

La gouvernance des sociétés auxquelles l'État participe

9^{ème} JOURNÉE DE LA GOUVERNANCE DES ENTREPRISES PUBLIQUES

VENDREDI 8 NOVEMBRE 2024 | IDHEAP

Guy Mustaki

Professeur à l'Université de Lausanne

Avocat, Etude CBWM – Avocats

Président et membre de conseils d'administration et de fondations

Introduction

La collaboration entre le secteur public et le secteur privé est très répandue en Suisse et depuis fort longtemps (ex. compagnies de chemins de fer et banques cantonales).

Cette collaboration s'opère au travers de formes juridiques diverses de droit public (ex. établissements publics autonomes, sociétés anonymes de droit public ou associations de droit public) ou de droit privé (ex. sociétés anonymes d'économie mixte).

Introduction

Ces entités sont généralement qualifiées d'« entreprises publiques ».

L'art. 3 let. b. Loi sur les marchés publics (LMP) propose la définition suivante : « *entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ; l'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise est financée en majeure partie par l'État ou par d'autres entreprises publiques, que sa gestion est soumise au contrôle de l'État ou d'autres entreprises publiques ou que son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont la majorité a été désignée par l'État ou par d'autres entreprises publiques* ».

La délégation de tâches publiques comme la coopération entre secteur public et privé implique un contrôle par l'État de la bonne exécution de celles-ci.

Introduction

Lorsque l'activité en question est de nature économique et doit être déployée en la forme d'une entreprise, l'adoption de formes de droit privé est souvent privilégiée. Les formes de droit public sont généralement réservées à l'exécution de tâches publiques (ex. banque nationale ou CFF).

Lorsque la collectivité publique participe à une structure de droit privé, elle devrait être motivée par un intérêt public et non par un intérêt financier, lequel devrait revêtir un caractère accessoire.

Différents types de sociétés

Sociétés anonymes de pur droit privé

Elles sont régies par les **art. 620 ss CO**. La collectivité publique ne dispose d'aucune prérogative particulière et participe au même titre que n'importe quel actionnaire.

Sociétés anonymes de droit mixte

Leurs statuts confèrent à la collectivité publique le droit de déléguer des représentants au sein du conseil d'administration en vertu de **l'art. 762 CO** même si l'Etat n'est pas actionnaire.

Sociétés anonymes de droit public

Leur création est fondée sur une loi fédérale ou cantonale spéciale, aux conditions de **l'art. 763 CO**.

Sociétés anonymes de pur droit privé (art. 620 ss CO)

Dans les sociétés anonymes de pur droit privé, les devoirs de diligence, de fidélité et d'égalité de traitement doivent être appliqués par les administrateurs conformément au Code des obligations.

Le mode d'élection des administrateurs repose sur une décision de l'assemblée générale prise à la majorité absolue des voix représentées, sauf disposition contraire des statuts (art. 698 al. 2 ch. 2).

Lorsque l'État détient une participation dans ces sociétés, il doit être considéré comme un actionnaire ordinaire et ne jouit d'aucun privilège.

Il en va de même lorsque l'Etat est représenté au conseil d'administration. Son représentant est élu par l'assemblée générale et est soumis à la même responsabilité personnelle que n'importe quel autre administrateur.

Sociétés anonymes de droit mixte (art. 762 CO)

Selon l'art. 762 al. 1 CO : « *Lorsqu'une corporation de droit public telle que la Confédération, un canton, un district ou une commune a un intérêt public dans une société anonyme, les statuts peuvent lui conférer le droit de déléguer des représentants au sein du conseil d'administration ou de l'organe de révision même si elle n'est pas actionnaire* ».

Il s'agit d'une disposition de droit public intégrée dans le droit civil.

Contrairement aux administrateurs élus par l'assemblée générale, la collectivité publique assume la responsabilité des administrateurs et réviseurs qu'elle a délégués dans les organes de la société. Elle dispose néanmoins d'un droit de recours contre la personne déléguée selon les dispositions cantonales ou fédérales applicables (art. 762 al. 4 CO).

Sociétés anonymes de droit mixte (art. 762 CO)

La relation juridique entre la collectivité publique délégante et le représentant est discutée en doctrine, mais relève généralement, selon le droit cantonal ou fédéral applicable, du droit public.

Selon l'art. 762 al. 3 CO : « *Les membres du conseil d'administration et les réviseurs délégués par la corporation ont les mêmes droits et obligations que ceux élus par l'assemblée générale* ».

Il en résulte pour les administrateurs concernés un double rapport juridique, à l'égard de la société d'une part, et à l'égard de la collectivité publique d'autre part.

Sociétés anonymes de droit mixte (art. 762 CO)

Se posent ainsi en pratique les questions du droit d'instruction de la collectivité publique et du droit d'information de cette dernière.

Même si ces questions sont discutées en doctrine, il convient de relever que le droit de délégation statutaire est justifié par un intérêt public et que, par ailleurs, ce droit est inscrit dans les statuts conformément à la volonté des actionnaires. Il est dès lors généralement admis que les administrateurs délégués doivent agir prioritairement dans l'intérêt de la société, lequel incorpore en principe l'intérêt public.

En se fondant sur une réglementation en la matière (ex. la Loi vaudoise sur les Participations de l'État et des Communes à des personnes Morales, LPECM), les lettres de mission de la collectivité publique aux délégataires sont en principe formulées en termes généraux et réservent le droit impératif.

Sociétés anonymes de droit mixte (art. 762 CO)

Quant à la question de l'information de la collectivité publique, cette dernière paraît légitime en ce qui concerne les faits qui sont pertinents pour sa responsabilité, sous réserve bien entendu des dispositions légales particulières (législation bancaire et boursière) ou de la protection des secrets industriels et commerciaux.

La collectivité publique est tenue de garder confidentielles les informations transmises.

Sociétés anonymes de droit mixte (art. 762 CO)

L'administrateur est ainsi soumis à un double devoir : les obligations générales de diligence et de fidélité à l'égard de la société, mais également à l'égard de la collectivité publique qui l'a délégué. Afin d'éviter de se voir imputer la qualité d'organe de fait, l'État veillera à formuler des instructions générales.

La collectivité publique, en sa qualité d'actionnaire, peut avoir accès à certaines informations au même titre que n'importe quel actionnaire. Toutefois, il n'est pas nécessairement contraire au principe d'égalité de traitement de fournir des informations privilégiées à l'État, notamment en sa qualité d'autorité concédante ou de surveillance. Par ailleurs, l'État ne saurait être considéré comme un actionnaire « spéculateur ».

Sociétés anonymes de droit public (art. 763 CO)

L'art. 763 CO permet à la Confédération et aux cantons de déroger au droit fédéral. Ils peuvent, au moyen d'un acte législatif spécifique, constituer une corporation de droit public. Les dispositions du droit de la société anonyme (art 620 ss CO) sont généralement applicables, mais à titre de droit public supplétif.

Le régime juridique dépend ainsi des législations fédérales (ex. CFF, Swisscom et la Poste Suisse) et cantonales (ex. Banque Cantonale Vaudoise, Banque Cantonale de Genève) spécifiques.

Sociétés anonymes de droit public (art. 763 CO)

La loi spécifique peut accorder à la collectivité publique tous moyens de gestion ou de contrôle appropriés compte tenu de la tâche confiée.

La collectivité publique a ainsi la faculté de donner des instructions à ses représentants et d'obtenir toute information sur l'activité de cette dernière, sous réserve bien entendu des dispositions légales particulières (législation bancaire et boursière) ou de la protection des secrets industriels et commerciaux.

Sociétés anonymes de droit public (art. 763 CO)

Même si le droit public autorise une intervention étendue de la collectivité publique dans la gestion de la corporation, les lois spécifiques sont souvent restrictives à cet égard et prévoient généralement que les relations entre la corporation et ses organes sont régies par les dispositions du Code des Obligations (art. 18 al. 2 Loi sur l'entreprise de télécommunication (LET) ; art. 22 al. 1 Loi sur les Chemins de fer fédéraux (LCFF) ; art. 11 Loi sur l'organisation de la Poste (LOP), art. 1 al. 2 Loi organisant la Banque Cantonale Vaudoise (LBCV)).

Régimes de responsabilité

Sociétés anonymes de pur droit privé (art. 620 ss CO)

- Les administrateurs sont soumis au régime ordinaire des art. 754 ss CO.

Sociétés anonymes de droit mixte (art. 762 CO)

- L'administrateur délégué n'engage pas sa responsabilité personnelle, car elle est assumée par l'État selon les dispositions des art. 754 ss CO, sous réserve d'un recours interne de l'État contre l'administrateur délégué, conformément au droit fédéral ou cantonal applicable (art. 762 al. 4 CO).

Sociétés anonymes de droit public (art. 763 CO)

- La responsabilité de la collectivité publique peut être engagée par les actes des représentants qu'elle désigne (art. 762 al. 4 CO), mais les lois spécifiques peuvent écarter cette solution et prévoir un régime de responsabilité similaire à celui des art. 754 ss CO par renvoi à ces dispositions (art. 14 LCFF ; art. 18 al. 2 LET ; art. 11 LOP ; art. 1 al. 2 et 21 al. 2 LBCV).

Devoirs des administrateurs au sens du Code des obligations

Devoir de diligence : (art. 717 al 1 CO ; ATF 2C_771/2019 du 14.09.2020, c. 19.2.1)

L'étendue du devoir général de diligence doit être appréciée de manière objective.

Elle relève d'une comparaison entre le comportement adopté par le dirigeant dans un cas d'espèce et celui qu'aurait eu, dans les mêmes circonstances, une personne diligente.

Les normes d'autorégulation non contraignantes qui concrétisent le comportement attendu des dirigeants sociaux et définissent des standards reconnus peuvent servir de critères d'appréciation de la diligence requise dans une situation donnée.

Les excuses purement subjectives ne sont pas prises en compte (maladie, absence, manque de temps ou connaissances insuffisantes). Elles n'abaissent pas le seuil de la diligence requise.

A l'inverse, lorsque le dirigeant en question est au bénéfice de connaissances particulières ou possède des compétences professionnelles élevées, il en est tenu compte lors de l'évaluation de la diligence requise.

Devoirs des administrateurs au sens du Code des obligations

Devoir de fidélité : (Art. 717 al.1 CO ; ATF 2C_771/2019 du 14.09.2020, c. 19.2.2)

Les dirigeants de la société sont tenus de se comporter de manière à éviter tout dommage à la société. Le devoir de fidélité de ces derniers consiste principalement en l'interdiction de privilégier leurs intérêts personnels ou ceux de tiers au détriment de ceux de la société pour le compte de laquelle ils œuvrent.

Égalité de traitement : (Art. 717 al. 2 CO ; ATF 4A_655/2016 du 15.03.2017, c. 4.4.4)

- Absolue : les dirigeants doivent respecter les droits impératifs des actionnaires (ex. le droit de participer à l'assemblée générale, art. 689 CO).
- Relative : les dirigeants de la société doivent traiter de manière similaire les actionnaires qui se trouvent dans la même situation.

Régime de responsabilité et Gouvernance d'entreprise

Les règles de la gouvernance d'entreprise permettent notamment de mettre en place des processus efficaces et conformes aux intérêts de la personne morale.

Elles contribuent au respect des devoirs de diligence, de fidélité et d'égalité de traitement (art. 717 CO).

Ces devoirs déterminent la manière dont les administrateurs exécutent leurs tâches : une mesure qualitative, notamment au stade de la prise de décision.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a développé des critères permettant de mieux apprécier en pratique les devoirs des dirigeants : il s'agit de l'adaptation de la Business Judgment Rule en droit suisse.

La Business Judgment Rule

La Business Judgment Rule est une institution de droit étasunien, selon laquelle il existe une présomption que les organes dirigeants ont agi avec diligence lors de la prise d'une décision commerciale.

- **TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012** : les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans l'appréciation a posteriori de décisions commerciales prises au cours :
 1. d'un processus décisionnel irréprochable
 2. reposant sur une base d'informations adaptée
 3. exempt de conflits d'intérêts
- S'agissant de décisions commerciales, il n'appartient pas au juge de substituer son appréciation à celle des dirigeants.
 - Il lui appartient en revanche d'examiner a priori le niveau de diligence dont l'organe a fait preuve.
- Nécessité de se concentrer davantage sur la question de la procédure ayant conduit à la décision.

La Business Judgment Rule

Dans deux affaires, le Tribunal fédéral a apporté les précisions suivantes :

- **TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015 consid. 4.2.1** : si le processus décisionnel est irréprochable, repose sur une base d'informations adaptée et est exempt de conflits d'intérêts, le juge se contente d'examiner si la décision était « défendable » ou « justifiable » (*vertretbar*) sur le plan matériel. Si ces conditions ne sont pas remplies, une violation du devoir de diligence sera admise lorsqu'il ressort d'un examen complet et libre des circonstances que la décision était entachée d'une faute (*fehlerbehaftet*).
- **TF 4A_642/2016 du 27 juin 2017 consid. 2.1** : lorsqu'une décision est prise malgré un conflit d'intérêts, elle ne constitue pas nécessairement la violation d'un devoir; toutefois, une telle violation peut être présumée. Cette présomption concerne l'appréciation des preuves mais non le fardeau de la preuve, qui reste inchangé. Ainsi, le demandeur à l'action en responsabilité conserve le fardeau de la preuve de la violation d'un devoir.

Un processus décisionnel irréprochable

Délégation valable sur le plan formel et matériel et répartition des tâches en comités :

- Règlement d'organisation.

Respect des compétences :

- Respect des différentes modalités prévues par le règlement d'organisation de la société.

Nombre suffisant de séances et durée adéquate :

- Au moins quatre fois par an (sans compter les séances additionnelles des comités spéciaux) (ch. 16 CBP).
- Préparer la documentation utile et la transmettre en temps opportun aux administrateurs en vue de la séance.

Bon déroulement des séances :

- Bon déroulement des délibérations et du processus décisionnel. Respect des règles de quorum applicables lors des séances.
- Tenue d'un procès-verbal, qui ne doit pas se limiter à la consignation des décisions elles-mêmes, mais s'étendre aux débats et au processus décisionnel.
- Veiller à ce que les personnes susceptibles d'être interrogées (personnes responsables d'un dossier ou à même de répondre à d'éventuelles questions) soient présentes ou, à tout le moins, joignables en cours de séance.

Exemple

Processus décisionnel irréprochable

Arrêt TF 4A_97/2013 du 28 août 2013 :

Décision d'un administrateur de garantir les prêts d'une autre société, sans concerter les autres administrateurs, alors qu'il avait reçu des avertissements selon lesquels les gérants de cette autre société étaient des escrocs.

Selon le TF, le pouvoir d'examen du juge était libre, puisque le processus décisionnel n'avait pas été respecté (absence de concertation des autres administrateurs) et que des clarifications sur la crédibilité des gérants auraient dû être sollicitées au vu des avertissements reçus. L'absence de démarche pour obtenir de telles informations constituait en outre la violation manifeste d'un devoir justifiant de condamner l'administrateur (dommage à hauteur de CHF 1 mio; absence de retenue dans le pouvoir d'examen du juge).

Une base d'informations adaptée

Les administrateurs ont l'obligation de rechercher et de prendre en compte toutes les informations disponibles susceptibles d'avoir un effet sur les décisions sociales.

- **Circulation de l'information :**

- Garantir la circulation de l'information entre les membres du conseil d'administration ainsi qu'avec les personnes subordonnées et solliciter toutes informations utiles à une décision éclairée (système d'information).
- Inclure dans la convocation les documents nécessaires pour la séance (ch. 17 CBP).

- **Documenter les décisions :**

- Documenter toutes les décisions, y compris les étapes préalables.
- Solliciter des avis externes lorsque cela s'avère nécessaire.
- Suivant la taille de la société, désigner des comités spécialisés chargés d'étudier en profondeur la question et de réunir la base d'informations nécessaire.
- Intégrer la durabilité : raison d'être de l'entreprise et analyse des décisions sous l'angle économique, sociétal et environnemental.
- Toute opération doit faire l'objet d'un examen sérieux et d'une analyse de risques.

Exemple

Base d'informations adaptée

Arrêt TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014 :

Action en responsabilité rejetée contre l'administrateur et le directeur d'une société tombée en faillite dans le cadre de contrats de livraison de diesel. La société avait conclu un contrat avec une société russe nécessitant une avance de paiement sans garantie de USD 4 mio; aucune livraison n'était intervenue. Pour « sauver » ce contrat, la société en avait conclu un autre avec une entité partenaire de la première, nécessitant à nouveau une avance de paiement de USD 200'000 sans garantie. A nouveau, aucune livraison n'était intervenue.

Selon le TF, le point litigieux est celui de la base d'informations dont disposait le CA. Même si le directeur de la société s'était rendu plusieurs fois en Azerbaïdjan, il n'était pas forcément possible de déceler la duperie. L'évaluation d'un partenaire commercial en Suisse ne pouvant pas être comparée avec celle d'un partenaire en Russie et en Azerbaïdjan, l'administrateur s'était en l'occurrence suffisamment renseigné. La retenue dont le juge devait faire preuve ne permettait pas de condamner l'administrateur.

L'absence de conflits d'intérêts

Processus de gestion des conflits d'intérêts :

- Devoir d'annonce du conflit d'intérêts au président (ch. 19 CBP), respectivement au CA selon l'art. 717a CO.
- Décision du CA, sans l'administrateur concerné, quant à la mesure à prendre en fonction de l'intensité du conflit (« friction d'intérêts » ou « conflit d'intérêts sérieux ») (art. 717a al. 2 CO).
 - Le CA devrait fixer les modalités dans le règlement d'organisation.
- En cas de conflit d'intérêts sérieux (ou même de friction, lorsque l'administrateur doit décider individuellement) : récusation de l'administrateur lors de la discussion et du vote sur l'objet conflictuel (ch. 19 CBP; à noter que l'art. 717a CO ne prévoit pas expressément la récusation).
- Recours éventuel à des valeurs de marché (*at arm's length*) ou à l'avis d'un tiers (*fairness opinion*: TF 4A_84/2023 du 09.10.2023 : il faut prendre en compte non seulement le prix, mais aussi d'autres éléments clés: opportunité, conditions matérielles).
- Ratification par un autre administrateur ou par le CA en corps en cas d'opération pour propre compte, ou exceptionnellement par l'AG (TF 4A_130/2023 du 09.10.2023 : question controversée en doctrine).

Exemple

Absence de conflits d'intérêts

Arrêt TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013 :

L'administrateur d'une société, dont il était simultanément l'actionnaire unique, décide de garantir le prêt d'une société-cible (dont il était également administrateur) partiellement détenue par sa société.

Selon le TF, l'administrateur se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts, de sorte que le pouvoir d'examen du juge était libre. L'octroi d'une garantie de prêt, sans prévoir de sûretés alors que les perspectives de remboursement n'étaient pas certaines, ayant en outre pour effet de causer des problèmes de liquidités, constituait une violation de l'art. 717 CO (confirmation de la condamnation ; absence de retenue dans le pouvoir d'examen du juge).

Les conséquences en cas de non-respect des critères

Si les trois critères en matière de Business Judgment Rule ne sont pas respectés :

- Examen libre et entier de la décision commerciale concernée par le juge.
- Risque accru en cas d'action en responsabilité à l'encontre des dirigeants (art. 754 CO) si les conditions sont remplies :
 - Dommage
 - Faute
 - Violation d'un devoir
 - Lien de causalité

Quelques outils pour une bonne gouvernance dans la prise de décisions

- Préparation des séances, ordre du jour, délai de convocation adéquat, transmission de la documentation utile, temps alloué à chaque point.
- Respect des exigences légales, statutaires et réglementaires (règlement d'organisation).
- Répartition des tâches entre les comités, préavis, analyse des risques et recours à des avis externes si nécessaire.
- Indépendance et gestion des conflits d'intérêts (annonce, analyse et mesures).

Quelques outils pour une bonne gouvernance dans la prise de décisions

- Déroulement structuré du processus décisionnel, discussion critique et objective (tour de table, huis clos).
- Diversité et unité du CA, liberté de se former sa propre opinion, éviter les rapports de domination et résolution des blocages (rôle de la Présidence).
- Consignation au PV des principales opinions et délibérations, décisions et décompte des voix, consignation de la liste des sujets en suspens, approbation du PV.
- Mandat explicite de mise en œuvre: tâches à effectuer, ressources mises à disposition, responsabilités et échéances, principe de collégialité des décisions prises.

Merci de votre attention.

Guy Mustaki

Professeur à l'Université de Lausanne

Avocat, Etude CBWM – Avocats

Président et membre de conseils d'administration et de fondations
