

WilhelmGilliéron

AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 26 août 2018

Nommer un directeur général au conseil d'administration n'est pas anodin

De nombreuses PME ont choisi de nommer leur directeur général comme membre de leur conseil d'administration.

Si cette décision peut apparaître judicieuse sur le plan opérationnel, elle peut entraîner certaines difficultés en matière juridique et du point de vue de la gouvernance de la société.

Nous en donnons ci-après, à titre très succinct, quelques exemples :

- En premier lieu, sur le plan de la gouvernance, il faut rappeler que le conseil d'administration exerce seul la haute direction de la société. Cet organe de la société anonyme doit donc être distingué de la direction. La direction rapporte au conseil d'administration lequel décide en finalité. Il est ainsi délicat de mêler conseil d'administration et direction générale. Le faire risque de créer des conflits d'intérêts importants et de compliquer la gouvernance d'une société anonyme même s'il s'agit d'une PME.
- En second lieu, sur un plan strictement juridique, la nomination d'un directeur général au conseil d'administration peut se révéler problématique en cas de résiliation du contrat de travail de ce directeur général. Si le conseil d'administration de la société n'est composé que de deux membres, dont la direction générale, avec signature collective à deux, il sera délicat en pratique de savoir qui peut engager la société pour résilier les rapports de travail de ce directeur général puisque celui-ci refusera de signer sa propre lettre de résiliation. Dans un arrêt publié au ATF 133 II 77, le Tribunal fédéral a jugé de cette question. Dans le cas d'un conseil d'administration composé de deux membres, dont le directeur général, avec signature collective à deux, il a décidé que si une assemblée générale extraordinaire avait été organisée au préalable afin de démettre le directeur général de ses fonctions d'administrateur, et qu'un conseil d'administration subséquent était tenu sans ce dernier pour décider de la résiliation des rapports de travail de celui-ci, cette résiliation est opérée conformément au droit, même si le membre restant n'a que la signature collective à deux au registre du commerce.
- Cette jurisprudence ne porte cependant pas sur le cas où d'autres membres de la direction disposent d'un pouvoir de signature (fondés de procuration), mais qu'ils ne doivent pas être tenus au courant de la résiliation des rapports de travail du directeur général avant que celle-ci ne soit véritablement entérinée par le conseil.

Dans ces circonstances, la lettre de résiliation ne pourra être signée que par le seul membre restant du conseil qui n'a qu'un pouvoir de signature à deux, alors que d'autres membres de la direction peuvent signer avec lui, mais ne doivent pas être consultés. Dans un tel cas, nous recommandons de tenir, après une assemblée générale révoquant le directeur général de ses fonctions d'administrateur, un conseil d'administration avec le seul membre restant et, sur cette base, de faire uniquement signer par ce dernier, la lettre de résiliation du directeur général. Cette résiliation sera à notre sens, valable car fondée sur la décision d'un conseil d'administration valablement tenu.

La meilleure façon de palier à cet inconvénient consiste à notre sens à nommer au conseil d'administration des administrateurs neutres,

non-engagés sur le plan de la direction opérationnelle de la société, pour être à même de veiller à la bonne organisation de celle-ci selon les principes établis par le code des obligations ainsi que par le code de bonne pratique en matière de gouvernance.

Source :

<https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-commercial/nommer-un-directeur-general-au-conseil-dadministration-nest-pas-anodin/>