220
- Recrutement.....	223
- Compétences	224
- Organisation	225
- Conclusion	226
Titre Cinq - Dimensions qualitatives	227
- Rapport entre les administrateurs.....	227
- Structure d'un conseil d'administration	227
- Constitution d'un conseil d'administration.....	228
- Choix d'un administrateur.....	229

- Bon fonctionnement et esprit d'équipe.....	231
- Profil des membres; panachage de compétences et qualités	232
- Profil d'un bon membre	233
- Quelles contributions comme membre d'un conseil d'administration.....	235
- Efficacité du conseil d'administration.....	243
- Management et équipes.....	245
- Compatibilité entre administrateur, équipe et entreprise	246
- Comportements individuels et principaux rôles au sein de l'équipe.....	248
- Comment insuffler un esprit d'équipe	253
- Résumé	254
Titre Six - Perspectives	256
- Recommandations.....	256
- Conclusion	265
- Futur	270
Lexique	293
Sources	299
Bibliographie ³⁰⁴	
Abréviations	310
Index des auteurs et des personnes citées.....	312
Annexe 1 – Manuel du conseil d'administration.....	316
Annexe 2 – Charte et code de bonne conduite	318
Annexe 3 – Règlement d'organisation et d'administration.....	322
Annexe 4 – Diagramme de fonctions du conseil d'administration.....	324
Annexe 5 – Contrat d'administrateur et cahier des charges.....	326
Annexe 6 – Check-list.....	328
Annexe 7 – Interviews	332
Panel des personnalités interrogées.....	333
Annexe 8 – Grandes étapes du Corporate Governance aux Etats-Unis et dans le monde.....	334
Annexe 9 – Principaux rôles tels qu'ils se distribuent souvent dans un groupe	336
Annexe 10 – BELBIN® Team Role Type	338
En un clin d'œil	339

INTRODUCTION

Ce mémoire est présenté pour l'obtention d'un diplôme fédéral d'Economiste d'entreprise HES.

Pourquoi faire un mémoire ?

Par nécessité, car les règlements le prévoient; c'est le dernier obstacle à maîtriser pour obtenir le diplôme.

Pour réaliser une expérience de travail intellectuel approfondie et autonome.

Pour apporter ma modeste contribution à la connaissance d'une activité de la réalité économique.

Mais surtout, dans mon cas, par plaisir. C'est une source de profonde satisfaction, car c'est un enrichissement personnel, une stimulante expérience et cela m'a permis d'assouvir une curiosité intellectuelle.

"Faire un mémoire, c'est prendre du plaisir, et le mémoire, c'est comme le cochon, on n'en jette rien." – Umberto Eco

Lors de la réalisation d'un mémoire de diplôme il faut s'attacher à définir et à analyser un problème de manière approfondie et autonome. Cette partie de nos études appartient à l'étudiant qui doit l'organiser; à lui l'autonomie et à lui les risques...

Le mémoire de diplôme permet aussi de délimiter un problème, de découvrir et de rassembler une documentation à son propos, d'ordonner les matériaux, de conduire une réflexion personnelle sur le problème choisi et d'analyser l'information, et établir des contacts directs avec des personnes.

Pourquoi avoir choisi ce thème de mémoire ?

Le sujet développé dans ce mémoire me tient particulièrement à cœur depuis quelques années déjà (j'étais secrétaire externe de conseils d'administration) et c'est une matière vaste où la Suisse est très en retard... surtout sur les aspects de *Corporate Governance*.

L'organisation de mon mémoire de diplôme a fait l'objet d'un véritable projet. Il a suivi les règles de la gestion de projet et a été décomposé en processus d'organisation.

C'est un ouvrage réalisé dans le cadre d'un processus de formation, sur un sujet proche du champ d'étude, puisqu'il recoupe différentes matières, telles que les Ressources humaines, le Droit et l'Organisation. En outre, il n'est pas une activité stéréotypée et monolithique, mais il se rattache à un mémoire de recherche.

Les moyens mis en œuvre dans mon mémoire de diplôme sont exclusivement des écrits, car tel était le travail demandé. Cependant, dans le cadre de la défense de mon mémoire, je me suis permis d'utiliser des moyens audiovisuels modernes afin de pouvoir effectuer ma soutenance.

Deux remarques pratiques enfin. Les domaines de référence qui sont à la base de ce texte sont les sciences économiques, particulièrement les études d'économie d'entreprise, ainsi que les formations qui conduisent aux professions liées aux domaines financiers et à l'organisation. Ce sont les milieux que je fréquente.

Par ailleurs, vous trouverez dans cet ouvrage un certain nombre de répétitions. Pourquoi pas ? Il n'est pas conçu pour être lu comme un roman.

SYNTHÈSE

En Suisse, il y a quelques années – ces temps ne sont pas si éloignés que cela – le conseil d'administration travaillait dans l'ombre. Nous pouvions parler d'un comité des anciens ou de club de copains examinant en silence les affaires de l'entreprise pour simplement les approuver. Nous avions alors à faire à un organe formel, une «chambre d'enregistrement» pure et simple. C'est le management qui avait tous les pouvoirs, ce qui explique en partie les dérives que nous avons connu ces derniers temps en Suisse à propos des conseils d'administration. Mais cette période n'est pas tout à fait révolue.

Actuellement, la plupart des dirigeants ne sont pas disposés à modifier les stratégies mises en place et chacun a ses raisons. L'exemple de SWISSAIR est d'un enseignement riche. Une métaphore de R. COHEN⁴ convient à merveille :

"Il était une fois un homard qui se retrouva contre son gré dans une casserole d'eau froide. Après s'être demandé ce qui lui arrivait, il conclut sagement qu'il s'agissait en fait d'un simple changement de décor, sans conséquences majeures.

Quelques minutes plus tard, il sentit une légère augmentation de la température. «Même si ce n'est pas très agréable, se dit-il, ce n'est pas dramatique.» La température continuant de s'élever, il pensa que ce changement ne pouvait être que passager, et qu'il ne fallait pas s'en préoccuper outre mesure.

Quelques minutes encore et il réalisa que la température, cette fois, devenait vraiment désagréable. Il formula alors de grandes résolutions : «Si les choses continuent ainsi, je prendrai des mesures concrètes pour évacuer les lieux.» La situation, bien entendu, continua de se détériorer. Et quand le homard voulut enfin quitter sa casserole, il n'en avait plus la force. Il était tout simplement cuit."

Toute ressemblance avec des conseils d'administration de sociétés anonymes suisses ne peut être que fortuite !..

Il y a peu, les conseils d'administration sont passés au premier plan. La presse rend plus fréquemment compte de leurs agissements. Du fait de la pression des actionnaires et des *stakeholders*, ils sont désormais condamnés à exercer leurs fonctions de manière beaucoup plus active.

⁴ Propos extrait de l'article paru dans "PME Magazine", Octobre 2000, p. 56.

Quels sont donc les rôles de ces conseils d'administration ?

Organisation

La législation suisse est très libre concernant l'organisation du conseil d'administration, ce qui représente un avantage certain. Différentes structures peuvent être mises en place selon le type d'entreprise et de la taille de celle-ci.

La loi prévoit cependant trois organes obligatoires :

- l'assemblée générale;
- le conseil d'administration; et
- l'organe de révision.

Depuis, la révision du droit de la société anonyme, en 1992, une délimitation très nette des attributions aux organes a été mise en place, tout en accentuant le fait que les délégués ou les tiers (directeurs) gèrent effectivement l'entreprise et que les administrateurs ont le devoir de surveiller la gestion.

En Suisse, le système est de type moniste, c'est-à-dire unitaire, par opposition au système dualiste, comme c'est le cas, par exemple, en Allemagne.

Devoirs

Le conseil d'administration doit gérer les affaires de la société et prendre les décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou par les statuts (art. 716 CO).

Il doit exercer les attributions qui lui reviennent (art. 716a CO), en particulier la haute direction et la haute surveillance ainsi que fixer l'organisation.

Il veillera, de plus, à ce que les membres du conseil d'administration soient convenablement informés (art. 716a al. 2 CO).

Chaque conseil d'administration devra compléter ses attributions du conseil d'administration par des obligations fondamentales de l'administrateur.

Délégation

La délégation est un transfert d'attributions de gestion et/ou de représentation qui incombent normalement au conseil d'administration.

La gestion peut être déléguée à un ou plusieurs délégués (administrateur-délégué) et/ou tiers (directeurs) que si les statuts autorise le conseil d'administration à le faire pour tout ou partie de la gestion.

La délégation implique trois nouveaux devoirs : la nomination des personnes chargées de la gestion, les instructions à leur donner et leur surveillance.

Représentation des intérêts

La représentation des intérêts est clairement sous-entendue par la loi et est orientée sur la protection des intérêts de la société (art. 717 al. 1 CO).

Les intérêts de la société ne sont autres que les intérêts des actionnaires, de tous les actionnaires.

Cependant, des intérêts spéciaux peuvent être aussi représentés. Il s'agit de la représentation d'une personne morale (art. 707 al. 3 CO), de catégories d'actions (art. 709 al. 1 CO), de minorité ou groupes d'actionnaires (art. 709 al. 2 CO) et d'une corporation de droit public (art. 762 al. 1 CO)

Les divers intérêts au sein de la société devraient être représentés par des administrateurs non-directeurs.

Devoirs de diligence et de fidélité

Ces devoirs sont réglementés par le droit suisse (art. 717 CO). Les administrateurs doivent faire preuve de toute la diligence nécessitée par les circonstances et être loyaux envers la société.

Par ces deux exigences, le devoir de diligence et le devoir de fidélité, les administrateurs sont tenus par la loi à **apporter un soin tout particulier** dans l'exécution de leur activité en conformité de la loi, des règlements, des instructions de l'assemblée générale, de l'honneur, de l'équité, de la morale **tout en étant fidèle**.

Ce sont des concepts de nature éthique qui ne sont pas explicités dans la loi, mais définis par les usages.

Responsabilités

La responsabilité des administrateurs et des personnes chargées de la gestion est légiférée à l'art. 754 al. 1 CO. Au terme des dispositions, "les membres du conseil d'administration [...] répondent à l'égard de la société". L'administrateur engage sa responsabilité du fait même de sa fonction.

Corollaire de la délégation, le conseil d'administration a une responsabilité d'exécution des tâches qu'il a déléguées.

La responsabilité en cas de délégation de tout ou partie de la gestion est engagée seulement si la délégation elle-même est illicite ou si une tâche intransmissible a été déléguée.

L'exonération de la responsabilité en cas de délégation n'est pas automatique. L'administrateur doit pouvoir prouver qu'il a choisi, instruit et surveillé les personnes chargées de la gestion avec la plus grande diligence.

Solidarité

En droit suisse, les administrateurs sont solidaires par l'engagement de leurs actes et ont, par conséquent, une responsabilité solidaire par leurs fautes et/ou leurs actes illicites.

Il est important de relever que la seule source d'information sur les conseils d'administration disponible au public est le rapport de gestion des sociétés anonymes et pour autant qu'elles soient cotées en bourse, car sinon rien ne les oblige à fournir des renseignements au public. Seuls les actionnaires ont droit à de l'information.

Toutefois ces rapports de gestion ne fournissent que les noms et qualités des administrateurs et rien d'autre à l'heure actuelle.

En Suisse, il y a quelque temps, toute remise en question était considérée comme inopportune et le plus grand secret entourait la personnalité de l'administrateur et ses activités. Cela commence à changer. Nous en apercevons les frémissements; par exemple ECONOMIESUISSE (organe faitier des entreprises suisses, anciennement VORORT) considérait en 1998 encore, que la Suisse n'avait pas besoin de se préoccuper du *Corporate Governance* et pensait que tout allait bien. Au début 2001, un groupe d'expert a été mandaté pour se pencher sur la question afin d'établir un point de situation et d'émettre des recommandations si nécessaires.

Le *Corporate Governance* sera en filigrane tout au long de cet ouvrage. Une partie spécifique est consacrée à ce sujet afin de comprendre les enjeux très importants qui se dégagent derrière ces principes.

Le *Corporate Governance* est traduit en "gouvernement d'entreprise". D'autres terminologies ont cours, comme "gouvernement de l'entreprise" ou "gouvernance d'entreprise".

Le gouvernement d'entreprise est l'ensemble des principes et des règles d'organisation, de comportement et de transparence visant à assurer – dans l'optique de la protection des actionnaires – l'équilibre entre la direction et le contrôle de l'entreprise à l'échelon le plus élevé, tout en respectant la capacité de décision et l'efficacité de la conduite.

Les principes de gouvernement d'entreprise comprennent généralement les droits et les obligations des actionnaires, les droits, les obligations, la structure et le mode de fonctionnement du conseil d'administration et, enfin, les obligations de publicité.

Le gouvernement d'entreprise fait donc référence aux relations entre les actionnaires, le conseil d'administration et les dirigeants et à leurs responsabilités, afin de rééquilibrer les pouvoirs au sein de la société.

PRÉAMBULE

Une entreprise pour être pérenne doit être organisée. Organiser, c'est donner un ordre, une structure durable... c'est passer de l'à peu près à l'efficacité.

C'est justement une des attributions légales que le conseil d'administration doit accomplir, à savoir "fixer l'organisation".

De tout temps, gérer une entreprise n'est pas chose aisée. Les dirigeants se trouvent souvent seuls face à une série de problèmes qui l'empêchent de penser à l'avenir de la société. Constituer un conseil d'administration qui fonctionne de manière efficace est une façon de s'arrêter pour penser afin de faire avancer l'entreprise.

Ce mémoire de diplôme a pour but de vous donner une vue d'ensemble et comme objectif d'éclairer les administrateurs des entreprises moyennes à grandes sur les façons de faire fonctionner et de valoriser un des organes essentiels de la société anonyme : le conseil d'administration.

Le nouveau droit des sociétés anonymes suisses a changé bon nombre de dispositions concernant le conseil d'administration. Cependant, la plupart des modifications ne sont qu'une application de la doctrine et de la pratique déjà en vigueur. D'autant plus que les principes de gouvernement d'entreprise transforment quelque peu la relation des administrateurs face à l'entreprise.

Les mandats de conseil d'administration contiennent des risques; ces derniers sont encore accrus en temps de récession. Ces risques peuvent être affrontés si certaines règles sont respectées.

La pression des "affaires" pourrait donc accélérer le débat sur l'introduction en Suisse des principes de *Corporate Governance*, doctrine anglo-saxonne de répartition des pouvoirs à la tête des entreprises.

Je précise d'emblée ce que ce mémoire de diplôme n'est pas, j'éviterai ainsi quelques malentendus. Il ne vous détaillera pas ce qu'est un conseil d'administration au sens juridique stricto sensu, ni ne vous proposera un conseil "modèle" définitif. Ce mémoire de diplôme ne vous dira rien sur les différents métiers selon la branche d'activité de l'entreprise.

Bonne lecture !

Partie 1 - A propos de la société anonyme et de la problématique

TITRE UN - Notions générales

- Principes généraux

Dans les économies de marché, il faut considérer et s'en remettre au jeu des mécanismes du marché afin de garantir une certaine souplesse et permettre l'amélioration constante de la conception du pouvoir au sein des entreprises et de son articulation, ainsi que des pratiques relevant du gouvernement d'entreprise.

Ces mécanismes doivent en principe rester le domaine réservé des différents acteurs du secteur privé. Parmi les solutions envisageables, celles qui découlent du marché de la concurrence sont généralement considérées comme meilleures que celles imposées par le politique ou les autorités réglementaires. Toutefois, cela n'exclut pas toute action des pouvoirs publics. Les organismes gouvernementaux doivent élaborer un cadre réglementaire qui définit et délimite les règles du jeu sans pour autant empêcher les mécanismes du marché de remplir leur fonction.

En préambule, il convient de définir la notion d'économie. La définition la plus répandue est certainement celle-ci :

"l'économie est la science de l'allocation de ressources rares à la satisfaction de besoins potentiellement infinis".

Cette définition permettra de concevoir ce qu'il faudra appeler communément la finalité des entreprises⁵.

En outre, ces entreprises sont un moyen d'allocation des ressources parfois moins coûteux que le marché. R. H. COASE l'affirmait en 1937 déjà pour expliquer les raisons de l'existence des sociétés.

La nature de l'entreprise

Comme A. COTTIER le définit, **l'entreprise**, d'une façon générale, est **"une entité juridique et une cellule économique** qui s'adonne à un faisceau d'activités dont certaines sont économiques et financières; cette cellule est distributrice de revenu aux apporteurs de ressources"⁶.

⁵ Cf. infra "Finalité des entreprises", p. 75.

⁶ Cf. Cottier (André). – Traité de comptabilité générale – *Georg (Genève)*, 1992, Vol. I, p. 1.

Entreprise et société, ou l'existence et les frontières de deux unités.

Comme la définition de A. COTTIER le montre, la nature de l'entreprise est scindée en une unité juridique et une cellule économique. Pour bien comprendre ces différences, P.-L. BRODIER parle de société (unité juridique) et d'entreprise (cellule économique). Cette distinction est le fruit de l'interprétation des notions que J.-P. ROBÉ⁷ a développées dans son livre.

Illustration 1 – La société (entité juridique)

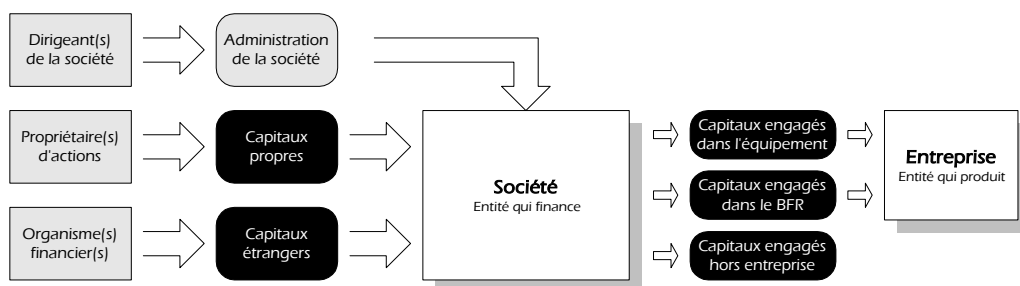
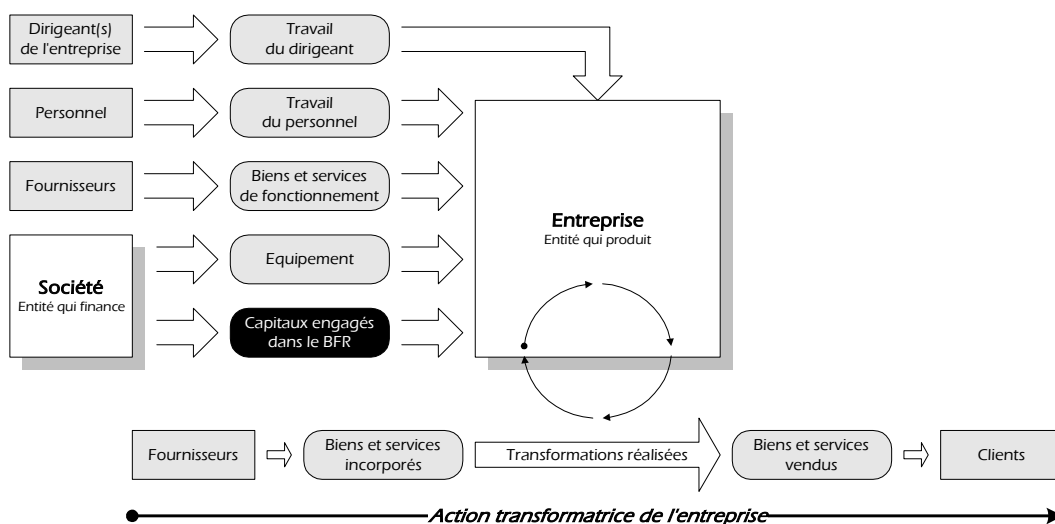


Illustration 2 – L'entreprise (entité économique)



La société finance l'entreprise avec des ressources telles que les capitaux propres et les capitaux étrangers. **La fonction de l'entreprise est de produire des biens et services** avec l'ensemble des ressources dont elle dispose (personnel, équipement, consommations de fonctionnement, capitaux engagés par la société).

⁷ Jean-Philippe Robé fait une distinction nette entre la société, qui est un contrat établi entre des associés et qui représente la personne morale, et l'entreprise, qui est une organisation industrielle ou commerciale et qui n'a pas de statut juridique propre. Cf. Robé (Jean-Philippe) – L'entreprise et le droit – Editions PUF (Paris), 1999, p. 15 et ss.

La qualité de la «personne morale» s'applique donc à la société et non à l'entreprise. La société désigne en effet le contrat entre les associés, contrat qui grâce à la personne morale, sert de point d'ancrage à tous les autres contrats nécessaires au fonctionnement et à l'organisation de l'entreprise. La notion de société ne recoupe pas celle de l'entreprise comme ensemble organisé avec ses divisions, ses différentes unités de production, ses réseaux de distributions, etc.

Dans le droit suisse, le terme «entreprise» apparaît rarement et ne fait nulle part l'objet d'une définition purement juridique. Les juristes laissent le soin aux économistes de définir ce concept.

En ce qui concerne la **société**, **trois conceptions théoriques** s'affrontent sur le plan juridique :

- la première ne voit dans la société qu'un accord entre associés, c'est le **modèle dit "contractualiste"**;
- la seconde caractérise la société comme une organisation dotée d'une existence autonome et d'une finalité propre, elle est appelée **modèle "institutionnaliste"**; et
- le **modèle de l'actionnaire propriétaire** représente la troisième vision, soit la société considérée comme la propriété des actionnaires.

Ces modèles s'opposent en particulier sur la question du gouvernement d'entreprise.

Le modèle contractualiste récuse par exemple l'idée que les actionnaires seraient les propriétaires de la société. Elle est une personne morale donc un sujet de droit. Elle ne saurait être la propriété de quiconque. Les actionnaires ne sont pas propriétaires des actifs. Ils n'ont que le droit de voter et de recevoir une partie du résultat.

De même, la conception institutionnaliste avance que la société poursuit un intérêt social et refuse donc l'idée de maximisation de la valeur actionnariale associée à la conception de l'actionnaire propriétaire. Elle est influencée par l'analyse économique.

A propos de modèles, Y. PESQUEUX fait remarquer qu'il existe une différence d'appréciation entre réalité et vérité.

"La nature diffère donc des objets de la réalité perçus en tant que tels. On est ainsi amené à en parler par référence à un modèle qui aide ainsi à en construire la représentation et, en quelque sorte, à la traiter comme une réalité à laquelle on se réfère tendant à valider le modèle comme s'il s'agissait d'une réalité. C'est ce qui justifie d'ailleurs la fonction de construction d'une représentation perceptible et communicable par le modèle"⁸.

⁸ Cf. Pesqueux (Yvon). – Le gouvernement de l'entreprise comme idéologie. – *Editions Ellipses (Paris)*, 2000, p. 179.

Notions de la société anonyme

La **société anonyme** en Suisse est la forme juridique des entreprises inscrites au Registre du commerce la plus courante. Les bases légales sont consignées dans les art. 620 à 763 CO.

C'est une entité économique à base de capitaux, qui **poursuit**, en règle générale, **des objectifs économiques** et exploite une entreprise commerciale.

P. TERCIER définit la société comme "tout d'abord un patrimoine, une entité sociale individualisée regroupant des personnes et des moyens et qui a sa vie propre (cf. art. 756 al. 1 CO). Mais cette société appartient à des actionnaires qui, dans l'esprit légal, paraissent en être les seuls maîtres (cf. art. 698 al. 1 CO). Cette société est enfin un sujet patrimonial avec lequel les tiers entrent en relation (cf. art. 757 al. 2 CO)"⁹.

"La société anonyme est celle qui se forme sous une raison sociale, dont le capital-actions est déterminé à l'avance, divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social"¹⁰.

P. TERCIER¹¹, toujours, donne **trois conditions de la définition légale** :

1. il faut que l'on se trouve en présence d'une société ayant la **personnalité morale**, ce qui implique notamment l'existence d'un but et d'une raison sociale;
2. il faut qu'elle ait un **capital déterminé** à l'avance et divisé en actions;
et
3. il faut enfin que la **responsabilité soit assumée par la société**, à l'exclusion des associés.

La société anonyme est donc une société commerciale, par opposition aux sociétés civiles. Elle s'oppose aussi aux associations, qui n'ont en principe pas de but lucratif, et aux administrations, qui ne relèvent pas de la propriété privée.

Il faut donc distinguer les sociétés anonymes en tant que sociétés de capitaux, contrairement aux sociétés dites de personnes. La société anonyme est l'une des principales formes de sociétés de capitaux.

La société anonyme est une organisation légalement autorisée à produire et à commercer. Elle a une personnalité juridique distincte de ses propriétaires. La propriété est divisée entre des actionnaires.

⁹ Cf. Tercier (Pierre). – Quelques remarques sur la responsabilité et les devoirs des administrateurs – *CEDIDAC (Lausanne)*, 1987, p. 44.

¹⁰ Cf. CO art. 620 al. 1.

¹¹ Cf. Tercier (Pierre). – La société anonyme I : Généralités. – *FJS (Genève)*, 1992, n° 389, p. 11-12.

Les actions donnent aux actionnaires droit aux profits de la société. Par la vente de ses droits, via les actions, la société anonyme peut collecter des fonds pour les engager dans l'entreprise. Toute entreprise a besoin de certains capitaux pour se créer et financer sa croissance – pour payer les investissements, les fournisseurs, les matières premières et les salaires – avant qu'elle ne dégagne des ventes pour générer un chiffre d'affaires qui permettra de couvrir les coûts et laisser un substantiel profit.

Les dividendes des sociétés anonymes correspondent à la part des profits réservée aux actionnaires et que la société ne souhaite pas réinvestir dans l'entreprise. C'est la rémunération du capital investi par les actionnaires dans la société. S'ils estiment que leur rémunération est faible, ils se détourneront de la société et chercheront à vendre leurs actions. Ce n'est bien évidemment pas sain, car l'entreprise aura du mal à trouver de nouveaux financements. Pour ce motif, les sociétés doivent **fidéliser leurs actionnaires** et agir sur la politique du dividende à mener.

Un élément fondamental de la société anonyme est la **limitation de la responsabilité des actionnaires**, donc des propriétaires, à leur apport. Cela signifie qu'ils peuvent perdre au maximum, en cas de faillite de la société, uniquement le montant de leur apport. Mais ils peuvent aussi réaliser des plus-values, représentées par les rétentions de profit et l'accumulation de réserves latentes qui viennent s'ajouter à la valeur de leur apport. La rémunération de leur investissement sera effectuée par la distribution d'un dividende, lequel représente en quelque sorte les intérêts du capital investi.

La société anonyme est la principale forme d'organisation adoptée par les grandes entreprises. Elle est, en outre, un élément essentiel du développement de l'économie de marché et de la croissance de la richesse.

L'explication peut être faite par quatre caractéristiques juridiques :

- la personne morale,
- la responsabilité limitée,
- la négociabilité des titres et
- la séparation des pouvoirs de gestion et de propriété.

La société dispose, comme une personne physique, d'attributions qui lui sont propres (raison sociale, siège social, adresse, nationalité, etc.). Elle limite la prise de risques des entrepreneurs, ce qui a pour corollaire d'augmenter le risque pour les créanciers. Ceux-ci sont cependant mieux à même de l'assurer.

Par la **négociabilité de ses actions**, elle offre la possibilité de diversifier les risques. Il y a là un **important facteur de stimulation des investissements**.

Il s'agit bien ici de séparation du pouvoir de gestion et non de contrôle, comme A. A. BERLE et G. C. MEANS¹² l'ont consacré en 1932 avec le concept de «*ownership and control*», car les actionnaires en dernier lieu gardent le contrôle ultime à travers leur droit à nommer et révoquer les administrateurs, auxquels ils incombent de gérer la société. Ainsi les actionnaires n'ont pas besoin de participer activement à la gestion, ce qui permet d'augmenter le nombre d'investisseurs potentiels et donc les possibilités de financement des entreprises. C'est cette conception de la séparation de la propriété et du contrôle qui aida les Etats-Unis à se muer d'un pays de petits paysans en propriétaires d'une nation d'affaires.

Les sociétés anonymes sont dirigées par un conseil d'administration. C'est un organe collégial imposé par la loi; ses membres sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires, afin d'assurer la gestion de la société au sens large.

Un parallèle peut être tiré entre les pouvoirs d'une société anonyme et ceux d'un pays; **l'assemblée générale symbolise le pouvoir législatif et le conseil d'administration incarne le pouvoir exécutif.**

Mais c'est véritablement la direction générale qui s'est appropriée le pouvoir exécutif, reléguant le conseil d'administration en une simple «chambre d'enregistrement».

Fondation de la société anonyme et statuts

La société comptera trois fondateurs au minimum lors de sa fondation¹³. La signature des actions par des tierces personnes, à titre fiduciaire, est admise. Ce nombre minimum de fondateurs (trois) correspond au nombre d'actionnaires nécessaire pour constituer le conseil d'administration et il sera toujours égal au nombre des fondateurs.

Le capital social (capital-action) ne peut être inférieur à CHF 100'000, dont le 20% doit être libéré, mais avec un minimum de CHF 50'000.

Durant la constitution de la société, le droit considère l'entité comme une société simple et est régie par les art. 530 et ss. CO.

La constitution de la société se fait par acte authentique et comporte une série d'actes juridiques. Les statuts légaux sont promulgués et les organes désignés. Elle prend fin à l'inscription au Registre du commerce du siège de la société.

La définition que P. TERCIER donne des statuts de la société anonyme est la suivante :

"Les statuts [de la société anonyme] se définissent comme un ensemble de normes, adoptées par la société pour lui servir de fondement"¹⁴.

¹² Cf. Berle (Adolph A.), Means (Gardiner C.). – *The Modern Corporation and Private Property*. – 1932.

¹³ Cf. CO art. 625 al. 1.

¹⁴ Cf. Tercier (Pierre). – *La société anonyme I : Généralités*. – *FJS (Genève)*, 1992, n° 389, p. 21.