

Fernand Chappuis\*

# Règlement d'organisation du conseil d'administration et directives de l'employeur

Propos croisés à partir des articles 716b et 321d CO

## Sommaire

- I. Introduction
- II. Le règlement d'organisation (art. 716b CO)
- III. Les directives et instructions de l'employeur (art. 321d CO)
- IV. Le règlement d'organisation en tant que directives et instructions
- V. L'enjeu pratique
  1. L'enjeu principal: une réglementation cohérente
  2. Les avantages induits
- VI. Conclusion

## I. Introduction

Le *droit des sociétés* permet la mise sur pied d'un règlement d'organisation de l'organe supérieur de direction et d'administration (ch. II ci-après). Pour la société anonyme, il s'agit de la figure bien connue du règlement d'organisation du conseil d'administration (*Organisationsreglement*), lorsque la gestion est déléguée à des administrateurs et/ou à des tiers (directeurs)<sup>1</sup>.

En *droit du travail*, l'employeur peut émettre des directives (*Anordnungen*) et/ou instructions (*Weisungen*) en relation avec l'exécution du travail (ch. III)<sup>2</sup>. Cette faculté découle d'un des éléments constitutifs du contrat de travail: le rapport de subordination<sup>3</sup>.

En principe, les directeurs d'une société sont liés à cette dernière par un contrat de travail. Concernant les administrateurs, le choix d'un tel contrat est certes moins

systématique<sup>4</sup>; en pratique, il est toutefois assez fréquemment utilisé, voire invoqué, notamment en cas de résiliation<sup>5</sup>.

Prenons donc le *point de contact* entre le droit des sociétés et le droit du travail, soit les cas où (i) l'administrateur et/ou les directeurs sont parties à un contrat de travail les liant à la société et (ii) la société a établi un règlement d'organisation. Dans de telles hypothèses, il peut se révéler intéressant, pour le praticien, de procéder aux opérations suivantes: (i) examiner où sont formulées les directives ou instructions; (ii) en cas de pluralités d'occurrences, détecter, le cas échéant, les doublons, voire les règles contradictoires et (iii) proposer une véritable ligne directrice lors de l'émission du règlement d'organisation, des directives et instructions (ch. IV et V)<sup>6</sup>.

## II. Le règlement d'organisation (art. 716b CO)<sup>7</sup>

Parmi ses attributions, le Conseil d'administration a celles d'établir les *instructions nécessaires*<sup>8</sup> et de *fixer l'organisation*<sup>9</sup>. En outre, le Conseil d'administration doit en assurer l'observation<sup>10</sup>.

\* Fernand Chappuis, avocat, notaire, docteur en droit, Neuchâtel/Genève.

<sup>1</sup> Art. 716b CO. ANDREW GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, th. Lausanne (= SSHW 247), Zurich 2006, spéc. 49 ss; MATHIEU BLANC, La délégation de compétences par le conseil d'administration, in: Dessemontet/Obersson/Thévenaz/Blanc (édit.), Aspects actuels du droit de la société anonyme, Lausanne 2005, Travaux réunis pour le 20<sup>e</sup> anniversaire du CEDIDAC (1985–2005), Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 291 ss; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10<sup>e</sup> éd., Berne 2007, § 16 N 438 ss.

<sup>2</sup> Art. 321d CO. RÉMY WYLER, Droit du travail, Berne 2002, 96 ss; MARIE-LOUISE STAMM, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, th. Bâle 1977.

<sup>3</sup> PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2003, N 2963; CR CO I-WERRO, art. 394 N 26 et 397 N 4.

<sup>4</sup> ROLAND MÜLLER, Problematik einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer, EC 2006, 851 ss; BSK OR II-WATTER, art. 716b N 20; ZK-HOMBURGER, OR 716b N 747 ss.

<sup>5</sup> BSK OR II-WATTER, art. 716b N 22: «Bei einer hauptberuflichen Tätigkeit ist m.E. oft von einer arbeitsvertraglichen Beziehung im Kündigungsbereich auszugehen (...).» Enjeu: respect (ou non) d'un préavis et des droits en découlant (notamment art. 336, 336c et 337c CO).

<sup>6</sup> ROLF WATTER/TILL SPILLMANN, Corporate Social Responsibility, Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, GesKR 2-3/2006, 94 ss, spéc. 108 ss.

<sup>7</sup> Cf. *Organisationsreglement der Zehnder Group AG* du 5 juin 2002, téléchargeable sur [www.zehndergroup.com](http://www.zehndergroup.com) (rubrique *investors*) ou Règlement d'administration et d'organisation de la société Edipresse SA, du 12 décembre 2005, téléchargeable sur [www.edipresse.com](http://www.edipresse.com). [dernière date de visite: 29.01.07].

<sup>8</sup> Art. 716a al. 1 ch. 1 CO.

<sup>9</sup> Art. 716a al. 1 ch. 2 CO.

<sup>10</sup> Art. 716a al. 1 ch. 5 CO.

D'après la *loi*, s'il est établi, le règlement d'organisation a pour objet les matières suivantes: modalités de la gestion, détermination des postes nécessaires, attributions des différents postes et obligation de faire rapport (*Berichterstattung, reporting*)<sup>11</sup>.

La *pratique* a notablement élargi ce catalogue<sup>12</sup>. Sur le principe, cette extension semble justifiée: elle permet à la société de concentrer, dans un seul document, un nombre important de règles de fonctionnement.

Toutefois, dans certains cas, le chemin emprunté amène (malheureusement) à un résultat discutable<sup>13</sup>. Quel praticien n'a pas vu, un jour, un règlement d'organisation fixant le tournus des lieux pour la fête de Noël du conseil ou la couleur des cravates ou foulards à porter par les membres du conseil lors d'apparition en public? A nos yeux, même si ces points peuvent répondre à des objectifs importants (*team spirit*, respectivement *corporate identity*), ils n'ont pas leur place dans le corps d'un tel règlement.

Dans une approche sensée, au contenu (minimal) fixé par la loi<sup>14</sup> viendront s'ajouter de nombreuses réglementations touchant le fonctionnement des organes dirigeants et, plus particulièrement, la façon dont la société entend les voir remplir leur charge<sup>15</sup>.

A ce titre, les administrateurs ou les directeurs se voient souvent attribuer toute une série d'obligations, soit générales, soit particulières à leurs fonctions.

### III. Les directives et instructions de l'employeur (art. 321d CO)

De façon générale, l'employeur supporte les risques liés à son entreprise, que ce soit civilement<sup>16</sup> ou, de manière (heureusement) plus limitée, pénalement<sup>17</sup>. Dès lors, la gestion du risque lui impose (i) de guider ses employés dans l'exécution de leur travail (*flux descendant*)<sup>18</sup> et (ii) d'assurer que les informations pertinentes

remontent – rapidement et complètement – aux (bons) organes décisionnels (*flux montant*)<sup>19</sup>.

En effet, un mécanisme décisionnel parfait ne sert à rien si les faits déterminants ne sont pas connus. Nombre d'entreprises en ont fait l'expérience lors de situations de gestion de crise: l'outil de conduite est disponible et les mesures préparées (p. ex. plan de communication), mais l'événement déclencheur (p. ex. accident) est annoncé trop tardivement à l'interne, les organes dirigeants apprenant les faits parfois par hasard, en regardant la télévision ou en surfant sur internet. Souvent, le mal est alors déjà fait (déclarations maladroites à la presse, etc.).

Dès lors, par les *directives générales* (*allgemeine Anordnungen*), l'employeur vise à réglementer les conditions cadres touchant (i) l'exécution du travail et (ii) la conduite au travail. En principe, de telles injonctions s'adressent à tous les employés ou, éventuellement, à certaines catégories d'entre eux.

Par les *instructions particulières* (*besondere Weisungen*), l'employeur s'attache à préciser les obligations liées à certaines fonctions<sup>20</sup>, voire à certains postes hiérarchiques en particulier<sup>21</sup>.

En théorie, la distinction n'est pas toujours aisée. En pratique, à nos yeux, le classement d'une injonction de l'employeur dans l'une ou l'autre des deux catégories précitées n'a pas d'enjeu majeur.

L'émission de directives ou instructions n'est *pas liée au respect d'une forme particulière*<sup>22</sup>. Elles peuvent donc être formulées oralement ou par écrit. Toutefois, en pratique, les directives ou instructions sont *souvent formulées par écrit*, ce qui est d'ailleurs conseillé (preuve, etc.). Mais alors, peu importe leur support et la procédure d'émission: voie unilatérale (courrier électronique, SMS, lettre, note, règlement d'entreprise établi unilatéralement<sup>23</sup>, etc.) ou voie bilatérale (contrat, règlement d'entreprise établi par convention<sup>24</sup>).

La *voie unilatérale* précitée semble préférable, car (i) elle correspond mieux au caractère de «l'ordre», donné par une personne (l'employeur) pour être exécuté (et non discuté!) par d'autres (les employés) et (ii) elle permet d'éviter certaines discussions oiseuses en cas de modification unilatérale d'une directive ou instruction conte-

<sup>11</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2004, § 13 N 324 ss.

<sup>12</sup> BÖCKLI (n. 11), § 13 N 331 ss.

<sup>13</sup> BÖCKLI (n. 11), § 13 N 312 («Artikelfriedhöfe»).

<sup>14</sup> Art. 716b al. 2 i. i. CO.

<sup>15</sup> Concernant les obligations particulières, GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze. Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2005, N 1755 ss.

<sup>16</sup> Art. 55 CO; comp. art. 55 CC et 101 CO. ATF 122 III 225 (JT 1997 I 195). OLIVER WAESPI, Organisationshaftung. Zwischen Risiko und Unsorgfalt, th. Neuchâtel (= ASR 700), Berne 2005.

<sup>17</sup> Art. 102 CP. MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, th. St. Gall 2006 (= ASR 723), Berne 2006, présentée in: GesKR 2-3/2006 229; DANIEL HELFENFINGER, Die Strafbarkeit des Unternehmens – nicht nur strafrechtlich von Bedeutung, RSJ 102 (2006), 241 ss; ALAIN MACALUSO, La responsabilité pénale de l'entreprise, Principes et commentaire des art. 100<sup>quartier</sup> et 100<sup>quinquies</sup> CP, Zurich 2004, spéc. 143 ss et 153 ss.

<sup>18</sup> Art. 6 LTr, art. 6 OPA, art. 82 LAA.

<sup>19</sup> HENRY PETER, Corporate Governance and Special Purpose Vehicles. Understanding the Enron Case Use and Abuse of Enron's Own Stock under the Prospective of Swiss Law, EC 2002, 1131 ss, spec. 1136.

<sup>20</sup> P. ex. Directive relative à l'appel à des médecins du travail et autres spécialistes de la sécurité au travail; art. 11a ss OPA.

<sup>21</sup> P. ex. CEO, CFO, COO.

<sup>22</sup> WYLER (n. 2), 97. Comp. BLANC (n. 1), 306 et ZK-HOMBURGER, art. 716b N 736.

<sup>23</sup> Art. 37 al. 4 LTr. FRANK VISCHER, in: Geiser/von Kaenel/Wyler, Commentaire LTr, art. 37 N 18 ss, Berne 2005.

<sup>24</sup> Art. 37 al. 4 LTr. VISCHER (n. 23), N 22 ss.

nue dans un document établi sur la base de l'accord des deux parties<sup>25</sup>, l'employé tentant parfois de s'opposer à une modification de directive en donnant une couleur «contractuelle» à l'injonction (p. ex. obligation de faire rapport, initialement prévue auprès du CEO, puis fixée auprès d'un subordonné de ce dernier).

A nos yeux, la nécessité, pour l'employeur, de rechercher l'accord de l'employé pour modifier une injonction ne doit être reconnue que très exceptionnellement<sup>26</sup>. Ce pourrait être le cas si la clause fixant l'instruction soumet elle-même sa modification à l'accord des parties (ce qui est rare en pratique). Dans toutes les autres situations, une approche très restrictive s'impose, car l'employeur supporte les risques de l'entreprise et, logiquement, doit avoir une large autonomie dans l'organisation<sup>27</sup>.

Dès lors, en principe, l'employeur pourra édicter (et modifier) les directives ou instructions, unilatéralement et en tout temps<sup>28</sup>.

#### IV. Le règlement d'organisation en tant que directives et instructions

Il y a donc un *point de rencontre* entre le droit des sociétés (ch. II) et le droit du travail (ch. III).

L'article 716a al. 1 CO charge le conseil d'administration (i) «[d']établir les instructions nécessaires» (ch. 1) et (ii) de s'assurer de l'observation des «instructions données» (ch. 5). L'article 321d CO permet à l'employeur d'édicter «directives» et «instructions». La cible est la même<sup>29</sup>.

Au-delà de la terminologie, identique, le législateur traite d'un problème de fond, récurrent. Toute structure a besoin d'indications, comme l'équipage d'un bateau a besoin d'ordres pour effectuer des manœuvres. Ici il s'agira du conseil d'administration, là de l'employeur.

Dès lors, lorsqu'il est établi, le règlement d'organisation du conseil d'administration contient en principe des directives et instructions au sens de l'article 321d CO, naturellement uniquement vis-à-vis des personnes liées à la société par un contrat de travail. Si la relation avec le destinataire de l'instruction doit être qualifiée de mandat<sup>30</sup>, il s'agira alors d'instructions au sens de l'article 397 CO<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> P. ex. contrat individuel de travail, règlement d'entreprise établi par convention (cf. n. 24).

<sup>26</sup> Pour des cas plus limites (p. ex. modification de la fonction ou du lieu de travail) et, avec raison, une approche plus restrictive, CR CO I-AUBERT, art. 321d N 3 et 4.

<sup>27</sup> FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2005, 138 («Organisationsmacht des Arbeitgebers»).

<sup>28</sup> VISCHER (n. 27), 145.

<sup>29</sup> ZK-HOMBURGER, OR 716b N 750.

<sup>30</sup> Pour les distinctions, BÖCKLI (n. 11), § 13 N 239, CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF TOBLER, *Le contrat de travail*, Lausanne 2001, art. 319 ch. 1.15 et ROLAND RUEDIN, *Rémunération de*

En cas de non-respect des directives ou instructions, l'employé répondra sur la base de l'article 321e CO<sup>32</sup>.

## V. L'enjeu pratique

### 1. L'enjeu principal: une réglementation cohérente

En soi, peu importe où et comment le conseil d'administration donne ses instructions à ses employés.

Toutefois, il y a un risque évident d'aboutir à une constellation de *directives et instructions disséminées* dans de nombreux documents, issus soit du droit des sociétés (règlement d'organisation), soit du droit du travail (contrat individuel de travail, règlement du personnel<sup>33</sup>, règlement d'entreprise – obligatoire<sup>34</sup> ou facultatif<sup>35</sup>), soit encore d'autres figures du droit des contrats (contrat de mandat d'administrateur, voire convention d'actionnaires).

Plus grave encore que la dissémination, la *présence de règles contradictoires* est le principal danger détecté sur la base de l'examen de la documentation de sociétés dans la pratique. Ce risque est accru si, en plus, les documents contradictoires entre eux ne prévoient pas de *règle de hiérarchisation*<sup>36</sup>. En effet, si une règle se voit conférer la primauté sur toute autre, l'impasse de la contradiction peut être dépassée<sup>37</sup>.

Ainsi, en pratique, il n'est pas rare de trouver un directeur qui doit rapporter à trois personnes différentes, selon que l'examen s'opère sur la base du contrat de travail (initial et non mis à jour), du règlement d'organisation

l'administrateur de société anonyme, in: Waldburger/Baer/Nobel/Bernet (Hrsg.), *Festschrift für Peter Nobel*, Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Berne 2005, 313 ss. ATF 125 III 81, ATF 121 I 262, TF 21.03.1995 in: JAR 1996, 95; ZR 83 (1984) N 78.

<sup>31</sup> CR CO I-WERRO, art. 397 N 3 et 4 (différences entre les art. 397 et 321d CO). Les présents développements peuvent être appliqués *mutatis mutandis* aux relations basées sur un contrat de mandat.

<sup>32</sup> WYLER (n. 2), 101. En matière de droit du travail, le for se détermine selon l'art. 24 al. 1 LFors (tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail). Dans certains cas, l'angle peut donc être plus ouvert qu'en matière de droit des sociétés (art. 29 LFors: tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou tribunal du siège de la société).

<sup>33</sup> Pour les distinctions entre règlement du personnel et règlement d'entreprise au sens de l'art. 37 LTr, VISCHER (n. 23), art. 37 N 8 ss.

<sup>34</sup> Art. 37 al. 1 et 4 LTr. VISCHER (n. 23), art. 37 N 10 ss.

<sup>35</sup> Art. 37 al. 3 et 4 LTr. VISCHER (n. 23), art. 37 N 12 ss.

<sup>36</sup> P. ex.: «En cas de divergences, le règlement d'organisation du conseil d'administration prime sur tout autre document, tels que (mais non limité à) contrats individuels de travail, contrat d'administrateur, etc.»

<sup>37</sup> De nombreuses contradictions naissent déjà de la présence, en parallèle, d'un règlement du personnel et d'un contrat individuel de travail (règles divergentes sans indiquer quel texte prime).

du conseil d'administration, de la note établie au moment de la promotion de ce directeur ou de l'organigramme interne<sup>38</sup>.

Souvent aussi, le respect effectif de la directive ne correspond pas (ou plus) à l'énoncé de celle-ci. *Sur le papier*, on rapporte à telle personne; *dans les faits*, à telle autre. La réduction et, idéalement, la suppression de tout écart entre le *Soll-Zustand* et le *Ist-Zustand* n'est pas tâche facile; elle demeure toutefois un objectif prioritaire<sup>39</sup>.

Dans le meilleur des cas, si elles sont sans conséquences, de telles incongruités affaibliront souvent la société si elle est amenée à devoir faire la démonstration que sa gestion – et son contrôle – sont rigoureux. Ce pourrait notamment être le cas si, entraînée dans une procédure pénale, l'entreprise doit établir (i) qu'il n'y a aucun «manque d'organisation»<sup>40</sup> dans l'entreprise qui rendrait impossible l'imputation d'un crime ou délit à une personne physique ou (ii) qu'il ne peut pas lui être reproché «de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction»<sup>41</sup>.

En revanche, dans d'autres hypothèses, les règles contradictoires risquent d'amener le conseil d'administration à *perdre le contrôle* sur ce qu'il doit pourtant surveiller. Elles risquent d'entraver le bon exercice de la «haute direction de la société»<sup>42</sup> et la «haute surveillance» des personnes chargées de la gestion<sup>43</sup>. En effet, pour reprendre l'exemple de l'instruction de faire rapport, les informations rapportées peuvent perdre tout ou partie de leur efficacité, si elles sont acheminées auprès d'un mauvais destinataire. En outre, si l'employé à qui incombe l'obligation de faire rapport observe une injonction, en contradiction avec d'autres directives, il sera plus ardu de le tenir responsable pour l'éventuel dommage en résultant.

Concernant l'établissement de directives ou d'instructions, il apparaît dès lors utile de suivre les règles suivantes: (i) autant que possible, les *concentrer dans un seul document* et (ii) choisir un *document facilement modifiable, si possible par voie unilatérale*.

A ce titre, le règlement d'organisation du conseil d'administration semble généralement bien adapté. Document *unique*, il jouit d'une bonne visibilité (document corporatif, quoique non sujet à dépôt au registre du commerce)<sup>44</sup> et peut servir de synthèse des directives et

instructions nécessaire à la direction de la société. Document *unilatéral*, il est modifiable en tout temps – et rapidement – par le Conseil d'administration<sup>45</sup>.

En outre, document *non réglementé en détail* par la loi<sup>46</sup>, il peut être façonné en toute liberté par la société. A ce titre, il peut se révéler judicieux de prévoir un corps principal (partie générale, sujette à révision annuelle) et des annexes (parties spéciales, pouvant être revues plus fréquemment). Parmi les annexes pourraient figurer l'organigramme (général) indiquant les flux montant et descendant d'informations, le descriptif des postes et des procédures, les règles régissant les compétences et les systèmes de limitation (p. ex. pouvoirs de signature, etc.). Cette confection «sur mesure» est affaire d'appréciation, notamment de la part du conseiller juridique de l'entreprise, par rapport aux besoins du cas d'espèce (taille de l'entreprise, cadence des modifications, etc.).

En comparaison, les *autres documents* présentent souvent des *inconvenients majeurs*. Fréquemment utilisé comme siège des directives et instructions, le contrat de travail est rapidement dépassé, notamment au fil des promotions successives ou des changements de personnes et/ou de fonctions (p. ex. suite à une fusion ou une scission). En outre, comme il s'agit d'un document établi par convention, la nécessité de rechercher l'accord de l'autre partie est parfois invoquée, à tort à notre avis.

Egalement parfois utilisé à cette fin, le contrat d'administrateur (de l'employé accédant au conseil) souffre des mêmes faiblesses: il risque d'entrer en conflit avec le contrat de travail de base (en principe maintenu) et le règlement d'organisation du conseil d'administration.

Enfin, la réunion des directives et instructions dans le règlement d'organisation (ou ses annexes) permet à la société de renseigner utilement l'organe de révision au sujet de son système de contrôle interne, sans avoir à partir à la pêche de directives ou instructions saupoudrées dans divers contrats de travail, notes ou règlements<sup>47</sup>.

D'un point de vue rédactionnel, il suffit alors de prévoir, dans le contrat individuel de travail, une clause générale de renvoi au règlement d'organisation<sup>48</sup>.

<sup>38</sup> Autre cas, assez fréquemment détecté en pratique: procédures contradictoires réglant les activités accessoires et les éventuelles autorisations préalables à rechercher (art. 321a al. 3 CO).

<sup>39</sup> BÖCKLI (n. 11), § 13 N 336: «ständige Anpassung».

<sup>40</sup> Art. 102 al. 1 CP (responsabilité subsidiaire de l'entreprise).

<sup>41</sup> Art. 102 al. 2 CP (responsabilité parallèle de l'entreprise).

<sup>42</sup> Art. 716a al. 1 ch. 1 CO. BLANC (n. 1), 306.

<sup>43</sup> Art. 716a al. 1 ch. 5 CO. BLANC (n. 1), 310; BÖCKLI (n. 11), § 13 N 361 ss.

<sup>44</sup> ZK-HOMBURGER, OR 716b N 724.

<sup>45</sup> BÖCKLI (n. 11), § 13 N 523.

<sup>46</sup> L'art. 716b al. 2 CO se borne à fixer les thèmes généraux. Le contenu est donc bien plus libre que pour les statuts (comp. art. 626 et 627 CO, 680 al. 1 CO, 940 al. 2 CO et 21 al. 2 ORC).

<sup>47</sup> En plus, une telle mesure dispense de présenter les contrats de travail, notamment au regard des éléments (parfois sensibles) qui y figurent.

<sup>48</sup> P. ex.: «The Employee shall comply with the obligations listed in the Organisational Rules of the Board of Directors». Comp. ZK-HOMBURGER, OR 716b N 748 i. f. («das Organisationsreglement zum Vertragsbestandteil zu erklären»). Dans l'esprit de son auteur, une telle approche impose-t-elle alors, en cas de modification, de respecter les principes de l'art. 1<sup>er</sup> CO? Le (simple) renvoi précité nous semble préférable.

## 2. Les avantages induits

Au surplus, quand elle est possible, la concentration des directives et instructions dans le règlement d'organisation permet, dans la foulée, de contribuer à l'atteinte des objectifs plus généraux suivants.

### 2.1 Une contribution aux principes de *corporate governance*<sup>49</sup>

La modification du Code des obligations du 16 décembre 2005 impose notamment à l'organe de révision de vérifier l'existence d'un *système de contrôle interne* (SCI)<sup>50</sup>. La Chambre fiduciaire a précisé cette notion<sup>51</sup>. En outre, l'annexe aux comptes annuels contiendra des informations sur la réalisation d'une évaluation des risques<sup>52</sup>.

A cet égard, une construction cohérente dans l'émission des directives et instructions est doublement importante. D'abord, si le système est contenu dans un seul document, son examen sera facilité et, au surplus, accéléré. Ensuite, il permettra aux censeurs de rapidement détecter si le système est cohérent (donc fonctionnant) ou s'il est sujet à des imprécisions, des lacunes (un directeur «électron libre» ne rapporte à personne) ou des contradictions (un directeur doit rapporter à des personnes différentes selon les documents, alors que cette situation n'est pas voulue).

Une concentration des directives et instructions dans le règlement d'organisation peut être un soutien aux principes du gouvernement d'entreprise.

### 2.2 Une réduction des risques de responsabilité

En matière *civile*, la présence d'un système efficace de directives et instructions permettra à l'entreprise de se défendre de toute accusation de faute concomitante en cas de dommage. En effet, si, en principe, l'employé doit réparer le dommage<sup>53</sup>, il sera toutefois recherché, dans le

cas particulier, si l'employeur n'a pas commis une faute concomitante<sup>54</sup>. Ceci pourrait être le cas si ce dernier n'a pas donné d'instructions ou a délivré des injonctions contradictoires<sup>55</sup>.

En matière *pénale*, un filet résistant de directives et d'instructions cohérentes contribuera à soutenir l'entreprise dans les démonstrations d'organisation irréprochable qu'elle pourrait être amenée à produire. A l'avenir, il s'agira là d'un point sensible, à n'en point douter, tant sur le fond<sup>56</sup> qu'en matière procédurale<sup>57</sup>.

## VI. Conclusion

Pour les directeurs et les administrateurs liés à la société par un contrat de travail, il se révèle judicieux, dans toute la mesure possible, de concentrer les directives et instructions dans un seul *corpus*.

A ce titre, le règlement d'organisation du conseil d'administration (et ses annexes) représente un siège adapté, dans la mesure où il permet une *uniformisation des règles*, en lieu et place de leur éclatement dans des documents épars et à l'historique varié, comme les contrats individuels de travail.

En outre, une telle concentration *augmente la qualité et l'efficacité des mises à jour*. Elle *facilite les contrôles*, notamment par l'organe de révision, désormais chargé de l'examen du système de contrôle interne.

Ainsi, au lieu d'une multiplication, affaiblissante, des lieux où figurent des règles, au mieux redondantes, au pire contradictoires, la concentration des directives et instructions dans le règlement d'organisation et ses annexes donne plus de force à la réglementation: *less paper, more pepper*.

<sup>49</sup> GUY MUSTAKI, Obligations et responsabilité des organes dirigeants découlant des normes de corporate governance, SJ 2006 II 189 ss, spéc. 195 ss.

<sup>50</sup> Art. 728a al. 1 ch. 3 nCO (FF 2005 6812). FRÉDÉRIC EPITAUX, Le contrôle interne: Evolution et perspectives en Suisse, Mémoire MBL (dir. Prof. Henry Peter), Genève 2006, téléchargeable sur [http://www.unige.ch/droit/mbi/upload/pdf/454f34fed15bb\\_M\\_mmoire\\_Fr\\_d\\_ric\\_Epitaux.pdf](http://www.unige.ch/droit/mbi/upload/pdf/454f34fed15bb_M_mmoire_Fr_d_ric_Epitaux.pdf). Cf. Prise de position de la Chambre fiduciaire du 21 mars 2006 en matière de système de contrôle interne (SCI), not. 4: «Les principaux outils auxiliaires organisationnels du SCI peuvent être décrits ainsi: – organigramme; – diagramme des déroulements internes et des fonctions; – descriptif des postes et des procédures; – règles régissant les compétences et systèmes de limitation; – règlements, directives et instructions de service; (...)»

<sup>51</sup> Prise de position (n. 50), 4–5: «Ceci implique que l'organe de révision effectue une analyse complète du SCI pour en avoir une vue d'ensemble, qu'il établisse un plan d'audit et le mène à terme.» MUSTAKI (n. 49), 194 (note 30) et 211 ss.

<sup>52</sup> Art. 663b ch. 12 nCO (FF 2005 6841).

<sup>53</sup> Art. 321e CO ainsi que art. 43 al. 1 et 99 al. 3 CO.

<sup>54</sup> Art. 44 al. 1 et 99 al. 3 CO.

<sup>55</sup> CR CO I-AUBERT, art. 321e N 5.

<sup>56</sup> Art. 102 CP. ROMAN GEIGER, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, th. Zurich 2006 (= SSHW 251), présentée in: GesKR 2-3/2006, 230.

<sup>57</sup> Art. 102a CP. MARCEL MEIER, Strafrechtliche Unternehmenshaftung – Einführung in der Schweiz unter Berücksichtigung prozessualer Folgeprobleme im Konzern, th. Zurich 2006, présentée in: GesKR 2-3/2006, 231 s.; ALAIN MACALUSO, Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, RPS 2005, 79 ss, spéc. 80 ss (représentant de l'entreprise dans la procédure).