




Sociétés de famille – Particularités et défis managériaux, juridiques et fiscaux

Une manifestation de
Académie de la Chambre fiduciaire SA

Hôtel Lausanne Palace

Lausanne, le 11 octobre 2012



Gouvernance de SA de famille et convention d'actionnaires

Sébastien Bettschart

ABELS Avocats

Docteur en droit, LL.M. (NYU)
Chargé d'enseignement à l'Université de Genève

bettschart@abels.pro



Académie
de la Chambre fiduciaire



Plan

I. Introduction

II. Gouvernance de SA de famille

III. Conventions d'actionnaires

IV. Remarques conclusives

I. Introduction

1. Les entreprises familiales (cotées) sont-elles plus performantes?

| | Entreprises familiales | Autres actionnaires majoritaires | Entreprises à actionariat dispersé |
|-----------------------------------|------------------------|----------------------------------|------------------------------------|
| RoA (rendement des actifs) | 7,92% | 5,70% | 5,92% |
| RoE (rendement des fonds propres) | 12,20% | 8,15% | 7,62% |
| Q de Tobin | 1,70 | 1,45 | 1,78 |

(Isakov / Weisskopf, *Are Founding Families Special Blockholders? An Investigation of Controlling Shareholder Influence on Firm Performance*, 2012)

I. Introduction

2. Définition

- Une société est dite de famille lorsque, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, une famille domine une entreprise (indépendamment de sa dimension ou du fait qu'elle soit cotée)
- 88% d'entreprises familiales en Suisse, 68% en Allemagne et 71% en Espagne (Universität St-Gallen, 2004)

I. Introduction

3. Typologie des entreprises familiales

- En fonction de la taille ou de la nature de la société
 - PME (Bilan: 20 m./ CA: 40 m./ employés: 250)
 - sociétés importantes non cotées en bourse (Hilti, Liebherr, Ringier)
 - sociétés cotées en bourse (Bobst, Kudelski, Roche, Tamedia, Swatch)
 - négociants ou banques privées (Hottinger, Vontobel)

I. Introduction

3. Typologie des entreprises familiales (suite)

- En fonction de l'implication de la famille
 - dirigée par le fondateur / la famille
 - contrôlée par la famille
 - formes hybrides

⇒ il n'y a pas d'homogénéité du phénomène "sociétés de famille"

⇒ nécessité de réduire la complexité

I. Introduction

4. Les entreprises de famille souffrent-elles d'un déficit de gouvernance?

- Problèmes (communs) fréquents:
 - concentration des pouvoirs
 - manque de transparence (hors sociétés cotées) et absence de contrôle
 - rôles mal définis
 - népotisme
 - utilisation indue des ressources de l'entreprise

I. Introduction

4. Les entreprises de famille souffrent-elles d'un déficit de gouvernance? (suite)

- Approches
 - managériale
 - psychologique
 - juridique

I. Introduction

5. Profil des sociétés de famille concernées par la thématique

- Plusieurs membres de la famille impliqués dans la société
- Sociétés d'une certaine taille mais non cotées
⇒ pas de données publiques

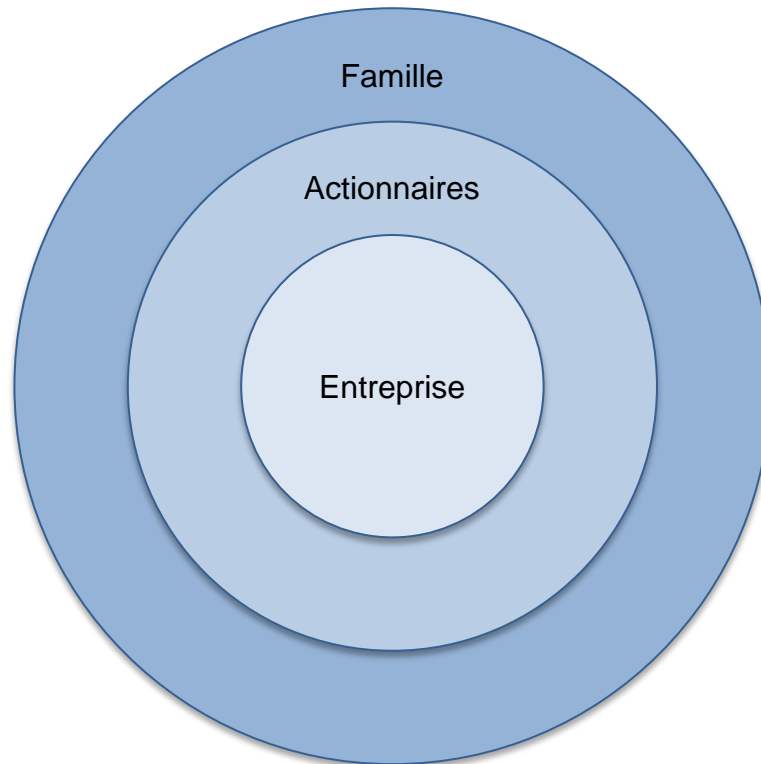
II. Gouvernance de SA de famille

1. Gouvernance familiale et gouvernance d'entreprise

- Aspects "extérieurs" à l'entreprise: la gouvernance familiale
 - charte familiale comme expression du consensus concernant les objectifs et les valeurs que la famille entend développer par rapport à l'entreprise perçue comme un bien commun à la famille
 - conseil et assemblée de famille
 - structuration successorale, patrimoniale et fiscale
 - *business* ou *family first*
- Aspects spécifiques à l'entreprise: la gouvernance d'entreprise
 - reprise des principes généraux pour les sociétés non cotées?
 - adaptation aux sociétés de famille?

II. Gouvernance de SA de famille

1. Gouvernance familiale et gouvernance d'entreprise (suite)



| | |
|--------------|---|
| Entreprise | Art. 620 ss CO, statuts, règlement d'organisation |
| Actionnaires | Convention d'actionnaires |
| Famille | Charte |

II. Gouvernance de SA de famille

2. La gouvernance d'entreprise

- *La gouvernance vise l'équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société (checks and balances), une transparence suffisante des processus internes et la protection du statut juridique des actionnaires.*

(Message du Conseil fédéral concernant la révision du droit de la SA, 2007)

- *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.*

(Code suisse de bonne pratique, 2002-2007)

II. Gouvernance de SA de famille

2. La gouvernance d'entreprise (suite)

- Le Code suisse de bonne pratique *se propose de fixer une ligne de conduite et de formuler des recommandations. Il n'a pas pour but d'enfermer les entreprises suisses dans un carcan de réglementations. Chaque société doit conserver la possibilité de développer ses propres principes d'organisation.*

(Code suisse de bonne pratique, 2002-2007)

- Devoirs d'information et de publicité des sociétés cotées auprès de la SIX Swiss Exchange : *comply or explain*

(Directive Corporate Governance, 2002-2008)

II. Gouvernance de SA de famille

2. La gouvernance d'entreprise (suite)

- Modèle: sociétés cotées (DCG; CSBP: *Des sociétés ou organismes économiques importants non cotés, même s'ils ont une autre forme juridique que celle de la société anonyme, peuvent emprunter au «Code suisse» ses idées directrices*)
⇒ adaptation nécessaire pour les sociétés non cotées
- Code des obligations (p. ex. art. 663b^{bis}, 716a, 728 CO)
- Révision du droit de la SA (élargissement des droits de l'actionnaire, organisation du conseil d'administration, représentation des droits de vote), Initiative Minder, contre-projet indirect, etc.

II. Gouvernance de SA de famille

3. Principaux thèmes de la gouvernance d'entreprise

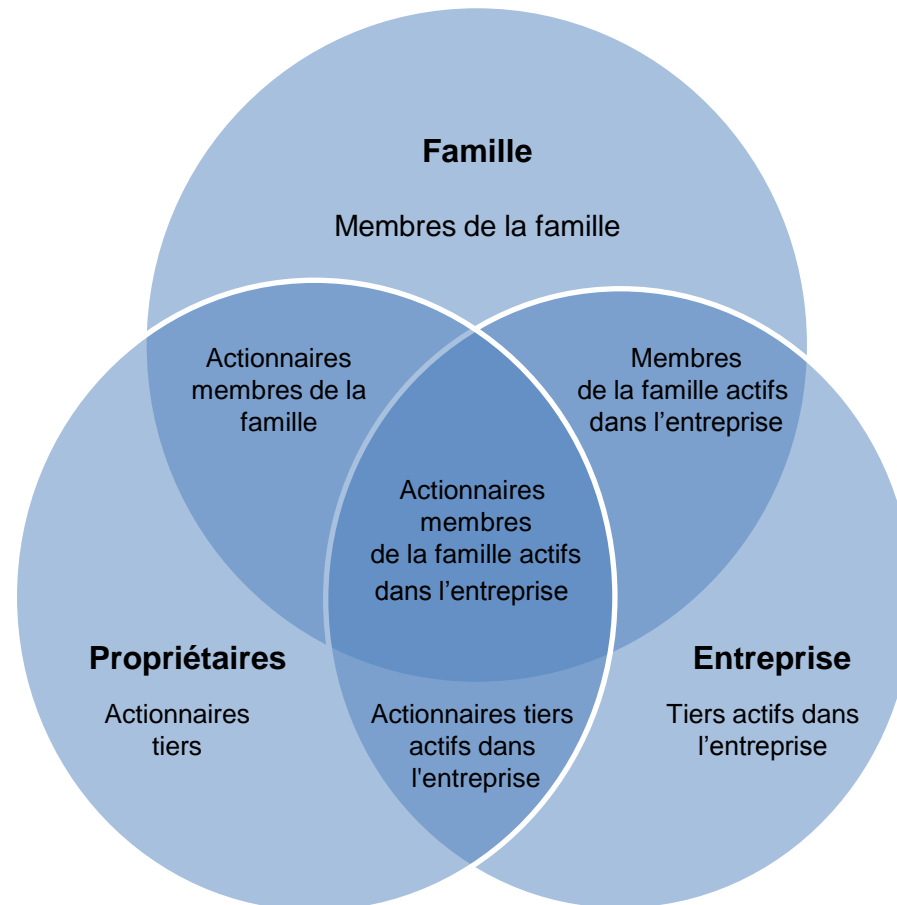
- Actionnaires
- Conseil d'administration et direction
 - tâches
 - composition
 - fonctionnement
 - conflits d'intérêts
 - système de contrôle interne et *compliance*
 - comités (audit, rémunération et nomination)
- Rémunération
- Publicité

II. Gouvernance de SA de famille

4. Gouvernance de sociétés de famille

- Adaptation des principes de gouvernance aux particularités des (différentes sortes de) sociétés de famille?
- Théorie de l'agence classique (actionnaires vs. dirigeants)
- Théorie de l'agence au sein des sociétés de famille
 - famille vs. autres actionnaires
 - famille vs. autres *stakeholders* (clients, employés, banque, autorités)
 - famille vs. famille
 - membres dirigeants / surveillants
 - membres propriétaires (avec ou sans droits de vote)
 - autres (conjoints, héritiers, etc.)

II. Gouvernance de SA de famille



(Cf. Simon Bühler, *Corporate governance in Schweizer Familienunternehmen*, 2012)

III. Conventions d'actionnaires (en général)

1. Nature juridique

- Qualification
- Absence de réglementation spécifique
- Limites et relation avec le droit de la SA
- Pouvoir de négociation
- Pierre angulaire des relations entre actionnaires (*business first*)

2. Contenu d'une convention d'actionnaires (en général)

- Transfert d'actions
 - droits de préemption, *drag-along*, *tag-along*
 - options de vente et d'achat
 - décès, etc.

III. Conventions d'actionnaires (en général)

2. Contenu d'une convention d'actionnaires (en général) (suite)

- Aspects financiers
 - financement de la société
 - normes comptables
 - politique de dividende
- Non-dilution
- Autres
 - non-concurrence / non-sollicitation
 - peine conventionnelle
 - *escrow agreement*
- Durée

III. Conventions d'actionnaires (gouvernance)

3. Les dispositions relatives à la gouvernance

| Thème CG | CSBP | Convention d'actionnaires |
|----------------------|---|---|
| Représentation au CA | Pas de règle | <ul style="list-style-type: none"> Assurer au minoritaire une représentation au sein du CA Désignation nominative |
| Composition du CA | <ul style="list-style-type: none"> Composition équilibrée Aptitudes Majorité de membres non exécutifs Durée, échelonnement et sélection | <ul style="list-style-type: none"> Membres indépendants Observateurs Planification renouvellement |
| Fonctionnement du CA | <ul style="list-style-type: none"> Experts externes Auto-évaluation Information | Rare |

III. Conventions d'actionnaires (gouvernance)

3. Les dispositions relatives à la gouvernance (suite)

| Thème CG | CSBP | Convention d'actionnaires |
|--------------------------|--|--|
| Tâches du CA / direction | <ul style="list-style-type: none"> • Art. 716a CO • Approbation par le CA des affaires importantes | <ul style="list-style-type: none"> • Désignation et rôle de la direction • Annexe: règlement d'organisation • Reporting |
| Conflits d'intérêts | <ul style="list-style-type: none"> • Information • Retrait des délibérations • Récusation | <ul style="list-style-type: none"> • Rare • ATF 127 III 332 |
| Président / CEO | Cumul possible => lead director | Flexibilité de mise |
| Rémunération | Règles détaillées (annexe I) | Souvent ignoré |

III. Conventions d'actionnaires (gouvernance)

3. Les dispositions relatives à la gouvernance (suite)

| Thème CG | CSBP | Convention d'actionnaires |
|--|--|--|
| Processus décisionnel | ≠ one share – one vote | <ul style="list-style-type: none"> • Quorum / droit de veto • Accords de vote • Situations de pat |
| Droits des actionnaires (AG, renseignements, etc.) | <ul style="list-style-type: none"> • Faciliter l'exercice des droits des actionnaires • Mise en œuvre des dispositions légales | <ul style="list-style-type: none"> • Protection des minoritaires • Votes consultatifs |
| Réviseurs | Succinct (art. 29) | <ul style="list-style-type: none"> • Souvent prévu • Type de révision |
| Publicité | DCG | Rare |

IV. Remarques conclusives

- **Les entreprises familiales sont des entreprises (presque) comme les autres**
- **Thématique de la gouvernance souvent reléguée (à tort) à l'arrière-plan**
- **Les conventions d'actionnaires comme canal de négociation sur les questions de gouvernance**

Merci de votre attention

Sébastien Bettschart
ABELS Avocats

1, r. Michel-Roset – 1201 Genève
T 022 715 07 00 – F 022 715 07 01

bettschart@abels.pro
www.abels.pro

Gouvernance de SA de famille et convention d'actionnaires

Annexes

1. Simon Bühler, Corporate Governance in Schweizer Familienunternehmen, L'ECS 2012, p. 162 ss
2. Portail PME, Dix conseils à suivre pour les entreprises familiales
3. Continuum, Guide de gouvernance pour les entreprises familiales, Charte familiale, 2011, p. 13
4. IPFM Center for Corporate Governance, Best Practice pour PME, 2009
5. Contre-projet indirect (Code des obligations - Indemnités dans les sociétés cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme) dans sa version adoptée par les Chambres fédérales, 16 mars 2012
6. ATF 127 III 332 = JdT 2001 I 258

Das Modell der eigentümergeführten Unternehmung führt zu spezifischen Anforderungen an die Corporate Governance. In einer Studie mit sechs grossen Familienunternehmen wurden Theorie, Expertenmeinungen und Praxis verglichen. Die zehn abgeleiteten Empfehlungen ermöglichen eine kritische Reflektion. Die Individualität der Unternehmen erfordert aber massgeschneiderte Regeln.

SIMON BÜHLER

CORPORATE GOVERNANCE IN SCHWEIZER FAMILIENUNTERNEHMEN

Wissenschaftlich fundierte und praktisch validierte Standortbestimmung 2011

1. AUSGANGSLAGE

Corporate Governance kann grundsätzlich als *Gesamtheit der organisatorischen und inhaltlichen Ausgestaltung der Führung und Überwachung von Unternehmen* verstanden werden [1]. Der Bedarf nach einer Diskussion zum Thema Führung und Überwachung von Unternehmen ergab sich in den 1930er-Jahren aus der Feststellung, dass sich die Interessen der Eigentümer und jene der Unternehmensführung unterscheiden können (Prinzipal/Agent-Theorie) und die gesetzlichen Grundlagen (Schweiz: Obligationenrecht) zur Beseitigung dieser Problematik nicht ausreichen [2].

In der Folge wurden weltweit verschiedene Ansätze für Corporate-Governance-Regeln entwickelt, welche dem Kontext der unterschiedlichen Organisationsformen angepasst sind [3]. Unter anderem wurden Ansätze für börsenkotierte Unternehmen, für kleine Unternehmen oder für Familienunternehmen entwickelt. Damit einher ging eine grosse Anzahl von Fachbeiträgen zum Thema, welche von Experten verschiedener Fachrichtungen publiziert wurden und werden.

Ob diese teilweise umfassenden Ansätze und Empfehlungen von Schweizer Familienunternehmen mittlerer Grösse aufgenommen werden, ist wenig bekannt. Im Gegensatz zu börsenkotierten Unternehmen besteht bei mittelgrossen Unternehmen in Familienbesitz keine Informationspflicht der Öffentlichkeit über die Corporate Governance.

Dieses Defizit an Transparenz verhindert, dass mittelgrosse Schweizer Familienunternehmen ihre Corporate Governance an den gelebten Grundsätzen in vergleichbaren Unternehmen messen können. Es ist ihnen dadurch nicht

möglich, die eigene Corporate Governance kritisch zu reflektieren und allenfalls Verbesserungsmaßnahmen an ihrer eigenen Corporate Governance abzuleiten.

2. ZIELSETZUNG

Auf Basis einer breiten Analyse sowohl der Literatur als auch der gelebten Praxis sollten Empfehlungen für eine Corporate Governance in etablierten, mittelgrossen Deutschschweizer Familienunternehmen erarbeitet werden. Diese Empfehlungen sollen Familienunternehmen dazu dienen, die eigene Corporate Governance kritisch zu reflektieren und allfälliges Verbesserungspotenzial abzuleiten.

3. VORGEHEN

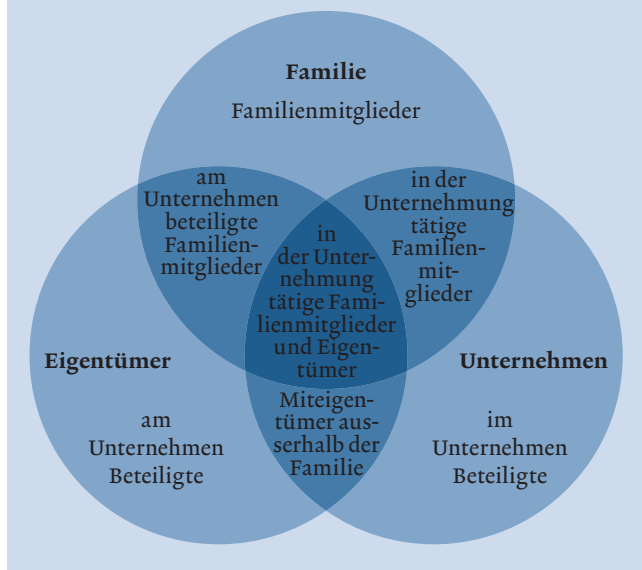
Im ersten Schritt wurde die wissenschaftliche Theorie aufbereitet und eine systematische Übersicht erstellt. Bereits hier zeigte sich, dass andere Themen beschrieben werden als in der Literatur zur Corporate Governance in börsenkotierten Unternehmen. In die Literaturanalyse einbezogen wurden neben der wissenschaftlichen Literatur auch Fachbeiträge von ausgewiesenen Praktikern sowie die existierenden Praxis-Leitfäden zum Thema [4]. Die Zusammenstellung der Ergebnisse dieser Analyse ermöglichte die Zusammenstellung eines Fragebogens.

Mit dem Fragebogen sollten die Ergebnisse der Literaturanalyse validiert werden. Der Auswahl der zu befragenden Unternehmen kam dabei eine grosse Bedeutung zu, weil keine repräsentative Umfrage gemacht werden sollte, die Ergebnisse aber trotzdem für andere Unternehmen relevant sein sollten. Es wurden deshalb Kriterien festgelegt, welche teilnehmende Unternehmen erfüllen müssen:

→ **Führungs-/Eigentumsstruktur:** Mindestens zwei Familienmitglieder sind in bedeutendem Ausmass an Führung oder Eigentum der Unternehmung beteiligt; → **Mittelgrosse Unternehmen** mit 30 bis rund 500 Mitarbeitenden: Die Organisationen mussten einen erhöhten Komplexitätsgrad aufweisen, welcher Regeln für die Corporate Governance überhaupt erforderlich macht; → **Wirtschaftlicher Erfolg:** Die Unternehmen haben einen Unternehmerpreis gewonnen, wurden dafür nominiert oder nehmen an dessen Vergabe teil (z. B. Unternehmerpreis des Swiss Venture Club, Entrepre-



SIMON BÜHLER,
BETRIEBSÖKONOM FH,
MAS IN CORPORATE
DEVELOPMENT, RPC AG,
BERN,
SIMON.BUEHLER@
RPCCONSULTING.CH

Abbildung 1: **SICH ÜBERSCHNEIDENDE SYSTEME IM FAMILIENUNTERNEHMEN**

neur of the Year von Ernst & Young, Esprit); → Vertretung sämtlicher Regionen der Deutschschweiz; → Bereitschaft zur Mitwirkung an der Studie.

Die ausgewählten sechs Familienunternehmen erfüllen diese Kriterien weitestgehend. In den Unternehmen wurden sechzehn Einzelgespräche geführt. Interviewpartner waren in der Regel ein (Mit-)Eigentümer, ein Familienmitglied und eine familienexterne Schlüsselperson. Die Ergebnisse der Befragung wurden anschliessend systematisch mit der Literaturanalyse verglichen.

4. BESONDERHEITEN VON FAMILIENUNTERNEHMEN

Warum erfordern Familienunternehmen überhaupt eine andere Corporate Governance als börsenkotierte Unternehmen? Die (partielle) Einheit von Führung und Eigentum macht das Familienunternehmen zu einer besonderen Unternehmensform [5]. In Familienunternehmen begegnen sich Menschen in unterschiedlichen Rollen. Eine Unterhaltung zwischen Eigentümer und Geschäftsführer kann gleichzeitig eine Unterhaltung zwischen Vater und Sohn sein. Die

Situation wird von vielen Autorinnen und Autoren als «sich überschneidende soziale Systeme» bezeichnet [6]. Besonders herausfordernd wird die Situation, wenn familienfremde Führungskräfte in der Unternehmung mitwirken und/oder sogar familienfremde Personen beteiligt sind (Abbildung 1). Das Herausfordernde dabei ist, dass die sich überschneidenden Systeme nach unterschiedlichen Zielen, Normen und Regeln funktionieren (Abbildung 2) [7]. Für die Familienunternehmung können sich daraus Chancen und Gefahren ergeben (Abbildung 3) [8]. Die Nutzung dieser Chancen bei einer gleichzeitigen Vermeidung der Gefahren bedingt eine spezielle Governance für Familienunternehmen.

5. ERGEBNISSE

Die Arbeit hat gezeigt, dass ausserordentlich viele Empfehlungen gemacht werden könnten. Insbesondere die Gespräche mit Unternehmern haben eine Vielzahl sehr guter und wertvoller Empfehlungen ergeben. Die nachfolgenden zehn Empfehlungen sind das Resultat einer systematischen Ableitung und Priorisierung. Sie sind in der direkten Rede an Unternehmer formuliert und entsprechen wörtlich den Ergebnissen der dargelegten Studie [9].

5.1 Grundsatz: Business first. Schaffen Sie jederzeit die besten Voraussetzungen für Ihr Unternehmen. Auch wenn Sie sich gegen Ihre eigenen Bedürfnisse oder jene Ihrer Familie wenden müssen. Weichen Sie nur sehr bewusst von diesem Grundsatz ab.

5.2 Nähe von Führung und Eigentum. Sorgen Sie für klare Eigentumsverhältnisse, wenn möglich auch dafür, dass Führung und Eigentum in den gleichen Händen liegen. Falls dies nicht möglich ist, etablieren Sie Strukturen und Prozesse für einen offenen, strukturierten und verbindlichen Austausch mit den Zielen, die Unternehmung erfolgreich zu führen und Konflikte in der Familie zu vermeiden.

5.3 Situationsgerechte Besetzung der Leitungsorgane. Stellen Sie sich Ihre Führungsorgane nach den Bedürfnissen der Unternehmung zusammen. Dies kann beispielsweise heissen, dass ein Präsident familienfremd sein muss, wenn der Geschäftsleiter ein Familienmitglied ist und umgekehrt. Generell sollte bei der Besetzung von Verwaltungs-

Abbildung 2: **UNTERSCHIEDLICHE ZIELE, NORMEN UND REGELN IN FAMILIE UND UNTERNEHMUNG**

| Kriterium | Familie | Unternehmen |
|-----------------------------|-------------------------------|--------------------------------------|
| Verhaltensweise | Emotional | Rational |
| Beziehungsprinzip | Liebe, Gefühl, Verwandtschaft | Vertrag |
| Zugehörigkeit | Dauerhaft, ist nicht kündbar | Begrenzt, ist kündbar |
| Beurteilung von Mitgliedern | Leistungsunabhängig | Leistungsabhängig |
| Orientierung | Nach innen | Nach aussen |
| Risikoeinstellung | Eher risikoavers, bewahrend | Eher risikofreudig, Fokus auf Ertrag |
| Veränderungsbereitschaft | Fokus eher auf Gefahren | Fokus eher auf Chancen |

Abbildung 3: **CHANCEN UND GEFAHREN IM FAMILIENUNTERNEHMEN**

| Chancen | Gefahren |
|--|--|
| Langfristige Perspektive, nachhaltige Handlungsweise | Unterschiedliche Behandlung von Familienmitgliedern und familienfremden Angestellten |
| Flexible Organisation und rasche Entscheidungswege | Vergangenheitsorientierte, starre Strategie |
| Ausgeprägtes Qualitätsbewusstsein | Familiäre Konflikte werden auf Kosten der Unternehmung ausgetragen |
| Starke Unternehmenskultur | Sicherheitsdenken verhindert fremdfinanzierte Wachstumsschübe |

räten darauf geachtet werden, dass der Kompetenzenmix der aktuellen Markt-, Eigentums- und Führungssituation der Unternehmung gerecht wird (Beispiele für Verwaltungsrollen: Brancheninsider, Stratege, Coach/Sparringpartner, Vertreter der jungen Generation usw.).

5.4 Regeln und Verfahren zur Konfliktbewältigung. Falls mehrere Familienmitglieder am Eigentum der Unternehmung teilhaben, sollten Sie gemeinsam Regeln und Verfahren für Konfliktfälle erarbeiten und schriftlich festhalten. Es ist zu empfehlen, dies zu tun, bevor akute Konflikte bestehen.

5.5 Klare Rollen und Instrumente in der Unternehmensführung. Legen Sie zusammen mit den relevanten Anspruchsgruppen fest, wie Sie in der Unternehmensführung zusammenarbeiten. Legen Sie das Vereinbarte in einem Führungs-/Organisationshandbuch fest und erklären sie es als verbindlich. Halten Sie sich daran.

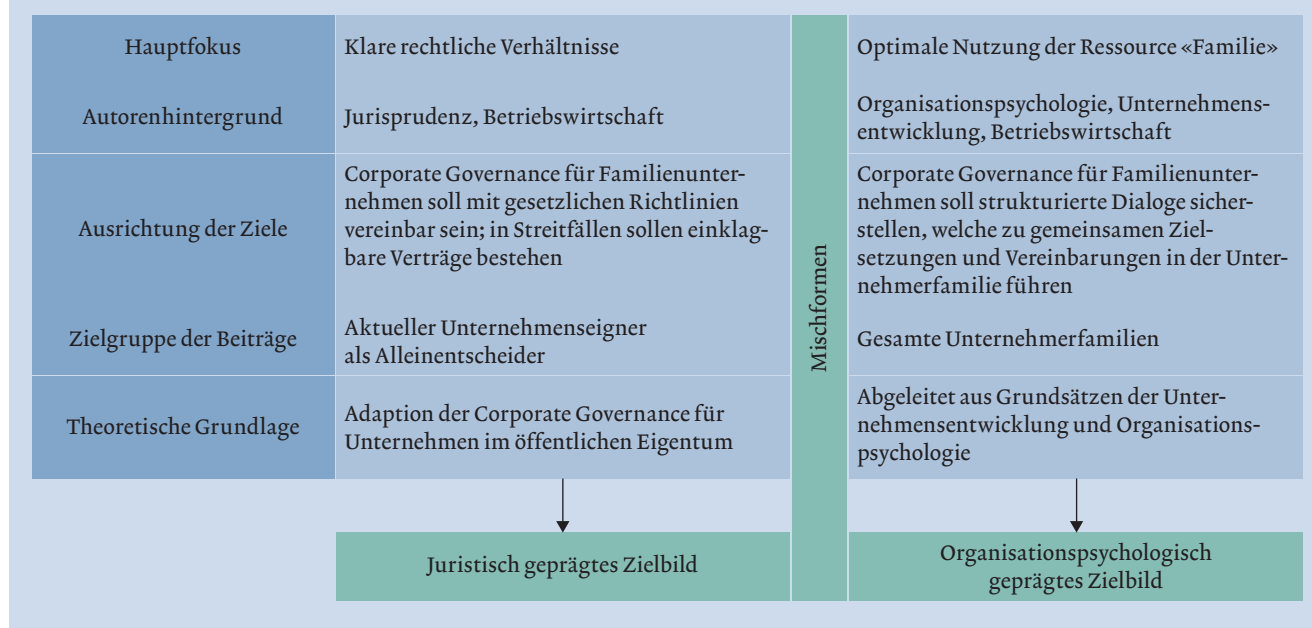
5.6 Familienmitglieder gezielt an die Unternehmung heranführen. Führen Sie bewusst Mechanismen ein, mittels

derer zukünftige Unternehmenseigentümer aus der Familie an die Unternehmung herangeführt werden können. Sie schaffen dadurch eine fundierte Entscheidungsgrundlage zwischen den Generationen, welche sowohl als Basis für eine geplante Nachfolgeregelung als auch in Notfällen von Nutzen ist (beispielsweise unerwartete Schicksalsschläge, welche zu einem vorzeitigen Eigentumswechsel durch Erbgang führen).

5.7 Faire Regeln für Veränderungen im Aktionariat. Schaffen Sie formelle Regeln für den Ein- und Austritt von Eigentümern (Aktionärsbindungsvertrag). Die Regeln sollen sowohl für die aktuellen Teilhaber als auch potenzielle weitere fair sein, damit ein Wechsel im Aktionariat zum für die Unternehmung richtigen Zeitpunkt möglich ist.

5.8 Bewusste Vermögensstrategie erhöht die Handlungsoptionen. Bilden Sie Familienvermögen ausserhalb der Unternehmung, wenn Sie mehrere Nachkommen haben. Sie erhöhen durch diese langfristige Massnahme ihren Handlungsspielraum bei einer familieninternen Nachfolgeregelung und halten die Unternehmung schlank, falls sie verkauft werden soll.

Abbildung 4: **SCHWERPUNKTE BEI ZIELEN EINER CORPORATE GOVERNANCE**



5.9 Objektivierung der Entscheidungsprozesse. Ziehen Sie unabhängige Beratung bei, wenn Situationen einen objektiven Entscheid verunmöglichen (z. B. Personalentscheide, wenn sich sowohl familieninterne als auch -externe Personen um eine Funktion bewerben).

5.10 Stärken des Modells «Familienunternehmen» gezielt nutzen. Erarbeiten Sie innerhalb der Familie Werte, Visionen und strategische Vorgaben für die Unternehmung, wenn Sie sich als Familienunternehmen positionieren und die Vorteile einer solchen Positionierung gezielt nutzen wollen. Kommunizieren Sie diese Werte unternehmensintern und gegenüber Ihren Anspruchsgruppen.

6. SCHLUSSBEMERKUNGEN

6.1 Notwendigkeit massgeschneiderter Regeln. Die erwähnten zehn Punkte sind das Resultat einer bewussten

Reduktion der Komplexität. Sie ermöglichen Familienunternehmen eine erste kritische Reflektion der eigenen Corporate Governance. Die Analyse hat aber auch die Vielfältigkeit der Situationen gezeigt. Diese erfordert eine individuelle Analyse der Corporate Governance und die Einführung massgeschneiderter Regeln.

6.2 Weitere Vertiefungsmöglichkeit. Bei der Literaturrecherche nach Zielen, welche mit einer Corporate Governance in Familienunternehmen verfolgt werden, fallen in der Tendenz zwei grundsätzlich unterschiedlich geprägte Zielbilder auf. Sie sind vom fachlichen Hintergrund des jeweiligen Autors geprägt. Es wäre spannend, das noch junge Forschungsgebiet in diesem Bereich weiterzutreiben. Es ist zu erwarten, dass sich die Zielbilder in Zukunft weiterentwickeln und annähern werden (vgl. *Abbildung 4*). ■

Anmerkungen: 1) Vgl. Töpfer, Armin (2007): S. 213. 2) Vgl. Papesch, Matthias (2010): S. 1 ff. und Nötzli Breinlinger, Ursula Gabriela (2006), S. 2 ff. 3) Vgl. Hilb/Höppner/Leenen/Mühlebach (2009), S. 1. 4) Vgl. insbesondere: Continuum AG und Prager Dreifuss (2006): Governance für Familienunternehmen: Wie man das gesunde Wachstum der Familienwerte steuert. 5) Lange, Knut Werner (2010). 6) Vgl. u. a. Mühlebach, Corinne (2004),

S. 19; Schmidt Gredig Ladina (2003); Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer (2005), Kapitel 2 B; Simon, Fritz B. (2004); Höppner, Martina in: Hilb/Höppner/Leen/Mühlebach (2009), S. 37. 7) Eigene Darstellung in Anlehnung an Mühlebach, Corinne (2004), S. 18; Nötzli Breinlinger, Ursula Gabriela (2006), S. 90; Schmidt Gredig Ladina (2003); Höppner, Martina in: Hilb/Höppner/Leen/Mühlebach (2009), S. 36; auch aus-

geführt in Simon, Fritz B. (2004). 8) Eigene Darstellung; Zusammenfassung aus verschiedenen Quellen, insbesondere Nötzli Breinlinger, Ursula Gabriela (2006), S. 94. Sowie: Hack, Andreas (2009), S. 18 und Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer (2005), Kap. 2C. 9) Bühler, Simon (2011): Corporate Governance in Schweizer Familienunternehmen: Good Practice 2011 (unveröffentlicht).



Portail PME

Dix conseils à suivre pour les entreprises familiales

Entre actionnariat et gestion, le cumul des fonctions peut poser problème dans une entreprise familiale. Mieux vaut intégrer une personne extérieure dans l'équipe de direction.

Un père au conseil d'administration et deux fils copropriétaires, à la fois au conseil d'administration et à la direction opérationnelle. Basée à Bienne, l'entreprise de construction De Luca, qui compte 140 employés, illustre bien la problématique des structures familiales: "Dans ce type d'entreprise, la séparation des pouvoirs n'est pas aussi claire que dans les entreprises cotées, explique Simon Bühler de la société bernoise Res Publica Consulting, auteur d'une étude présentant dix recommandations pour les entreprises familiales (voir ci-dessous). En effet, l'actionnariat, le conseil d'administration et la direction se composent souvent des mêmes personnes. Ce cumul des rôles, bien que l'entreprise puisse en tirer avantage, peut aussi entraîner une vision uniforme potentiellement dangereuse."

Bien conscients du problème, Roberto De Luca, directeur administratif de la société De Luca, et son frère Fabio, directeur technique, ont pris des mesures en conséquence. "Nous avons nommé une personne extérieure à la présidence du conseil d'administration, explique Roberto De Luca. Celle-ci montre un grand intérêt pour nos activités et s'engage pleinement dans son rôle, bien qu'elle ne soit pas liée à l'actionnariat. Elle apporte un regard indépendant. C'est très important. A la direction, nous sommes plongés dans la gestion quotidienne et n'avons souvent pas le temps de prendre le recul nécessaire." Un avis partagé par Brigitte Breisacher, CEO et propriétaire unique du fabricant d'armoires et de cuisines Alpnach Norm, qui emploie 200 personnes dans les cantons d'Obwald et d'Argovie: "Lorsque j'ai repris l'entreprise de mon père en 2008, l'une de mes premières décisions a été d'engager un président du conseil d'administration externe. Depuis, nous nous voyons tous les deux mois pour discuter de l'évolution des affaires. Je recommande cette formule, qui permet de bénéficier d'un avis neutre."

Une personne extérieure peut également aider à résoudre des désaccords au sein même de la famille, poursuit Roberto De Luca: "Quand mon opinion diffère de celle de mon frère, c'est notre président qui tranche." A Marin dans le canton de Neuchâtel, Jérôme Wittwer se partage avec son frère Stéphane à fois la direction et l'actionnariat de l'entreprise de transport Wittwer. Contrairement à De Luca et à Alpnach Norm, leur conseil d'administration ne comporte aucun externe. "Il arrive que nous ne soyons pas d'accord, reconnaît Jérôme Wittwer. Mais quand c'est le cas, je fais appel un ami consultant, qui voit les choses sous un autre angle." L'entrepreneur précise toutefois que les désaccords sont rares, car lui et son frère se sont attribués des responsabilités clairement différentes. "Les problèmes surviennent lorsque l'on se marche dessus, commente Roberto De Luca. Mes tâches ne sont pas les mêmes que celles de mon frère, ce qui nous permet de rester indépendants. Je suis directeur administratif, il est directeur technique. Le plus important, c'est de se faire une confiance totale."

Simon Bühler relève une autre situation où l'utilisation d'un expert indépendant reste largement sous-estimée: la succession. "Les chefs d'entreprises familiales ne possèdent pas toujours un avis objectif sur les compétences réels de leurs enfants. Ils veulent léguer leur bien à la génération suivante sans se poser trop de questions. Pour éviter de prendre une mauvaise décision pour l'entreprise, ils devraient faire appel à un spécialiste du recrutement. Cela permet d'évaluer les enfants au même titre qu'un candidat externe et d'identifier leur potentiel d'amélioration." Un pas toutefois difficile à franchir d'un point de vue psychologique, reconnaît le spécialiste.

Les dix recommandations de Simon Bühler

Comment gérer avec succès une entreprise familiale? Dans l'étude "Corporate Governance in Schweizer Familienunternehmen", Simon Bühler, de la société Res Publica Consulting à Berne, a analysé six entreprises familiales primées pour la qualité de leur gestion. Celles-ci comptaient chacune entre 100 et 400 employés. Sur la base d'entretiens avec 18

personnes, il a établi les dix recommandations pratiques suivantes:

- **Business first.** Avant tout, veillez à créer les meilleures conditions possibles pour votre entreprise. Vos intérêts personnels et ceux de votre famille passent au second plan.
- **Proximité entre direction et actionnariat.** Si la direction et l'actionnariat ne sont pas réunis dans les mêmes mains, établissez des règles et des objectifs clairs pour éviter les conflits d'intérêts et gérer l'entreprise efficacement.
- **Composition adéquate des organes de direction.** Composer les organes de direction selon les besoins de votre entreprise. Si le directeur fait parti de la famille, il vaut mieux que ce ne soit pas le cas du président du conseil d'administration, et inversement.
- **Règles et procédures de résolution des conflits.** Si plusieurs membres de la famille se partagent la propriété de l'entreprise, établissez ensemble des règles et des procédures de résolution des conflits. Il vaut mieux le faire avant qu'un problème important ne surgisse.
- **Responsabilités clairement délimitées.** Définissez clairement les fonctions et les objectifs des membres de la direction. Il est conseillé de le faire par écrit et d'une manière contraignante.
- **Incorporer les successeurs de manière ciblée.** Afin d'assurer l'avenir de l'entreprise familiale, les successeurs doivent être introduits par étape et sans obligation.
- **Règlement transparent du renouvellement de l'actionnariat.** L'arrivée ou le départ d'un membre de la famille de l'actionnariat doit être possible et réglementé de manière claire.
- **Construire un patrimoine privé.** Il est conseillé de se construire un patrimoine privé indépendamment de celui de son entreprise. Cela augmente sa marge de manœuvre au moment de la succession.
- **Objectivité du processus de décision.** L'entreprise familiale doit accorder une grande importance aux avis et aux conseils externes.
- **Tirer parti des avantages du modèle familial.** Positionnez-vous comme une entreprise familiale et exploitez les avantages compétitifs de ce modèle, comme l'image ou encore la flexibilité décisionnelle.

[Retour à la vue d'ensemble 2012](#)

Dernière mise à jour: 01.08.2012

Portail PME

[Contact](#) | [Bases légales](#)

<http://www.kmu.admin.ch/aktuell/00513/02439/02778/index.html?lang=fr>

Contenu de la charte familiale

Objectifs de la famille :

- Que souhaite réaliser la famille ? Accroître la valeur de l'entreprise et du patrimoine familial, se réaliser, exploiter une invention ?
- Qui doit participer à l'entreprise, à quel stade et comment ? Comment la famille se positionne-t-elle par rapport à la participation de personnes extérieures à l'entreprise ?
- Qui est amené à bénéficier de l'entreprise et comment ?
- Quelles sont les attentes de la famille par rapport au développement de l'entreprise ? Degré d'autofinancement et d'indépendance financière ; répartition des dividendes ; capacité et volonté d'investissement ; priorité de la croissance ; création de parts de marché.
- Quel rôle la famille doit-elle jouer dans l'entreprise ? Engagement et collaboration de la famille dans la conduite de l'entreprise ; occupation des postes de direction et choix des personnes occupant ceux-ci ; doubles casquettes ; priorité accordée aux membres de la famille ? Quel comité est amené à prendre quelles décisions ?
- Comment la famille se positionne-t-elle par rapport au financement de l'entreprise ? Entend-elle faire appel à des fonds propres ou au marché des capitaux ? Comment la famille envisage-t-elle la dépendance vis-à-vis d'un tiers ? Quelles sont les conséquences de l'autofinancement ? Quelles sont celles d'un financement externe ?
- Quel rôle joue la famille dans l'entreprise dans le cadre de partenariats, de fusions, de propositions de rachat ou encore lors de situations de crise ?
- Comment les parts patrimoniales de l'entreprise sont-elles structurées (actions, actions avec droit de vote, actions de jouissance, etc.) ?
- Quelle est l'importance de l'entreprise familiale au sein du patrimoine familial total ?

Valeurs de la famille :

- Quelles sont les fiertés de la famille ?
- Quelles valeurs morales la famille souhaite-t-elle promouvoir également au sein de l'entreprise ?
- La famille passe-t-elle avant l'entreprise ou est-ce l'inverse (cf. point 9) ?
- Quelle culture d'entreprise est souhaitée et vécue ?
- Quel engagement la famille et l'entreprise familiale prennent-elles vis-à-vis du grand public ? Responsabilité sociales d'entreprise (Corporate Social Responsibility), sponsoring, etc.
- Quelles sont les exigences de la famille par rapport à la qualité des prestations ?
- La qualité prime-t-elle sur la quantité ou est-ce l'inverse ?

Outils : comment la famille entend-elle atteindre ses objectifs et se montrer fidèle à ses valeurs ?

- Comment la famille doit-elle s'organiser ? Composition, organisation et tâches de l'assemblée familiale et du conseil de famille (cf. chapitre 4.3) ; participation de la génération suivante.
- Comment les décisions sont-elles prises ? Comment la charte familiale peut-elle être modifiée ?
- Qui fixe la rémunération des membres de la famille actifs dans l'entreprise ?
- Comment la famille communique-t-elle à l'interne et avec l'extérieur ? (cf. chapitre 4.4).
- Comment la succession est-elle organisée ? (cf. chapitre 4.5)
- Existe-t-il un « plan de secours » en cas de défaillance inattendue du chef d'entreprise ?
- Quelle est l'attitude adoptée en cas de conflit ? Que se passe-t-il en cas d'abus de pouvoir d'un membre de la famille ? Qui a le dernier mot ? Quelle est la procédure en cas de blocage de la situation ?
- Quelle est l'attitude à adopter vis-à-vis de membres de la famille faisant partie d'une minorité ou souhaitant quitter l'entreprise ?



Best Practice pour PME (BP-PME)

Recommandations pour la conduite et la surveillance des petites et moyennes entreprises

Il est possible de se procurer gratuitement des outils et checklists pour le CA, validés par les partenaires de «CCG», au lieu suivant du IFPM Center for Corporate Governance de l'Université de St-Gall (sous «Best Practice»):

www.ccg.ifpm.unisg.ch

Editeur: IFPM-HSG Center for Corporate Governance de l'Université de St-Gall

Project Team:

Prof. Dr. **Andreas Binder**¹



Gabriela Manser²

Prof. Dr. **Rolf Dubs**¹



Prof. Dr. **Roland Müller**¹

Prof. Dr. **Martin Hilb** (présidence)¹



Nina Spielmann³

¹ Ces membres sont:

- Partenaires du IFPM-HSG Center for Corporate Governance
- Enseignants en gestion d'entreprises resp. en droit à l'Université de St-Gall
- Présidents et membres d'instances de surveillance et de gestion de PME

² Entrepreneur et présidente du CA d'une PME

³ Directrice de l'étude validant l'acceptation de ces recommandations par les entrepreneurs et des entrepreneurs

Point de départ: L'importance de l'autorégulation

Nous sommes convaincus qu'une conduite et une surveillance fondées sur l'autorégulation, au lieu d'un nombre croissant de réglementations étatiques, constituent une valeur ajoutée pour les PME suisses et par conséquent pour l'économie suisse. Car l'autorégulation poursuit un autre objectif: Il s'agit de tendre vers la meilleure pratique pour PME, au lieu de se conformer aux seuls standards minimums imposés par la loi. La réalisation des objectifs ambitieux fixés permettra de faire progresser les PME suisses au niveau de la concurrence internationale et d'assurer durablement des emplois et le bien-être matériel.

But et destinataires de ces recommandations

Les présentes recommandations doivent servir, après la phase de fondation aux

petites (10 à 50 employés) et aux

moyennes (jusqu'à 500 employés)

entreprises (sous forme de sociétés anonymes suisses non cotées en bourse),

de base à une conduite et une surveillance responsables et durablement créatrices de plus-value. Les PME qui réussissent favorisent toujours, en même temps, de façon ciblée, la satisfaction durable et la loyauté spontanée des:

client(e)s et des fournisseurs,
des employés et du public ainsi que
des propriétaires d'entreprises.

Les recommandations contiennent des remarques Best Practice pour les petites et moyennes entreprises gérées de façon entrepreneuriale. Elles constituent un instrument de gestion concret et simple. Elles ont pour but d'être un instrument de réflexion pour les destinataires. Des divergences par rapport à ces recommandations doivent baser sur des raisons justifiables.

Les recommandations ont valeur de proposition pour les toutes petites entreprises ainsi que pour les entreprises dans la phase de fondation.

Chances de la PME

Les PME ont un succès durable et supérieur à la moyenne lorsqu'elles:

- s'inspirent des entreprises exemplaires,
- reprennent leurs points positifs,
- exploitent en même temps les avantages particuliers de la PME tels que flexibilité, procédures rapides de prise de décision ainsi que prévisions à long terme des propriétaires et
- disposent d'une stratégie spécifique basée sur son caractère unique.

Structure

Les recommandations sont divisées en quatre dimensions sur la base des quatre facteurs de succès primordiaux pour une conduite et une surveillance efficace de PME:

- 1. Dimension situationnelle:** prise en compte des particularités de la PME
- 2. Dimension stratégique:** gestion ciblée dans la PME
- 3. Dimension intégrative:** équipes CA et DE efficaces dans la PME¹
- 4. Dimension de contrôle:** surveillance efficace dans la PME

¹Abréviations: Les abréviations CA resp. DE signifient conseil d'administration resp. direction de l'entreprise.

1. Dimension situationnelle: Prise en compte des particularités de la PME

1.1 Avantages et inconvénients de la PME

Pour une conduite et une surveillance efficace, on peut tirer parti des avantages suivants dans la PME:

- + objectifs commerciaux à long terme, tenant compte des aspects économiques, sociaux et écologiques,
- + possibilité d'optimiser l'utilité pour le client (la cliente), les employés, les propriétaires et la société,
- + structures simples, claires et flexibles,
- + procédures de décision courtes et rapides,
- + communication formelle pratique et très prononcée au niveau informel.

Pour une conduite et une surveillance efficace, il convient de prendre des mesures énergiques contre les inconvénients possibles dans la PME:

- absence de temps et fréquemment absence de savoir-faire dans le domaine du management stratégique,
- attrait insuffisant pour les employés qualifiés,
- absence de moyens financiers pour le financement de la croissance,
- planification insuffisante de la succession.

1.2 Intérêts des propriétaires de la PME

L'actionnariat de la PME doit définir une stratégie des propriétaires globale, représentant les intérêts des propriétaires. Celle-ci doit être réexaminée périodiquement et, si nécessaire, adaptée.

En particulier, les éléments suivants font partie de la stratégie des propriétaires:

- idée directrice et valeurs de l'entreprise
- indépendance
- orientation sur les résultats
- responsabilité envers la société, les client(e)s, les fournisseurs (fournisseuses), les propriétaires et l'environnement
- structure de la gestion et type d'influence de la gestion
- orientation vers l'innovation
- croissance
- financement
- politique des risques

- politique des dividendes
- convention d'actionnaires
- comportement vis-à-vis des minorités d'actionnaires
- changement d'actionnaires
- planification de la succession

Les actionnaires ne sont pas habilités à donner des instructions au CA et à la DE. Ils ne disposent que d'un droit d'information et de consultation, limité par les dispositions légales.

1.3 Intérêts familiaux dans la PME familiale

Dans les petites et moyennes entreprises familiales, il peut être utile d'élaborer, en plus, une stratégie familiale (par ex. comportement vis-à-vis des minorités d'actionnaires, procédures en cas de situations bloquées).

Lors de la sélection des candidates et des candidats au CA et à la DE, il importe d'appliquer les mêmes critères de sélection aux membres de la famille que pour les candidats externes.

1.4 Nombre de personnes formant le CA

Le nombre de personnes formant le CA dépend de la situation spécifique. Pour les petites entreprises (jusqu'à 50 employés), nous recommandons y 3 administrateurs-trices et pour les entreprises moyennes (jusqu'à 500 employés) y 5 administrateurs-trices.

1.5 Structure du CA

Le CA devrait être composé d'une présidente ou un président indépendant(e) et d'un autre membre indépendant. Il convient de désigner une vice-présidente ou un vice-président.

La/Le secrétaire du CA ne devrait pas être membre du CA et devrait être aussi indépendant(e) que possible.

Est considérée comme personne indépendante toute personne dont l'opinion n'est soumise à aucune influence dans ses relations avec les actionnaires, le CA ou la DE.

2. Dimension stratégique: Gestion ciblée dans la PME

2.1 Attributions principales du CA

Le CA a, selon le droit suisse des SA, essentiellement les quatre attributions inaliénables et intransmissibles suivantes (les « **4 S** »):

- **Stratégie:** Le CA prend toutes les mesures pour assurer l'avenir de la PME, définit les objectifs stratégiques et les moyens permettant de les atteindre. Il assure l'équilibre constant entre les objectifs et les moyens.
- **Systèmes:** Le CA détermine l'organisation et est responsable de la comptabilité, du contrôle financier et du plan financier; ainsi que du management des risques et des situations de crise.
- **Staff:** Le CA est compétent pour la nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion de l'entreprise.
- **Supervision:** Le CA fait figure d'institution exemplaire; il est responsable de la culture de l'entreprise ainsi que de la supervision des personnes chargées de la gestion. Il assure le respect des lois, règlements, instructions et directives éthiques (Compliance).

2.2 Stratégie d'entreprise dans la PME

Le CA et la DE sont tenus de définir une stratégie d'entreprise sur la base de la stratégie de propriété. Celle-ci doit être soumise à un ré-examen périodique et, si nécessaire, être adaptée. Le développement et la mise en pratique de la stratégie doivent être clairement définis dans un concept et comprennent les six étapes principales suivantes:

- **Analyse situationnelle:** position par rapport à la concurrence, capacités et compétences principales résumées de façon explicite, avec un accent sur les points forts et les points faibles.
- **Prévisions:** Analyse des tendances futures, ainsi que des développements du marché et de la concurrence; déduction des scénarios alternatifs, résumés de façon explicite, avec un accent sur les chances et les risques.
- **Stratégie:** Vision (basée sur la stratégie de propriété), options stratégiques principales concernant les produits/les prestations de service, marchés visés (segments et régions de marché), financement.
- **Décision:** Adoption du document stratégique par le CA.
- **Mesures:** Définition de l'organisation, des programmes de mesures et des budgets.
- **Contrôle:** Contrôle périodique (par exemple tous les trimestres ou tous les semestres) des mesures de mise en pratique et de leur efficacité pour atteindre les objectifs.

Si, sur la base de la stratégie de propriété, il n'est pas possible d'élaborer une straté-

gie d'entreprise offrant des chances de succès, le CA doit proposer aux actionnaires des modifications de la stratégie de propriété.

2.3 Répartition des rôles entre le CA et la DE

Le CA est l'organe stratégique de la PME. Il donne les indications ou directions stratégiques, autorise la stratégie d'entreprise et contrôle sa mise en pratique. La DE élabore la stratégie d'entreprise et en assure son application pratique.

Le CA délègue la gestion opérationnelle à la DE.

En situation de crise, le CA est tenu de s'occuper de l'entreprise de façon particulièrement assidue, de lui consacrer le temps supplémentaire nécessaire et, en cas de besoin, de prendre les mesures opérationnelles adaptées à la situation.

2.4 Qualités des membres du CA et de la DE

La gestion d'une PME ne peut être efficace que si les membres du CA et de la DE sont intègres et dévoués à la réussite du projet. Ils doivent être compétents au niveau des qualifications, de la gestion, des compétences sociales et donner un exemple à suivre.

2.5 Règlement d'organisation

Un règlement d'organisation est indispensable en cas de délégation de la gestion à une DE. Il fixe les fonctions et la collaboration du CA et de la DE, en particulier:

- Attribution des tâches, des compétences et des responsabilités au CA et à la DE
- Autorisation de signature (uniquement autorisations de signature collectives)
- Fréquence des réunions du CA (au moins 4 x par an avec les thèmes principaux selon le calendrier de gestion tels que stratégie, finances, personnel/organisation, marchés/produits et risques/chances)
- Conditions de quorum, prises de décision et majorité des voix nécessaires, possibilité de décisions par voie de circulation et conférences téléphoniques
- Procès-verbal de séance et liste des choses à faire
- Réglementation de la communication interne et externe

Le règlement d'organisation est édicté par le CA et doit être vérifié régulièrement.

2.6 Prise de décision dans le CA

Le CA devrait, dans toutes les décisions importantes, tenir compte des intérêts importants des différents groupes intéressés. Chaque membre du CA peut ici représenter un autre groupe: «principe des 4 chapeaux» (clients, propriétaires, personnel, environnement).

3. Dimension intégrative: équipes CA et DE efficaces dans la PME

3.1 Composition du CA

Le CA est une équipe qui travaille sur la base de la confiance.

Le CA doit être composé selon les critères suivants:

- Le CA devrait, dans son ensemble, posséder les compétences nécessaires et le même savoir-faire que la DE, de manière à ce que les fonctions de direction et de controlling puissent être exercées efficacement.
- Le CA devrait disposer des caractéristiques variées et importantes pour la PME, comme par exemple, le sens critique, l'esprit d'analyse ou le sens de l'innovation.
- Dans les entreprises de petite taille, le CA devrait comprendre au moins une femme, et dans les entreprises plus grandes deux à trois femmes. Ceci assurera l'apport d'expériences aussi variées que possible et importantes dans les processus de décision de la PME.

3.2 Présidence du CA

La présidente du CA ou le président du CA (ci-après dénommé(e) président du CA) doit être un gestionnaire exemplaire; il cultive la confiance de façon constructive et ouverte entre les actionnaires, le CA, la DE et les employés. Il est le défenseur des intérêts de l'entreprise, sait retenir les idées nouvelles, et s'occuper des défis actuels. Il prépare et préside efficacement les réunions du CA. Il est le garant de la communication des informations importantes au CA, dans les délais.

Le président du CA prend les mesures nécessaires permettant au CA d'attribuer à certains des ses membres (ou éventuellement à certains comités) des tâches particulières dans le domaine du controlling, du management des risques, ainsi que d'autres domaines de compétence importants.

3.3 Absence de conflits d'intérêts

Les membres du CA et de la DE doivent éviter tout conflit d'intérêt. Tout conflit d'intérêt doit immédiatement être signalé au président du CA, qui demande au CA de prendre une décision adéquate (d'une manière générale, sans la participation de la personne concernée).

3.4 Objectifs et appréciation du CA et de la DE

Le CA apprécie périodiquement ses prestations en tant que comité.

Le président du CA réalise annuellement, en accord avec le CA, une appréciation sur les prestations des membres de la DE rapportant directement au CA. Il consulte l'appréciation portée sur les autres membres de la DE par la présidente ou le président de la DE. Les appréciations ont lieu sur la base d'objectifs qualitatifs et quantitatifs convenus.

3.5 Indemnités pour le CA et la DE

Le CA veille à ce que la PME verse au CA, à la DE et aux employés des indemnités globales conformes aux exigences, au marché et aux résultats de l'entreprise.

Comme critère de base, il est conseillé de verser aux membres du CA des honoraires comparables à ceux versés à des conseils de stratégie de même ordre et tenant compte de la responsabilité particulière du CA.

3.6 Formation du CA et de la DE

Le CA prend les mesures destinées à assurer l'initiation nécessaire des membres nouvellement élus et à la formation complémentaire appropriée des membres du CA et de la DE.

3.7 Planification de la succession

Le CA assure une planification de la succession minutieuse et dans les délais pour les membres du CA et de la DE.

4. Dimension de contrôle: surveillance efficace dans la PME

4.1 Information

Le président du CA et le président ou la présidente de la DE prennent les mesures nécessaires pour assurer la communication des informations commerciales importantes, dans les délais et de façon transparente.

4.2 Communication

Le président du CA et le président ou la présidente de la DE prennent les mesures nécessaires pour assurer une culture de confiance réciproque. Celle-ci constitue la base du succès durable de l'entreprise.

4.3 Reporting (Management Information System)

Le CA organise un système d'information stratégique adapté aux exigences de la PME et permettant d'assurer la gestion et la surveillance nécessaire de la PME. Celui-ci comprend toutes les données importantes pour la gestion et la surveillance, y compris un plan de trésorerie pour les 12 mois à venir ainsi qu'un commentaire de la DE. Un reporting mensuel est en général nécessaire.

4.4 Management des risques

Le CA prend les mesures nécessaires pour assurer un management des risques intégré, explicite et conforme à la PME. Il comporte y une analyse des sources de risques pour tous les secteurs et les processus de la PME, une prise en compte des chances potentielles et moyens d'éviter les dangers pour prendre des risques calculés.

4.5 Respect des règles (Compliance)

Le CA prend les mesures nécessaires au respect des normes éthiques et légales applicables.

4.6 Rapports

Le CA gère l'établissement de procès-verbaux appropriés et suffisants. Ceux-ci doivent contenir les principaux votes et décisions de la réunion du CA. Au niveau de la DE, un procès-verbal sur les décisions est suffisant.

Au niveau du CA et de la DE, il faut établir une liste des choses à faire.

4.7 Organe de révision

Le CA propose à l'assemblée générale de désigner un organe de révision compétent et indépendant. Il apprécie l'efficacité de celui-ci. A cette fin, le CA ou un membre du CA rencontre au moins une fois par an l'organe de révision.

4.8 Reddition des comptes aux actionnaires

Le CA doit rendre compte aux actionnaires des prestations du CA et de la DE. Le compte-rendu pour l'année commerciale écoulée a lieu à l'occasion de l'assemblée générale annuelle.

Le rapport annuel écrit devrait aussi contenir des indications sur la gestion et la surveillance efficace de la PME.

4.9 Evaluation du succès

Le CA procède chaque année à une évaluation de la gestion et de la surveillance au sein de la PME.



Notre concept CA de Martin Hilb:



3^{ème} édition
Berlin 2008



3^{ème} édition
New York 2008



1^{ère} édition
Pékin 2008



2^{ème} édition
Saigon 2007



1^{ère} édition
Buenos Aires 2007



1^{ère} édition
Sao Paulo 2009

Notre série d'ouvrages «VR- und GL-Praxis» (Pratique du CA et de la DE) aux éditions principales:



Tome 1:
Mühlbach:
'Familyness as Competitive Advantage'



Tome 2:
Dubs:
'Verwaltungs-rats-Sitzungen'



Tome 3:
Kalia/Müller
'Risk Management at Board Level'



Tome 4:
Hilb
'Integrierte VR- & GL-Honorierung'



Tome 5:
Hilb/Höppner/Leenen/Mühlbach:
'Wirksame Führung und Aufsicht von Familienunternehmen'



Tome 6:
Hilb/Renz:
'Wirksame Führung und Aufsicht von Not-for-Profit Organisationen'

Autres nouveaux ouvrages CA de nos partenaires CCG:



Brandenberger/
Hilb (éd.):
«Pensionskassen-Governance»



Hilb:
«New Hospital Governance»



Müller et al.:
«Der Verwaltungsrat»



Hilb/Jent:
«Diversity Optima» de la composition optimale du CA, paru en langue allemande, anglaise et chinoise

Nos nouvelles thèses de doctorat sur le sujet Corporate Governance:

- Doris Benz (Autriche): «Unternehmerische Spitalführung in der Schweiz» (Gestion sous forme d'entreprise de l'hôpital en Suisse)
- Michael P. Burch (USA/Suisse): «The Mobile General Assembly for International Swiss Companies»
- Michael Hartmann (Canada): «Building a Case for Director Education in Canada»
- Dimitri Kharitonenko (Biélorussie): «Corporate Governance Ratings in Russia»
- Ursula Nötzli (Suisse): «Situative Corporate Governance für KMU in der Schweiz» («Situative Corporate Governance pour les PME en Suisse»)
- Diyana Petrova (Bulgarie): «Erfolgsfaktoren für die Rekrutierung von CEOs in der Schweiz» (Critères de succès pour le recrutement de CEO en Suisse)
- Julia Indera Ramlogan (Trinité-et-Tobago): «New International Bank Governance»
- Michael Ruess (Allemagne): «BoD's Power and Influence in Strategic Decision-Making Processes»
- Bao Toan Tran (Vietnam): «Corporate Governance Practices in the Banking Sector in Vietnam»
- Tobias Weichsler (Allemagne): «Corporate Governance and Shareholder Value»
- Nina Weiden (Allemagne): «Venture Capital Governance in Germany»
- Agung Wicaksono (Indonésie): «Governance of State Owned Investment Holdings in Singapore»

Code des obligations

(Indemnités dans les sociétés cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme)

Modification du 16 mars 2012

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 octobre 2010¹,

vu l'avis du Conseil fédéral du 17 novembre 2010²,

arrête:

I

Le titre vingt-sixième du code des obligations³ est modifié comme suit:

Art. 626, ch. 8

Les statuts doivent contenir des dispositions sur:

8. la nature des décisions relatives à l'indemnité de la direction pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse.

Art. 627, ch. 15

Ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts les dispositions concernant:

15. l'utilisation de moyens électroniques lors de la convocation de l'assemblée générale et pendant cette dernière.

Art. 663^{bis}

Abrogé

¹ FF 2010 7521

² FF 2010 ...

³ RS 220

Art. 663c, titre marginal⁴

2. Indications supplémentaires pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

Art. 678

E. Restitution de prestations
I. En général

¹ Les actionnaires, les membres du conseil d'administration, les personnes qui s'occupent de la gestion et les membres du conseil consultatif, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires, sont tenus à restitution.

² Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société dans la mesure où elles sont en disproportion avec leur contre-prestation.

³ L'obligation de restituer s'éteint si le bénéficiaire de la prestation prouve qu'il l'a reçue de bonne foi et qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition de l'indû.

⁴ Le droit à la restitution appartient à la société. L'action en restitution peut également être introduite par chaque actionnaire.

⁵ L'assemblée générale peut décider que la société intente l'action en restitution. Elle peut charger le conseil d'administration ou un représentant de conduire le procès.

⁶ L'obligation de restitution se prescrit par cinq ans à compter de la réception de la prestation.

Art. 689, al. 2

² Il peut représenter lui-même ses actions à l'assemblée générale ou les faire représenter par un tiers.

Art. 689a, al. 1^{bis}

^{1bis} Le conseil d'administration peut admettre, en lieu et place des pouvoirs écrits, une procuration électronique pourvue d'une signature électronique qualifiée.

Art. 689c

b. Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

¹ Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, l'assemblée générale désigne un ou plusieurs représentants indépendants en vue de la prochaine assemblée générale. Lorsque la société n'a pas de représentant indépendant au moment de la convocation de l'assemblée générale, celui-ci est désigné par le conseil d'administration.

⁴ v. la disposition de coordination au ch. IV

² L'actionnaire n'est pas autorisé à établir des pouvoirs écrits permanents en faveur du représentant indépendant.

³ Lorsque le représentant indépendant n'a reçu aucune instruction portant sur des propositions inscrites à l'ordre du jour, il s'abstient de voter.

⁴ Lorsque des propositions non inscrites à l'ordre du jour sont soumises au vote par l'assemblée générale, le représentant indépendant fait usage du droit de vote en suivant les recommandations du conseil d'administration, pour autant que l'actionnaire ne lui ait pas transmis une autre instruction pour ce cas précis.

⁵ La représentation institutionnelle ne peut être assurée que par des représentants indépendants.

Art. 689d

c. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse

¹ Les statuts d'une société dont les actions ne sont pas cotées en bourse peuvent disposer qu'un actionnaire ne peut être représenté à l'assemblée générale que par un autre actionnaire.

² Lorsque la société recourt à cette possibilité, elle est tenue, si un actionnaire le demande, de désigner une personne indépendante que les actionnaires pourront mandater pour représenter leurs actions lors de l'assemblée générale.

³ L'actionnaire qui sollicite la désignation d'un représentant indépendant doit déposer sa requête auprès de la société au plus tard quatorze jours avant la date de l'assemblée générale.

⁴ La société communique le nom et l'adresse du représentant indépendant à tous les actionnaires, par écrit, au moins huit jours avant la date de l'assemblée générale.

⁵ Si la société ne remplit pas son obligation de désigner un représentant indépendant, l'actionnaire peut mandater un tiers de son choix pour se faire représenter à l'assemblée générale.

⁶ L'art. 689c, al. 3 à 5, est applicable.

Art. 689e, al. 1, 1^{re} phrase, et al. 2, 1^{re} phrase

¹ Le représentant indépendant communique à la société le nombre, l'espèce, la valeur nominale et la catégorie des actions qu'il représente. ...

² Le président communique ces informations à l'assemblée générale. ...

Art. 693, al. 3, ch. 5

³ La détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de:

5. décider l'ouverture d'une action en restitution de prestations indûment perçues.

Art. 698, al. 2, ch. 2^{bis} et 4^{bis}

² Elle a le droit intransmissible:

- 2^{bis}. d'élire le représentant indépendant lorsque les actions de la société sont cotées en bourse;
- 4^{bis}. d'approuver le règlement de rémunération et les indemnités du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif lorsque les actions de la société sont cotées en bourse;

Art. 700

2. Mode de convocation

¹ L'assemblée générale est convoquée 20 jours au moins avant la date à laquelle elle doit avoir lieu. La convocation et les documents annexes peuvent être adressés à l'actionnaire par voie électronique si ce dernier y consent.

² Les statuts définissent le mode de convocation en conformité avec les dispositions légales.

³ Sont mentionnés dans la convocation:

1. les objets de l'ordre du jour;
2. les propositions du conseil d'administration;
3. le cas échéant, les propositions des actionnaires avec un résumé de leurs motifs;
4. le nom et l'adresse du représentant indépendant ainsi que le pourcentage du capital-actions constitué d'actions nominatives dont le propriétaire n'est pas inscrit au registre des actions (actions dispo) lorsque les actions de la société sont cotées en bourse.

⁴ En l'absence de dispositions statutaires, le conseil d'administration définit le mode d'expression du consentement de l'actionnaire requis à l'al. 1.

⁵ Aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été dûment portés à l'ordre du jour, sauf sur les propositions de convocation d'une assemblée générale extraordinaire ou d'institution d'un contrôle spécial et sur les propositions de désignation d'un organe de révision qui sont soumises par un actionnaire.

⁶ Il n'est pas nécessaire d'annoncer à l'avance les propositions entrant dans le cadre des objets portés à l'ordre du jour ni les délibérations qui ne doivent pas être suivies d'un vote.

Art. 701a

4. Recours à des médias électroniques

a. Exercice des droits des actionnaires

Lors de l'assemblée générale, les actionnaires peuvent exercer leurs droits par voie électronique aux conditions suivantes:

1. les statuts le prévoient;
2. l'assemblée générale est retransmise par des médias électroniques;
3. les interventions des actionnaires sont retransmises par des médias électroniques au lieu de la réunion.

Art 701b

b. Assemblée générale tenue par voie électronique

1 L'assemblée générale peut se tenir exclusivement sous une forme électronique et sans lieu de réunion physique aux conditions suivantes:

1. les propriétaires ou les représentants de la totalité des actions y consentent;
2. aucune des décisions de l'assemblée générale ne requiert la forme authentique.

2 Les interventions des participants doivent être retransmises par des médias électroniques à tous les participants.

3 En l'absence de dispositions statutaires, le conseil d'administration définit le mode d'expression du consentement de l'actionnaire requis à l'al. 1, ch. 1.

Art. 701c

c. Conditions du recours aux médias électroniques

Si la société recourt à des médias électroniques lors de son assemblée générale, le conseil d'administration s'assure que:

1. l'identité des participants et des intervenants est clairement établie;
2. tout participant peut faire des propositions et prendre part aux débats;
3. le résultat du vote ne peut pas être falsifié.

Art. 701d

d. Problèmes techniques

1 Si, en raison de problèmes techniques, l'assemblée générale ne se déroule pas en conformité avec les dispositions légales et statutaires, elle doit être convoquée à nouveau.

² Il n'est pas nécessaire de réinscrire à l'ordre du jour les objets sur lesquels l'assemblée générale a statué avant que les problèmes techniques ne surviennent.

Art. 702, al. 2 et 3

² Il veille à la rédaction du procès-verbal. Celui-ci mentionne:

1. le nombre, l'espèce, la valeur nominale et la catégorie des actions représentées, en précisant celles qui sont représentées par le représentant indépendant;
2. les décisions et le résultat des élections en indiquant le pourcentage des votes;
3. les demandes de renseignements formulées lors de l'assemblée générale et les réponses données;
4. les déclarations dont les actionnaires demandent l'inscription;
5. le recours à des médias électroniques et le nombre de voix exprimées par voie électronique;
6. le consentement des propriétaires ou des représentants de la totalité des actions à la tenue d'une assemblée générale électronique;
7. l'apparition de problèmes techniques durant l'assemblée générale.

³ Le procès-verbal est mis à la disposition des actionnaires sous forme électronique dans les 20 jours qui suivent l'assemblée générale ou est délivré gratuitement à tout actionnaire qui en fait la demande.

Art. 703

V. Décisions et élections
1. En général

¹ Si la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des votes exprimés.

² Les abstentions ne sont pas considérées comme des votes exprimés.

Art. 704, al. 1, phrase introductive et ch. 9, et al. 2

¹ Une décision de l'assemblée générale recueillant au moins les deux tiers des votes exprimés et la majorité des valeurs nominales représentées est nécessaire pour:

9. l'approbation des indemnités de départ et des indemnités anticipées lorsque les actions de la société sont cotées en bourse.

² Les dispositions statutaires qui prévoient pour la prise de certaines décisions une majorité plus forte que celle requise par la loi ne peuvent être adoptées ou supprimées qu'à la majorité prévue.

Art. 706, al. 1

¹ Le conseil d'administration et chaque actionnaire peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi, les statuts ou le règlement de rémunération; l'action est dirigée contre la société.

Art. 710

3. Election et durée du mandat

¹ Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, l'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration tous les ans, sauf disposition contraire des statuts. La durée des fonctions ne peut toutefois pas excéder trois ans.

² Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, l'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration pour trois ans, sauf disposition contraire des statuts. La durée de fonction ne peut toutefois pas excéder six ans.

³ Chaque membre est élu individuellement.

⁴ Les membres du conseil d'administration sont rééligibles.

Art. 712

II. Organisation
1. Président et secrétaire

¹ Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, l'assemblée générale élit le président du conseil d'administration, à moins que les statuts ne prévoient son élection par le conseil d'administration.

² Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, le conseil d'administration désigne son président, à moins que les statuts ne prévoient sa désignation par l'assemblée générale.

³ Le conseil d'administration désigne le secrétaire. Celui-ci n'est pas nécessairement membre du conseil.

Art. 716a, al. 1, ch. 2^{bis} et 4

¹ Le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes:

^{2^{bis}}. édicter le règlement de rémunération et établir le rapport de rémunération lorsque les actions de la société sont cotées en bourse;

4. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation, sous réserve des dispositions légales et statutaires prévoyant que l'assemblée générale est compétente pour approuver des indemnités;

Art. 717, al. 1^{bis}

^{1bis} Ils doivent en particulier veiller à fixer les indemnités en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire.

Art. 728a, al. 1, ch. 4

¹ L'organe de révision vérifie:

4. si la publication des indemnités dans le rapport de rémunération correspond aux dispositions légales et aux statuts lorsque les actions de la société sont cotées en bourse.

Art. 728c, al. 1 et 2^{bis}

¹ Si l'organe de révision constate des violations de la loi, des statuts, du règlement d'organisation ou du règlement de rémunération, il en avertit par écrit le conseil d'administration.

^{2bis} L'organe de révision informe également l'assemblée générale lorsqu'il constate une violation grave du règlement de rémunération.

Titre précédant l'art. 731c

E. Indemnités dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

Art. 731c

I. Champ d'application

Le présent chapitre ne s'applique qu'aux sociétés dont les actions sont cotées en bourse (sociétés cotées en bourse).

Art. 731d

II. Règlement de rémunération

¹ Le conseil d'administration édicte un règlement concernant les indemnités des membres du conseil d'administration, des personnes qu'il a chargées en tout ou partie de la gestion de la société (direction) et des membres du conseil consultatif.

² Le règlement de rémunération définit en particulier:

1. les compétences et la procédure applicable à la fixation des indemnités;
2. les principes de rémunération;
3. les éléments de la rémunération et notamment les programmes de participation, les bonifications et les tantièmes;
4. les principes directeurs concernant la durée et les modalités de résiliation des contrats qui prévoient ces indemnités;

5. les critères régissant les crédits, les prêts et les rentes;
 6. la possibilité de réduire rétrospectivement les indemnités supplémentaires (système de malus-bonus);
 7. l'admissibilité des primes d'entrée, leurs fondements et les conditions de leur paiement;
 8. les principes selon lesquels le montant des prestations de prévoyance est fixé.
- ³ Le conseil d'administration opère la distinction dans le règlement de rémunération entre l'indemnité de base et une éventuelle indemnité supplémentaire.

Art. 731e

III. Rapport de
rémunération
1. En général

- ¹ Le conseil d'administration établit un rapport de rémunération écrit. Il y rend compte du respect de la loi, du règlement de rémunération et, le cas échéant, des statuts.
- ² Les dispositions sur la communication du rapport de gestion sont applicables par analogie.

Art. 731f

2. Transparence
des indemnités

- ¹ Le rapport de rémunération contient les éléments suivants:
1. toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux membres du conseil d'administration;
 2. toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux membres de la direction ainsi que la durée des contrats qui prévoient ces indemnités;
 3. toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux membres du conseil consultatif;
 4. les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, lorsqu'elles sont en relation avec leur ancienne activité d'organe de la société ou lorsqu'elles ne sont pas conformes à la pratique du marché;
 5. les indemnités non conformes à la pratique du marché que la société a versées directement ou indirectement aux proches des personnes mentionnées aux ch. 1 à 4.
- ² Les indemnités comprennent notamment:
1. les honoraires, les salaires, les bonifications et les notes de crédit;
 2. les tantièmes, les participations au chiffre d'affaires et les autres participations au résultat d'exploitation;

3. les prestations en nature;
4. les participations, droits de conversion et droits d'option;
5. les indemnités de départ et les primes d'entrée;
6. les cautionnements, les obligations de garantie, la constitution de gages en faveur de tiers et autres sûretés;
7. la renonciation à des créances;
8. les charges qui fondent ou augmentent des droits à des prestations de prévoyance;
9. l'ensemble des prestations rémunérant les travaux supplémentaires.

Art. 731g

3. Autres indications

¹ Le rapport de rémunération contient en outre les éléments suivants:

1. tous les prêts et autres crédits en cours consentis aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif;
2. les prêts et autres crédits en cours consentis aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif qui ne sont pas conformes à la pratique du marché;
3. les prêts et autres crédits en cours non conformes à la pratique du marché consentis aux proches des personnes mentionnées aux ch. 1 et 2.

² Les indications sur les indemnités et les crédits doivent inclure:

1. le montant global accordé aux membres du conseil d'administration, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction;
2. le montant global accordé aux membres de la direction, ainsi que le montant accordé au membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée, avec mention du nom et de la fonction de ce membre;
3. le montant global accordé aux membres du conseil consultatif, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction;
4. le montant global des indemnités de départ et des indemnités anticipées accordées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction.

³ Le rapport de rémunération mentionne les fonctions suivantes des membres du conseil d'administration et de la direction:

1. les fonctions qu'ils occupent au sein d'organes de direction, de surveillance, de conseil ou autres dans des sociétés, établissements ou fondations suisses ou étrangers, de droit privé ou de droit public;
2. les fonctions permanentes de direction ou de conseil pour le compte de groupes d'intérêts suisses ou étrangers.

Art. 731h

4. Personnes proches

Les indemnités et les crédits perçus par les proches doivent être indiqués séparément. Il n'y a pas lieu de mentionner le nom de ces personnes. Pour le reste, les dispositions régissant les informations à fournir sur les indemnités et les crédits accordés aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif sont applicables par analogie.

Art. 731i

IV. Approbation par l'assemblée générale
1. Règlement de rémunération

¹ Le conseil d'administration soumet le règlement de rémunération à l'approbation de l'assemblée générale. Les modifications doivent également être soumises à l'approbation de l'assemblée générale.

² Les actionnaires qui détiennent 0,25 % du capital-actions, 0,25 % des voix ou des actions pour une valeur nominale de 1 million de francs, peuvent demander à l'assemblée générale de modifier le règlement de rémunération. La demande doit être remise par écrit à la société au plus tard 50 jours avant l'assemblée générale.

³ Le règlement de rémunération modifié est applicable la première fois lors de l'assemblée générale qui suit son approbation, à moins que l'assemblée générale n'en décide autrement.

⁴ Après l'approbation par l'assemblée générale, le règlement de rémunération est publié électroniquement ou remis à toute personne qui en fait la demande à ses frais.

Art. 731j

2. Indemnités
a. Conseil d'administration et conseil consultatif

¹ L'assemblée générale se prononce annuellement sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour:

1. l'indemnité de base du conseil d'administration pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire;
2. l'indemnité supplémentaire du conseil d'administration pour l'exercice annuel écoulé;
3. l'indemnité de base du conseil consultatif pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire;

4. l'indemnité supplémentaire du conseil consultatif pour l'exercice annuel écoulé.

² L'approbation par l'assemblée générale ne restreint pas la responsabilité du conseil d'administration.

Art. 731k

b. Direction

¹ L'assemblée générale se prononce annuellement sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour:

1. l'indemnité de base des membres de la direction pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire;
2. l'indemnité supplémentaire des membres de la direction pour l'exercice annuel écoulé.

² Les statuts définissent si les décisions de l'assemblée générale visées à l'al. 1 ont un caractère contraignant ou sont prises à titre consultatif.

³ Lorsque le conseil d'administration nomme de nouveaux membres de la direction et que le montant global de l'indemnité de base approuvé par l'assemblée générale est insuffisant, la différence ne doit pas être soumise à l'approbation de l'assemblée générale à la condition que les indemnités des nouveaux membres de la direction soient conformes au règlement de rémunération.

⁴ L'approbation par l'assemblée générale ne restreint pas la responsabilité du conseil d'administration.

Art. 731l

V. Indemnités interdites

¹ Le versement des indemnités suivantes aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif est interdit:

1. les indemnités de départ;
2. les indemnités anticipées.

² Le conseil d'administration peut proposer à l'assemblée générale des dérogations, dans la mesure où celles-ci sont dans l'intérêt de la société.

³ L'assemblée générale se prononce sur l'approbation des indemnités de départ et des indemnités anticipées.

Art. 756, al. 2

² L'assemblée générale peut décider que la société elle-même intente l'action en responsabilité. Elle peut charger le conseil d'administration ou un représentant de la conduite du procès.

II

Les actes mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:

1. Code de procédure civile⁵

Art. 107, al. 1^{bis}

^{1bis} En cas de rejet d'une action du droit des sociétés en paiement à la société, il peut répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation.

2. Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité⁶

Art. 71a Exercice du droit de vote dans les sociétés
dont les actions sont cotées en bourse

¹ Dans la mesure du possible, les institutions de prévoyance qui détiennent des participations dans des sociétés suisses dont les actions sont cotées en bourse exercent leur droit de vote.

² Elles rendent publique la manière dont elles ont voté.

III

Dispositions transitoires de la modification du 16 mars 2012 du code des obligations (Indemnités dans les sociétés cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme):

Art. 1

A. Règle
générale

¹ Les dispositions du titre final du code civil⁷ s'appliquent à la présente loi, sous réserve des dispositions suivantes.

² La modification du 16 mars 2012 s'applique dès son entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes.

Art. 2

B. Adaptation
des statuts et des
règlements

¹ Les sociétés qui, à l'entrée en vigueur de la modification du 16 mars 2012, sont inscrites au registre du commerce mais ne sont pas

⁵ RS 272

⁶ RS 831.40

⁷ RS 210

conformes aux nouvelles dispositions sont tenues d'adapter leurs statuts et leurs règlements dans un délai de deux ans.

² Les dispositions statutaires et réglementaires qui ne sont pas conformes au nouveau droit restent en vigueur jusqu'à leur adaptation, mais pendant deux ans au plus.

Art. 3

C. Indemnités dans les sociétés cotées en bourse

¹ Les dispositions concernant l'approbation du règlement de rémunération et du montant global des indemnités de base des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif s'appliquent au plus tard à partir de la première assemblée générale ordinaire tenue au moins six mois après l'entrée en vigueur de la modification du 16 mars 2012.

² Les dispositions concernant l'approbation du montant global des indemnités supplémentaires des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif s'appliquent pour la première fois lors de l'exercice annuel qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. 4

D. Election d'un représentant indépendant

Pour les sociétés cotées en bourse, le conseil d'administration désigne le représentant indépendant pour la première assemblée générale après l'entrée en vigueur de la modification du 16 mars 2012, dans la mesure où celui-ci n'a pas déjà été élu par l'assemblée générale.

IV

Coordination avec la modification du 23 décembre 2011 du CO (Droit comptable)

Quel que soit l'ordre dans lequel la modification du 16 mars 2012 du CO (Indemnités dans les sociétés cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme) et la modification du 23 décembre 2011 du CO (Droit comptable)⁸ entrent en vigueur, à l'entrée en vigueur de la seconde de ces lois ou à leur entrée en vigueur simultanée, l'art. 663c CO est modifié comme suit:

Art. 663c, titre marginal

B. Rapport de gestion

1. Indications supplémentaires pour les sociétés cotées en bourse

V

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Elle est publiée dans la Feuille fédérale dès lors que l'initiative populaire «Contre les rémunérations abusives» a été retirée ou rejetée ou que le contre-projet l'a emporté à la question subsidiaire.

³ Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil des Etats, 16 mars 2012

Le président: Hans Altherr
Le secrétaire: Philippe Schwab

Conseil national, 16 mars 2012

Le président: Hansjörg Walter
Le secrétaire: Pierre-Hervé Freléchoz



| | |
|-------------------|---|
| Document | JdT 2001 I p. 258 |
| Date de l'arrêt | 02.05.2001 |
| Tribunal | Tribunal fédéral |
| Publication | Journal des tribunaux - Droit Fédéral |
| Domaines du droit | Droit des sociétés, Code des obligations |

Ire Cour civile. -- Communauté héréditaire J.M. c. K. AG, 2 mai 2001; ATF 127 III 332.

Tribunal Fédéral

CONTRAT AVEC SOI-MEME LATO SENSU. RATIFICATION PAR UN ADMINISTRATEUR.

Administrateur d'une SA avec signature individuelle cédant à une communauté héréditaire, dont il fait partie et qu'il représente, une prétention à des dommages-intérêts que la SA a contre un ancien locataire. - Ultérieurement, ratification de la cession par le président du conseil d'administration de la SA. - Action en dommages-intérêts de la communauté héréditaire contre l'ancien locataire, fondée sur les droits cédés. - Rejet par la juridiction cantonale faute de légitimation active de l'hoirie, au motif, notamment, que la validité de la cession supposait une ratification, vu la double représentation, mais que celle-ci compétait à l'ensemble du conseil d'administration, et non à un seul administrateur. - Recours en réforme au TF de l'hoirie admis.

Art. 718 CO.

Conditions de validité d'un contrat avec soi-même au sens large ("Insichgeschäft"), concept recouvrant le contrat avec soi-même proprement dit ainsi que la double représentation (c. 2a et 2c).

Chaque membre du conseil d'administration peut, dans les limites de son droit de signature, ratifier un acte juridique qu'un autre membre a conclu comme partie prenante (contrat avec soi-même proprement dit) ou en tant que représentant commun de la société anonyme et de la partie adverse (double représentation) (c. 2b/aa).

JdT 2001 I p. 258

K. AG a pris à bail de J.M. et de J.M. & Co. - respectivement de A. AG qui a succédé à cette dernière - deux immeubles, soit l'immeuble X à Weiningen et l'immeuble Y à Unterengstringen. La locataire a entreposé sur ces fonds du fer usagé galvanisé. Le contrat de bail liant les parties a pris fin le 31 mars 1995.

Par la suite, des échantillons prélevés dans le sol de ces parcelles ont révélé une trop haute teneur en zinc. La communauté héréditaire de J. M., - en tant que successeur des droits de J. M., décédé entre-temps - a alors saisi l'Handelsgericht du canton de Zurich, en concluant que K. AG doit lui payer 500 000 francs à titre de dommages-intérêts et

lui rembourser les frais de deux expertises et d'une procédure de preuve à futur. Par jugement du 10 novembre 1998,

JdT 2001 I p. 258, 259

L'Handelsgericht a rejeté ces conclusions en raison du défaut de légitimation active de la communauté héréditaire de J. M.

Le TF admet le recours en réforme, annule le jugement et renvoie la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

Extrait des motifs:

1. L'Handelsgericht a constaté que, le 11 février 1997, la société A. AG avait cédé sa créance contre la défenderesse à la communauté héréditaire demanderesse. Du côté de A. AG, la déclaration de cession avait été signée par A. M. en tant qu'administrateur de cette société ayant le pouvoir de la représenter par sa signature individuelle. Comme, par ailleurs, ledit A. M. était également membre de l'hoirie demanderesse, et qu'il la représentait aussi, l'Handelsgericht est parti du principe qu'il pouvait y avoir double représentation, respectivement contrat avec soi-même. En l'occurrence, il a estimé qu'un tel contrat avec soi-même au sens large ne pouvait être admis, car l'hoirie demanderesse n'avait pas réussi à produire un pouvoir spécial autorisant la double représentation ni une ratification ultérieure émanant de A. AG. Il en a conclu qu'en tant qu'elle concernait les prétentions qu'elle faisait valoir en qualité de cessionnaire des droits de A. AG, l'action de l'hoirie ne pouvait qu'être rejetée, faute de légitimation active. Il a ajouté qu'en tant qu'elle concernait ses propres prétentions, l'action de l'hoirie devait également être rejetée. En effet, les bailleurs des immeubles X et Y - savoir feu J.M. et A. AG, respectivement la société à laquelle celle-ci a succédé - formaient à l'époque entre eux une société simple, si bien qu'ils ne pouvaient faire valoir leurs prétentions qu'ensemble, comme Consorts nécessaires.

2. Dans son recours en réforme, l'hoirie demanderesse fait valoir en substance que la cession litigieuse que lui a faite A. AG de ses droits est valable: d'une part, A. M., en qualité d'administrateur directeur de A. AG était habilité à lui céder les droits de cette société; d'autre part, il n'y a pas eu de double représentation répréhensible, étant donné que toute tromperie de A. AG était exclue.

a) Selon la jurisprudence constante du TF, le contrat avec soi-même n'est en principe pas admis. En effet, le fait qu'un représentant contracte avec lui-même est en règle générale une source de conflit d'intérêts. C'est pourquoi il entraîne en principe l'invalidité de l'acte en cause, à moins que le risque que l'opération porte préjudice au représenté soit exclu d'après la nature de l'affaire, ou que le représenté

JdT 2001 I p. 258, 260

ait spécialement autorisé le représentant à contracter avec lui-même ou qu'il ratifie ultérieurement le contrat. Les mêmes règles sont applicables à la double représentation, savoir celle des deux parties à un contrat par un seul et même représentant, ainsi qu'à la représentation légale d'une personne morale par ses organes. Dans ces cas, également, un pouvoir spécial ou une ratification ultérieure de la part d'un organe supérieur ou de même rang est nécessaire, lorsqu'il y a un risque de préjudice (ATF 126 III 361 c. 3a p. 363, JdT 2001 I 131 ss, 134, avec les réf. citées).

b) Dans le présent cas, le président du conseil d'administration de A. AG a, par lettre du 2 février 1998, déclaré que l'administrateur A. M., qui a le pouvoir d'engager la société par sa seule signature, était autorisé à céder la créance que A. AG avait à l'encontre de K. AG à la communauté héréditaire de J.M. (contrat de cession du 11 février 1997). L'Handelsgericht considère que cette ratification ultérieure n'est pas suffisante, parce qu'elle n'a pas été émise par l'ensemble de conseil d'administration, mais par son seul président. Il s'agit donc de déterminer quel est l'organe compétent pour émettre une telle ratification. Comme il a été dit plus haut, la jurisprudence exige que la ratification soit faite par un "organe supérieur ou de même rang". Jusqu'à présent, elle n'a cependant pas eu l'occasion de préciser quels organes sociaux cette expression recouvre concrètement.

aa) D'après le nouveau droit de la société anonyme, il faut partir implicitement du principe que les administrateurs ont le droit de représenter la société par leur seule signature (art. 718 al. 1er, 2e phrase, CO, en vigueur depuis le 1er juillet 1992). Cela signifie que chacun des membres d'un conseil d'administration peut, dans les limites de son droit de signature, ratifier ultérieurement un acte juridique qu'un autre membre a conclu avec lui-même, au sens large (Dieter Zobl, *Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht*, in RSJB 125 (1989) pp. 309 s.). Cela est également justifié par le fait qu'il doit bien évidemment être possible à un administrateur de ratifier ultérieurement un acte juridique qu'il pouvait lui-même sans autre contracter (Rolf Watter, *Commentaire bâlois*, Bâle 1994, n. 21 ad art. 718 CO, p. 966). Certes, la doctrine ancienne soutenait que cette compétence appartenait à la seule assemblée générale, voire au conseil d'administration en tant que tel (Fritz von Steiger, *Das Recht der Aktiengesellschaft*, 4e éd. Zurich 1970, p. 243; Rolf Watter, *Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sog. "Missbrauch der Vertretungsmacht"*, thèse Zurich 1985, pp. 170 s., nos 214 s.).

JdT 2001 I p. 258, 261

Cette opinion reposait cependant sur le fait que l'ancien droit de la société anonyme prévoyait, à titre dispositif, que la représentation d'une société anonyme était exercée conjointement par tous les membres du conseil d'administration (art. 717 al. 3 aCO, en vigueur jusqu'au 30 juin 1992). Comme, on l'a vu, le nouveau droit prévoit au contraire le principe du droit individuel de signature, chaque membre du conseil d'administration a la faculté en tant qu'organe de même rang de ratifier un acte juridique qu'un autre membre a conclu avec lui-même, au sens large. En revanche, lorsque l'administrateur qui a conclu l'acte avec lui-même, au sens large, est le seul membre du conseil d'administration, il n'y a aucun organe de même rang qui puisse ratifier. Dans ce cas, il appartient à l'assemblée générale de le faire, en tant qu'organe supérieur (Zobl, *op. et loc. cit.*, pp. 310 s.; de même: F. von Steiger, *op. cit.*, p. 243; Watter, *Commentaire bâlois*, n. 21 ad art. 718 CO, p. 966).

bb) Au vu de ces éléments, et contrairement à ce que soutient l'Handelsgericht, la ratification ultérieure par le président du conseil d'administration de la cession litigieuse n'est pas critiquable. Comme chaque administrateur a le pouvoir de représenter la société (art. 718 al. 1er CO) et qu'en l'espèce il n'a jamais été contesté que le président du conseil d'administration de A. AG avait un droit individuel de signature, celui-ci avait la faculté de ratifier seul - savoir sans la participation des autres membres du conseil d'administration - la cession par A. AG de ses droits à l'hoirie demanderesse. A cet égard, la référence de l'Handelsgericht au fait que, sauf règle contraire, la gestion de la société était assurée par l'ensemble du conseil d'administration (art. 716 al. 2 CO), n'est pas pertinente. L'Handelsgericht semble perdre de vue que la ratification d'un acte juridique fait avec un tiers, qu'il s'agit ici de juger, est un acte qui relève de la représentation, et non de la gestion. La gestion concerne la conduite interne de la société, tandis que la représentation a pour objet les relations juridiques que la société entretient avec l'extérieur (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 30 no 78, pp. 346 s.).

cc) Au vu de ces motifs, il y a lieu de conclure que le contrat litigieux que A. M. a conclu avec lui-même, au sens large, par lequel les prétentions de A. AG ont été cédées à la communauté héréditaire demanderesse, a été ratifié après coup par un organe compétent. Ladite cession n'est par conséquent pas critiquable.

c) Le fait de retenir qu'une ratification est intervenue ultérieurement par lettre du 2 février 1998 permet de laisser ouverte la

JdT 2001 I p. 258, 262

question de savoir si A. M. avait été, par avance, spécialement autorisé à conclure la cession litigieuse. Toujours est-il que, selon la jurisprudence, il faut admettre l'existence d'un tel pouvoir exprès anticipé pour les contrats avec soi-même au sens large, lorsque ces contrats sont conclus par un même représentant entre deux sociétés étroitement liées sur le plan économique; en effet, de tels accords sont en principe



couverts par le but social au sens de l'art. 718a al. 1er CO (arrêt du TF, du 7 février 1977, publié in ZR 77 (1978) n. 44, spéc. p. 128). Cette jurisprudence peut sans autre être transposée à la présente espèce. Comme A. AG est issue de J.M. & Co., tout porte à croire que A. AG était dominée si ce n'est exclusivement du moins majoritairement par J.M. ou éventuellement par d'autres membres de sa famille qui, maintenant, forment l'hoirie demanderesse. Au vu du fait qu'il est hautement vraisemblable qu'il y a un lien étroit entre A. AG et l'hoirie demanderesse, l'Handelsgericht n'aurait donc pas dû considérer que la cession litigieuse constituait un contrat avec soi-même, au sens large, qui n'était pas valable.

Ire Cour civile.

Trad. F.B.