CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Droit des sociétés

Limites à la délégation de la gestion et au droit d'inscrire un objet à l'ordre du jour

Par Caroline Pictet, Rita Trigo Trindade le 22 novembre 2011

Le Tribunal fédéral vient de rendre un arrêt intéressant destiné à publication (arrêt 4A_350/2011 du 13 octobre 2011) dans lequel il se prononce sur la notion de « délégation de la gestion » et tranche pour la première fois une controverse sur les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale et du conseil d'administration en cette matière. Il prend également position sur les conditions auxquelles le conseil d'administration peut refuser d'inscrire un objet à l'ordre du jour.

L'état de fait de l'arrêt est relativement simple. Le capital-actions de X SA, une société financière avec un but holding, était détenu à raison d'un peu plus d'un tiers par la société Y SA, demanderesse, et, pour le solde, par des sociétés du groupe Z. Ce groupe était contrôlé par B, qui était à la fois administrateur de X SA et des sociétés Z actionnaires de X SA. X SA avait conféré un mandat de gestion à ZA Ltd, une société du groupe Z, en lui accordant un pouvoir discrétionnaire illimité ainsi que la faculté de déléguer ses fonctions à un sous-mandataire. Mécontente de ce choix, Y SA a demandé à faire figurer à l'ordre du jour de la société l'adoption d'une clause statutaire aux termes de laquelle le « gérant d'investissements » devait être une personne indépendante de l'actionnaire majoritaire. X SA a refusé arguant de la compétence intransmissible et inaliénable du conseil d'administration en la matière.

Les parties ne s'accordaient pas sur la nature des fonctions du gérant d'investissements. Alors que X SA – qui disait n'avoir jamais établi de règlement d'organisation en relation avec ces fonctions – y voyait un simple mandat conclu avec un tiers étranger à la société (art. 394 al. 1er CO), Y SA considérait qu'il s'agissait là d'une délégation de la gestion à un organe subordonné (art. 716b CO). Examinant le « mandat d'investissement » conféré à ZA Ltd dans le cas particulier, le Tribunal fédéral retient qu'il ne pouvait être qualifié de mandat car la tâche confiée, qui recouvrait l'intégralité des affaires que X SA devait effectuer en vertu de son but social, ne correspondait pas à un simple contrat de mandat portant sur des investissements délimités matériellement ou temporellement. Le Tribunal fédéral relève que cette forme d'organisation n'est d'ailleurs pas inusuelle dans les groupes de sociétés, où il arrive que la gestion des affaires sociales soit déléguée, par contrat de management, à une société – dite société de gestion – faisant partie du groupe. Notre Haute Cour examine encore la validité de la délégation de la gestion en relevant que, pour être valable, celle-ci suppose une autorisation statutaire de déléguer la gestion (art. 627 ch. 12 CO), qui n'était pas litigieuse en l'espèce, et un règlement d'organisation (art. 716b al. 2 CO). Dans ce contexte, le Tribunal fédéral considère que le mandat de gestion confié à la société du groupe Z, approuvé par le conseil d'administration et dont le contenu correspondait aux minima exigés par l'art. 716b al. 2 CO,

équivalait à un « règlement d'organisation ». La délégation de la gestion effectuée par X SA était donc valable.
Les parties étaient aussi en désaccord sur la faculté de l'assemblée générale de restreindre, par clause statutaire, le droit accordé au conseil d'administration de déléguer librement la gestion. Alors que la défenderesse mettait en avant la compétence intransmissible et inaliénable du conseil d'administration de choisir les personnes chargées de la gestion (art. 716a al. 1er ch. 4 CO), la demanderesse se fondait sur le principe selon lequel « qui peut le plus, peut le moins » et arguait que, dans la mesure où l'assemblée générale peut ne pas autoriser la délégation de la gestion, elle peut aussi la soumettre à des conditions particulières (p.ex. d'indépendance des délégataires). Tranchant la controverse doctrinale, le Tribunal fédéral se rallie à la thèse de la demanderesse en retenant que « puisque les statuts peuvent interdire la délégation de la gestion, on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas la subordonner à certaines restrictions ou limites afin de protéger en particulier les actionnaires minoritaires ». A l'appui de son raisonnement, il invoque encore l'art. 709 al. 2 CO, lequel autorise expressément l'assemblée générale à insérer dans les statuts des dispositions destinées à protéger les minorités.
En marge de ces questions relatives à la délégation de la gestion, le Tribunal fédéral a encore eu l'occasion de se pencher sur les conditions auxquelles le conseil d'administration peut refuser de donner suite à une demande d'inscription d'un objet à l'ordre du jour, lorsque les conditions formelles de cette demande (notamment les conditions de seuil) sont réunies. Il rappelle le principe selon lequel le droit de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour n'existe que si cet objet entre dans les attributions qui reviennent à l'assemblée générale et s'il peut être concrétisé par une décision juridiquement valable prise par l'assemblée générale. Se ralliant aux avis exprimés en doctrine, il apporte cependant une précision importante qui devrait permettre aux conseils d'administration de trancher dans le cas concret. Selon le Tribunal fédéral, en effet, le droit de ne pas porter l'objet à l'ordre du jour n'existe que lorsque l'objet dont l'actionnaire sollicite l'inscription à l'ordre du jour n'appartient manifestement pas au domaine de compétence de l'assemblée générale ; dès qu'il y a un doute sur le point de savoir si la question à débattre est du domaine de compétence exclusif de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, ledit conseil doit alors inscrire l'objet à l'ordre du jour.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Caroline Pictet, Rita Trigo Trindade, Limites à la délégation de la gestion et au droit d'inscrire un objet à l'ordre du jour, publié le 22 novembre 2011 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/775/