

04.044

Message
relatif à la modification du code des obligations
(Transparence des indemnités versées aux membres
du conseil d'administration et de la direction)

du 23 juin 2004

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons avec le présent message un projet de modification du code des obligations (transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction) en vous proposant de l'adopter.

Par la même occasion, nous vous demandons de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | | | |
|------|---|---------|--|
| 2001 | P | 01.3153 | Transparence des salaires des cadres et des indemnités des administrateurs
(N 11.3.02., Leutenegger Oberholzer; E 5.6.02) |
| 2001 | P | 01.3329 | Société par actions. Principe de la «corporate governance»
(N 5.10.01, Walker Felix; E 5.6.02)
seulement le point 4 |

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

23 juin 2004

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Le présent projet de loi régit la transparence des indemnités perçues par les membres du conseil d'administration et de la direction de sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse. Des prescriptions sur la transparence ont déjà été édictées dans le cadre de l'autorégulation de la bourse. Le projet vise à inscrire ces prescriptions dans la loi et à élargir leur champ d'application.

Les nouvelles dispositions légales complètent les prescriptions actuelles du code des obligations sur le contenu de l'annexe au bilan. L'objectif est de soumettre les indications fournies à la vérification de l'organe de révision.

Devront ainsi être indiqués dans l'annexe au bilan le montant global des indemnités versées au conseil d'administration et à la direction, la somme perçue par chacun des membres du conseil d'administration, ainsi que la somme perçue par le membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée. En outre, les participations à la société que détiennent les membres du conseil d'administration et de la direction devront également être rendues publiques. Au surplus, les indemnités versées aux personnes qui sont proches d'un membre du conseil d'administration ou de la direction devront être aussi déclarées afin d'empêcher que les dispositions légales ne soient éludées.

La réglementation de la transparence doit permettre, en premier lieu, de remédier aux conflits d'intérêts qui peuvent survenir du fait que le conseil d'administration fixe lui-même la rémunération de ses membres. Il s'agit aussi de tenir compte de l'intérêt légitime qu'ont les actionnaires d'être informés des indemnités perçues par le conseil d'administration et par la direction, afin qu'ils puissent exercer de manière optimale leurs droits de contrôle. Enfin, la législation proposée permettra d'exposer clairement les intérêts en présence découlant des participations à la société que détiennent les membres de son conseil d'administration et de sa direction.

Le renforcement de la transparence est un des objectifs du gouvernement d'entreprise (corporate governance), lequel est au cœur d'un autre projet de révision, qui est actuellement en préparation. En raison de l'urgence particulière de la législation sur la transparence pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, il a été décidé d'extraire cette partie du projet et de la traiter séparément de manière anticipée. Cette législation répond à une revendication politique et économique importante et contribuera au bon fonctionnement du marché des capitaux. Nombre d'autres pays ainsi que l'OCDE et l'Union européenne s'emploient aussi à renforcer la transparence.

Message

1 Partie générale

1.1 Nécessité d'une réglementation légale de la transparence

1.1.1 Contexte

Le droit de la société anonyme ne contient pas de prescription régissant la question de la transparence des indemnités et des participations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction. Le conseil d'administration est certes tenu de fournir des informations sur la manière dont il gère la société et les actionnaires, de leur côté, peuvent demander au conseil d'administration des renseignements sur les affaires de la société (art. 697 du code des obligations, CO¹). Dans la pratique, toutefois, ce droit à l'information est appliqué avec beaucoup de retenue, une pesée d'intérêts étant effectuée entre le droit des actionnaires d'être informés et l'intérêt qu'il peut y avoir à garder le secret. C'est la raison pour laquelle, selon la doctrine, l'art. 697 CO oblige la société à révéler le montant global des indemnités, mais pas la somme perçue par chacune des personnes concernées.

1.1.2 Règles existantes en matière de transparence

A l'initiative de la Commission fédérale des banques, et en s'appuyant sur la compétence d'autorégulation prévue à l'art. 4 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM)², la Bourse suisse (SWX Swiss Exchange) a édicté, le 17 avril 2002, une directive concernant les informations relatives au Corporate Governance (Directive Corporate Governance, DCG)³. Toutes les sociétés dont les actions sont cotées en bourse y sont soumises. Le chapitre 5 de la DCG contient des normes sur la transparence des rémunérations, participations et prêts aux organes. Ces prescriptions visent aussi bien les membres du conseil d'administration que ceux de la direction.

En outre, l'Instance d'admission de la SWX Swiss Exchange a approuvé le 20 octobre 2003 une directive relative à la publicité des transactions du management qui oblige à annoncer à la SWX Swiss Exchange l'acquisition et l'aliénation de droits de participation, de droits de conversion ou d'acquisition ainsi que des instruments financiers qui sont liés aux droits susmentionnés.

Economiesuisse a élaboré le *Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise* du 25 mars 2002 (Code suisse)⁴. Contrairement à la DCG, ce Code suisse n'est qu'une recommandation. Comme la DCG, il s'adresse en premier lieu aux sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse. Il vise toutefois également les sociétés ou organisations économiques importantes dont les actions ne

¹ RS 220

² RS 954.1

³ http://www.swx.com/admission/rlcg_fr.pdf

⁴ <http://www.economiesuisse.ch/f/content.cfm?upid=C3B18C59-73A4-4A0D-ABDF3A36D1E23374&type=pdf&filetype=pdf>

sont pas cotées⁵. Le ch. 30 du Code suisse renvoie à la DCG en ce qui concerne la publicité.

Pour les entreprises et les établissements de la Confédération, la transparence est régie par la loi fédérale du 20 juin 2003 sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération⁶. En vertu du nouvel Le Conseil fédéral édicte les principes qui sont applicables aux salaires et honoraires des membres du conseil d'administration et des cadres du plus haut niveau hiérarchique des entreprises et des établissements soumis à la LPers, à d'autres conditions contractuelles convenues avec les mêmes personnes, ainsi qu'aux activités accessoires qu'elles exercent (al. 1 à 3). Les salaires, honoraires et les autres conditions contractuelles sont publics (art. 6a, al. 4, de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération, LPers⁷). Le Conseil fédéral veille, conformément à l'art. 6a, al. 6, LPers, à ce que les principes de transparence soient appliqués par analogie aux entreprises de droit privé cotées en bourse, dont le capital et les voix sont détenus, à titre majoritaire, par la Confédération et dont le siège se trouve en Suisse.

1.1.3 Enjeux de la transparence

1.1.3.1 Transparence et gouvernement d'entreprise

La transparence des indemnités octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction est un aspect du gouvernement d'entreprise. Cette dernière notion désigne l'ensemble des principes concernant la direction et la surveillance d'une entreprise. Le gouvernement d'entreprise a pour objectif de garantir l'équilibre des forces dans la société anonyme par l'instauration d'un système efficace de checks and balances. Il s'agit, en particulier, de remédier aux difficultés qui peuvent résulter du fait que le propriétaire d'une société et celui qui exerce le contrôle sur cette société sont des personnes différentes. Ceci prévaut avant tout pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse car la propriété des actions est très largement disséminée.

Les principes du gouvernement d'entreprise concernent, en premier lieu, les rapports entre les différents organes d'une société. Sur le plan interne, le but est d'arriver à une réglementation équilibrée des relations entre la direction, le conseil d'administration et l'organe de révision.

En outre, les principes du gouvernement d'entreprise revêtent une importance considérable pour les relations avec l'extérieur. Sur ce plan, il s'agit de veiller à assurer l'équilibre entre les intérêts de l'entreprise, ceux des actionnaires, ceux des investisseurs sur le marché des capitaux et ceux d'autres parties prenantes.

⁵ Cf. avant-propos au Code suisse, ch. 3.

⁶ RO 2004 297

⁷ RS 172.220.1; cf. à ce sujet les art. 13 s. de l'ordonnance du 19 décembre 2003 sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération (Ordonnance sur les salaires des cadres; RS 172.220.12).

Un rapport de force équilibré n'est garanti que si les milieux concernés disposent des informations dont ils ont besoin. L'un des objectifs premiers du gouvernement d'entreprise est ainsi de renforcer la transparence des faits pertinents. L'amélioration de la transparence contribue à ce que les actionnaires veillent au maintien de la substance de leurs participations et puissent ainsi protéger leur propriété sur la société.

1.1.3.2 Opérations pour compte propre des membres du conseil d'administration

Le fait qu'à l'heure actuelle, les membres du conseil d'administration déterminent en règle générale eux-mêmes le montant de leur rémunération pose problème, tant sous l'angle juridique que sous l'angle du fonctionnement de la société. Les membres du conseil d'administration concluent, au nom de la société, des contrats avec eux-mêmes ou s'attribuent eux-mêmes, à la charge de la société, des indemnités ou d'autres prestations. Ils sont habilités à agir pour le compte de la société et se sont engagés à défendre les intérêts de celle-ci. Parallèlement, cependant, ils représentent aussi l'autre partie à la transaction: au titre de bénéficiaires de prestations, ils sont, en principe, intéressés à obtenir une rémunération élevée.

Comme ils représentent à la fois leurs propres intérêts et ceux de la société, qui est l'autre partie au contrat, l'on est en présence d'une opération dite pour compte propre (*self-dealing, Insihgeschäft*) qui conduit inévitablement à un conflit d'intérêts. Le renforcement de la transparence doit, à cet égard, permettre un contrôle plus efficace.

1.1.3.3 Obligation de rendre compte

En raison de leur appartenance à un organe de direction et de surveillance, les membres du conseil d'administration sont tenus de faire preuve de diligence et de fidélité (art. 717 et 754 CO). Ils sont aussi assujettis à l'obligation de rendre compte: ils doivent présenter un rapport périodique de leurs activités aux actionnaires (art. 716a, al. 1, ch. 6, CO). Selon le droit de la société anonyme en vigueur, le rapport de gestion ne fait cependant état que des frais de personnel globaux (art. 663, al. 3, CO) et ne fournit pas d'informations séparées sur ce que les fonctions de haute direction ont coûté aux actionnaires durant l'exercice. Ainsi, la particularité du statut des membres du conseil d'administration tient non seulement au fait qu'ils sont habilités à déterminer le montant de leurs propres indemnités (cf. ch. 1.1.3.2), mais également à l'absence, dans le droit de la société anonyme, d'une norme qui les obligerait à publier ce montant. La nécessité de la transparence découle du besoin qu'ont les actionnaires de savoir combien les activités du conseil d'administration ont coûté à la société durant l'exercice. Cela ne vaut d'ailleurs pas seulement pour les indemnités octroyées aux membres du conseil d'administration, mais aussi pour celles dont bénéficient les membres du plus haut niveau de la direction.

1.1.3.4 Attribution de tantièmes

Conformément à l'art. 677, en liaison avec l'art. 627, ch. 2, CO, la décision d'attribuer des tantièmes aux membres du conseil d'administration relève de la compétence de l'assemblée générale. Il s'agit d'un droit inaliénable (art. 698, al. 2, ch. 4, CO). Grâce à cette attribution impérative de compétences, les actionnaires ont toujours connaissance du montant des tantièmes octroyés.

Le montant de cette rémunération dépend du succès de l'entreprise. En cas de pertes (tout comme lorsque le bénéfice est trop modeste pour permettre aux actionnaires de toucher un dividende supérieur à 5 pour cent), la loi interdit l'attribution de tantièmes (art. 677 CO).

Depuis quelque temps, cependant, pour des raisons fiscales, les tantièmes ont perdu de leur importance pratique: ils sont, en effet, considérés comme une part du bénéfice et, partant, ne peuvent être déduits par la société. En revanche, une indemnité fixe est considérée comme une charge et peut, dès lors, être déduite.

Vu sous l'angle du droit des sociétés, cet avantage fiscal présente néanmoins l'inconvénient suivant: il n'existe pas de disposition légale régissant la détermination d'une rémunération fixe et cette décision ne relève pas de l'assemblée générale mais du conseil d'administration lui-même. Il en résulte que les actionnaires n'ont, en règle générale, aucune possibilité d'influer sur la décision. En principe, ils n'interviennent pas dans la décision. Ainsi, les membres du conseil d'administration peuvent continuer de percevoir les rémunérations qu'ils se sont eux-mêmes accordées même lorsque les actionnaires n'encaissent aucun dividende ou doivent constater une perte au bilan.

La pratique voulant que les tantièmes soient de plus en plus fréquemment remplacés par d'autres formes de rémunération a entraîné une diminution de la transparence: il n'existe pas de dispositions légales obligeant explicitement les membres du conseil d'administration à informer les actionnaires des conditions d'octroi des rémunérations fixes ou de leur montant. A la lumière de la réglementation contraignante prévue pour le versement des tantièmes, il est permis de supposer que cette lacune n'a pas été voulue par le législateur.

1.1.4 Autorégulation ou réglementation légale?

La Bourse suisse, qui se fonde sur l'autorégulation, a déjà adopté des dispositions en matière de transparence des indemnités et des participations. Le ch. 5 de la directive concernant les informations relatives au Corporate Governance (Directive Corporate Governance, DCG) contient des règles impératives ayant trait à la transparence des indemnités et des participations (cf. ch. 1.1.2). On peut donc se demander si ces dispositions ne suffisent pas ou si une réglementation légale est nécessaire.

La DCG se fonde sur la compétence dont jouit la Bourse en matière d'autorégulation. L'autorégulation consacrée par le droit boursier vise à assurer une réaction rapide et flexible en cas d'évolution institutionnelle et technique sur les marchés financiers internationaux⁸. D'après sa nature, l'autorégulation convient plutôt à des

⁸ Message du 24 février 1993 concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières; FF 1993 I 1269, 1283.

plutôt à des questions de moindre importance politique. Certes, elle a fait ses preuves, dans la mesure où la DCG relative à la transparence a permis d'améliorer la situation à court terme. L'autorégulation n'a cependant pas de légitimation démocratique. Au vu de l'importance juridique, politique et économique de la transparence – notamment pour l'exercice des droits de contrôle des actionnaires – il appartient au législateur d'inscrire lui-même de telles mesures dans le droit de la société anonyme et de procéder aux pesées d'intérêts nécessaires.

La protection de la propriété privée, dont il s'agit en fin de compte (cf. également ch. 1.1.3.1), ne peut pas être confiée à l'autorégulation mais relève – au regard du droit constitutionnel également – des tâches fondamentales du législateur.

Sur le fond, la réglementation de la transparence prévue par la DCG doit être améliorée en particulier sur les points suivants:

- La DCG requiert uniquement l'indication de la somme des indemnités versées à l'ensemble des membres du conseil d'administration et de la direction, ainsi que l'indemnité la plus élevée accordée à un membre du conseil d'administration sans mention de son nom (la solution proposée dans le projet est discutée au ch. 1.3.4).
- En ce qui concerne la publicité des participations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction, la DCG se limite à prescrire la publication de montants globaux. Cependant, de telles données ne permettent pas de se faire une idée très précise des intérêts liant les bénéficiaires de participations à la société.
- Comme les réglementations en matière boursière régissent en premier lieu les rapports juridiques de la Bourse et de l'émetteur, seules les sociétés sont destinataires des normes contenues dans la DCG. Corollaire obligé, les sanctions⁹ sont également dirigées uniquement contre les sociétés.

De l'avis du Conseil fédéral, il faut – pour consolider la place économique suisse – légiférer afin d'améliorer la transparence et de renforcer la confiance des investisseurs et du public dans l'activité des sociétés dont les actions sont cotées en bourse. Il incombe donc au législateur de prendre des mesures claires en tenant compte de tous les intérêts en présence et de veiller à les faire appliquer. S'agissant en particulier des conditions individuelles dont bénéficient les membres du conseil d'administration, la transparence ne peut être obtenue par la voie de l'autorégulation, mais doit reposer sur une base légale.

⁹ L'art. 82 du règlement de cotation du 24 janvier 1996 pour l'admission de valeurs mobilières à la SWX Swiss Exchange prévoit, à titre de sanctions, l'*avertissement*, la *publication du fait* que l'émetteur ou le donneur de sûretés a été sommé sans succès de publier ou d'annoncer des informations réglementaires, la *publication des informations réglementaires*, une *amende* jusqu'à 200 000 francs, la *suspension* du négoce, la radiation de la cotation (*décotation*), l'*exclusion* de l'émetteur ou du donneur de sûretés de nouvelles cotations, la *suppression* du statut de *représentant agréé* au sens de l'art. 50 ainsi que la *publication de la sanction*.

1.2 Etapes du projet

1.2.1 Travaux préparatoires

Le 9 mai 2001, le conseiller national Pierre Chiffelle a déposé une initiative parlementaire intitulée «Plus de transparence dans les sociétés cotées en bourses» (01.424 n). Cette initiative visait à réviser le code des obligations pour que les sociétés anonymes cotées en bourse soient tenues d'indiquer, dans l'annexe au bilan, l'ensemble des montants versés aux membres du conseil d'administration au titre de leur fonction ainsi que la part du capital-actions que ces derniers détiennent. Le 11 mars 2002, le Conseil national a décidé de donner suite à cette initiative. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) a été chargée d'élaborer un projet de loi. Le 28 octobre 2002, la CER-N a confié au professeur Max Boemle, de Berne, le mandat d'élaborer des propositions en ce sens. A la fin mars 2003, ce dernier a rendu son rapport assorti de propositions de réglementation pour une plus grande transparence des sociétés cotées en bourse.

En parallèle, pour faire suite à plusieurs interventions parlementaires dans le domaine du gouvernement d'entreprise, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a institué un groupe de travail «Corporate Governance» (ci-après: groupe de travail CG), composé des professeurs Peter Böckli de Bâle, Claire Huguenin de Zurich, et François Dessemontet de Lausanne. A la demande du président de la commission parlementaire compétente, le groupe de travail CG a été chargé de traiter en priorité la question de la transparence des indemnités et des participations. Le 25 mars 2003, il a rendu un rapport intermédiaire sur la transparence des rémunérations et crédits octroyés aux membres des organes dirigeants des sociétés anonymes.

La CER-N a pris acte du rapport Boemle et du rapport intermédiaire du groupe de travail CG. Sur proposition du DFJP, elle a ensuite décidé de suspendre ses travaux jusqu'à la présentation, par le Conseil fédéral, d'un projet de réglementation. L'Office fédéral de la justice a élaboré un avant-projet sur la base des deux rapports d'experts susmentionnés.

Conformément à l'initiative parlementaire Chiffelle, l'avant-projet se rapportait uniquement aux sociétés cotées en bourse. Il prévoyait que la somme totale des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction soit indiquée dans l'annexe au bilan. Ces indications sur les indemnités devaient inclure les sommes octroyées à chacun des membres du conseil d'administration ainsi que le montant perçu par le membre de la direction ayant obtenu la rémunération la plus élevée.

1.2.2 Procédure de consultation

Par décision du 5 décembre 2003, le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'envoyer en consultation l'avant-projet de réglementation de la transparence. La consultation s'est achevée le 29 février 2004.

Le DFJP a reçu des réponses de 23 cantons, de sept partis politiques (Parti radical-démocratique, Parti démocrate-chrétien, Parti socialiste, Union Démocratique du Centre, Parti libéral, Parti évangélique, Union Démocratique Fédérale), de 16 asso-

ciations et institutions (Centre patronal, economiesuisse, ethos, Fédération des Entreprises Romandes, Industrie-Holding, Femmes Juristes Suisse, Société suisse des employés de commerce, Association suisse des banquiers, Union suisse des arts et métiers, Union syndicale suisse, Union suisse des fiduciaires, Association Suisse d'Assurances, Swissmem, Travail Suisse, Chambre fiduciaire, Union des Banques Cantonales Suisses), de SWX Swiss Exchange, de la Commission fédérale des banques et de l'Université de Neuchâtel.

Les avis exprimés étaient divergents, tant sur les questions de principe que sur les détails. Dans l'ensemble, les cantons, les partis politiques et diverses associations (notamment celles qui défendent les intérêts des travailleurs) ont approuvé l'idée d'une réglementation de la transparence dans la loi. Le projet a, par contre, été rejeté par les milieux économiques concernés, qui estiment que l'autorégulation est suffisante.

- L'avant-projet a été *accueilli favorablement* par vingt cantons et quatre partis politiques (Parti radical-démocratique, Parti démocrate-chrétien, Parti évangélique et Union Démocratique Fédérale), par six associations et institutions (notamment l'Union syndicale suisse, la Chambre fiduciaire, l'Union suisse des fiduciaires et la Société suisse des employés de commerce), par la Commission fédérale des banques et par l'Université de Neuchâtel.
- L'avant-projet a été *rejeté* par le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures et le Parti libéral. Huit associations (notamment economiesuisse, Industrie-Holding, l'Associations suisse des banquiers, le Centre patronal, l'Union des Banques Cantonales Suisses, l'Association Suisse d'Assurances et Swissmem) ainsi que SWX Swiss Exchange. Economiesuisse et l'Union des Banques Cantonales Suisses préféreraient obliger les entreprises à faire la lumière sur leur *système d'indemnisation* au lieu de les contraindre à publier le montant des indemnités versées.
- L'avant-projet a été jugé *trop timoré* par le Parti socialiste, l'Union Démocratique du Centre et Travail Suisse.
- Les cantons de Zurich et de Schwyz ont estimé que l'avant-projet *allait trop loin*.

Trois cantons (Zurich, Schwyz, Argovie), le Parti démocrate-chrétien, le Parti libéral, les douze associations qui ont rejeté l'avant-projet (cf. supra) ainsi que SWX Swiss Exchange sont d'avis que la *transparence individuelle*, telle qu'elle est prévue dans l'avant-projet, *va trop loin*. La plupart d'entre eux auraient préféré une solution inspirée de la *directive de SWX Swiss Exchange*, selon laquelle il suffit d'indiquer la somme des indemnités versées à l'ensemble des membres du conseil d'administration et de la direction ainsi que le montant de l'indemnité la plus élevée versée à un membre du conseil d'administration ou de la direction.

Les cantons de Zoug et de Genève, le Parti socialiste, l'Union Démocratique du Centre, quatre associations (ethos, Société suisse des employés de commerce, Union syndicale suisse, Travail Suisse) ainsi que l'Université de Neuchâtel ont considéré que l'avant-projet *n'allait pas assez loin*. A leurs yeux, en effet, la norme relative à la transparence individuelle devrait s'appliquer non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi à *tous les membres de la direction*.

Trois cantons (Berne, les Grisons, le Jura) ainsi que le Parti radical-démocratique se sont déclarés *d'accord* avec l'étendue de la transparence proposée dans l'avant-projet.

Une *extension* de la transparence aux personnes qui sont proches des membres du conseil d'administration et de la direction a été revendiquée par le canton de Zurich, le Parti socialiste, le Parti libéral ainsi que par sept associations et institutions (notamment, economiesuisse, l'Union des Banques Cantonales Suisses, l'Union syndicale suisse, la Chambre fiduciaire et la Société suisse des employés de commerce). Ils estiment que cette solution permettrait de limiter les possibilités d'é luder les nouvelles dispositions sur la transparence. Industrie-Holding, quant à elle, souhaiterait, en revanche, que l'on *renonce* à étendre le champ d'application de la norme aux personnes proches.

Le canton de Zurich et economiesuisse ont insisté sur la nécessité de mentionner expressément les *anciens membres* du conseil d'administration ou de la direction si l'on voulait, là encore, empêcher que les normes sur l'obligation de publier ne puissent être éludées.

L'Union Démocratique du Centre a proposé d'étendre la transparence aux mandats que les membres du conseil d'administration acceptent à *titre accessoire* (en leur qualité d'avocat ou au titre d'expert par exemple). Cette adjonction est, elle aussi, destinée à empêcher que les nouvelles dispositions ne puissent être éludées.

Certains participants à la procédure de consultation ont proposé de *modifier le régime des compétences prévu s'agissant de la fixation du montant des rémunérations*. Trois cantons (Zurich, Appenzell Rhodes-Intérieures, Genève) ainsi que le Parti socialiste ont, en effet, estimé que le montant des indemnités devait impérativement relever de la compétence décisionnelle de *l'assemblée générale*. Le canton de Bâle-Ville a, en outre, relevé qu'un transfert de la compétence *statutaire* autorisant l'assemblée générale à fixer les indemnités serait peut-être le meilleur moyen d'obtenir l'effet recherché par le biais de l'obligation de transparence.

On retrouve l'idée d'un transfert de compétence dans la proposition du canton d'Argovie et d'economiesuisse, selon laquelle les indemnités pourraient être fixées par un *comité de rémunération*.

La Commission fédérale des banques a, pour sa part, proposé que l'on inclue dans la réglementation prévue les transactions du management, autrement dit les transactions conclues par les membres du conseil d'administration et de la direction et portant sur des instruments financiers de leur propre entreprise (participations, obligations ou produits dérivés).

Enfin, au chapitre des mesures souhaitables à long terme, le Parti socialiste suggère l'institution d'un *contrôle de l'adéquation des indemnités, l'interdiction des transferts de droits sociaux à des membres d'organes de la société* ainsi que *l'octroi d'un droit à la parole aux représentants indépendants*.

1.2.3

Remaniement de l'avant-projet

Comme nous l'avons déjà relevé (cf. ch. 1.1.3.2), le fait que les membres du conseil d'administration déterminent eux-mêmes le montant de leurs indemnités entraîne un conflit d'intérêts. En outre, le droit de la société anonyme ne comprend pas de norme obligeant les membres du conseil d'administration et de la direction à publier le montant de leur rémunération, bien que les actionnaires qui sont en fait les propriétaires de l'entreprise, aient un intérêt légitime à obtenir cette information (cf. ch. 1.1.3.3). Les règles relatives à la transparence établies dans le cadre de l'autorégulation de la bourse ne sont pas satisfaisantes, notamment en ce qui concerne l'étendue de la transparence et les sanctions (cf. ch. 1.1.4). Le législateur est donc appelé à intervenir pour améliorer les conditions dans lesquelles les actionnaires exercent leurs droits de contrôle.

Eu égard aux divergences de vues exprimées lors de la consultation, l'avant-projet semble offrir une solution médiane adéquate. En réponse à diverses suggestions faites dans ce sens dans le cadre de la procédure de consultation, une disposition régissant les indemnités versées aux personnes qui sont proches des membres du conseil d'administration ou de la direction est proposée. Le champ d'application du projet a également été explicitement étendu aux anciens membres du conseil d'administration et de la direction qui seront, eux aussi, soumis à l'obligation de transparence. La transparence s'appliquera, en outre, aux indemnités que les membres du conseil d'administration et de la direction touchent pour l'accomplissement de travaux supplémentaires.

Il conviendra d'examiner dans le cadre de la *future révision du droit de la société anonyme* visant à améliorer le gouvernement d'entreprise si d'autres mesures s'imposent en sus de la transparence pour lutter efficacement contre les abus.

1.3

Grandes lignes du projet

1.3.1

Entreprises visées

Conformément à l'initiative parlementaire Chiffelle (cf. ch. 1.2.1) ainsi qu'à d'autres interventions parlementaires, le projet régleme la transparence pour les sociétés dont les actions sont *cotées en bourse*. Pour ces sociétés, il existe un intérêt public à la publication des indemnités.

La prévention des abus est particulièrement importante s'agissant des sociétés susmentionnées, car l'influence que les actionnaires individuels peuvent exercer sur les organes dirigeants est souvent limitée. A cela s'ajoute que le bon fonctionnement du marché des capitaux dépend aussi de la transparence.

Il conviendra également d'examiner dans le cadre de la *future révision du droit de la société anonyme* s'il y a lieu d'instaurer la transparence des indemnités et participations pour d'autres types de sociétés (ou du moins une transparence interne destinée aux seuls actionnaires) (cf. ch. 1.2.3).

1.3.2 Personnes visées

Les membres du *conseil d'administration* seront en premier lieu tenus de dévoiler le montant de leurs indemnités. Les personnes auxquelles le conseil d'administration a, en vertu de l'art. 716*b*, al. 1, CO, délégué tout ou partie de la gestion de la société y seront également obligées. Il s'agit donc des membres de l'organe qui est directement subordonné au conseil d'administration, en d'autres termes des membres de la *direction*.

L'application du principe de la transparence aux membres du conseil d'administration et de la direction répond à une exigence politique. La motion Walker 01.3329 n («Société par actions. Principes de la corporate governance»; transmise sous la forme d'un postulat), tout comme l'initiative parlementaire du groupe de l'Union démocratique du Centre 02.406 n («Publication des indemnités et des participations des membres du conseil d'administration et de la direction»), visent explicitement les membres du conseil d'administration et ceux de la direction. La DCG contient, elle aussi, une réglementation analogue (cf. ch. 1.1.2).

Les rémunérations des *anciens membres* du conseil d'administration et de la direction ainsi que des *personnes qui sont proches des membres du conseil d'administration et de la direction* sont également soumises à la règle de transparence. Cette extension du champ d'application personnel est destinée à empêcher que les dispositions légales ne soient éludées.

1.3.3 Champ d'application matériel

La transparence concerne d'abord l'ensemble des *indemnités* que la société accorde aux membres du conseil d'administration et de la direction. Peu importe la nature de ces indemnités ou les bases juridiques sur lesquelles elles se fondent. Conformément aux propositions faites par certains participants dans le cadre de la procédure de consultation (cf. ch. 1.2.2), les indemnités versées pour les travaux supplémentaires devront elles aussi être publiées. Les *crédits* consentis aux membres du conseil d'administration et de la direction peuvent constituer des indemnités lorsque les conditions auxquelles ils sont accordés sont particulièrement favorables. Ils sont donc soumis de même aux dispositions sur la transparence.

Vu sous l'angle des principes du gouvernement d'entreprise, les actionnaires ont un intérêt légitime à être informés des *droits de participation au capital* octroyés aux membres du conseil d'administration et de la direction de la société:

Il est tout à fait habituel que des actionnaires importants s'efforcent d'obtenir une place au conseil d'administration. Toutefois, le fait, pour une personne habilitée à diriger une société, d'être en même temps actionnaire, peut, dans certains cas, générer une constellation d'intérêts assez particulière. La qualité d'actionnaire peut déterminer l'activité de la personne concernée. Ainsi, la gestion de la société par des membres du conseil d'administration ou de la direction qui en détiennent des actions peut être influencée par la perspective de toucher, à court terme, des dividendes élevés. Il se peut alors que les intérêts de la société à moyen ou à long terme soient relégués au second plan.

En outre, il est dans l'intérêt des actionnaires de savoir si les membres du conseil d'administration ou de la direction ont augmenté ou réduit leur participation au cours de l'exercice écoulé. En effet, ces derniers disposant de connaissances de première main sur la situation économique de la société, une modification de leur niveau de participation peut éventuellement donner des indications sur la marche des affaires de l'entreprise.

Par ailleurs, il est possible qu'un membre du conseil d'administration ou de la direction exerce une grande influence sur l'assemblée générale en raison du nombre de parts du capital social qu'il détient. Le contrôle de ces participations est déjà garanti, en partie, par l'actuel art. 663c CO, qui prévoit que les actionnaires importants et leurs participations seront indiqués dans l'annexe au bilan. Compte tenu des interactions entre le statut d'actionnaire et la gestion d'une société, il est judicieux de prévoir, d'une manière générale, la publication des participations détenues par les membres du conseil d'administration et de la direction.

L'obligation de transparence porte donc aussi sur les *participations et les droits de conversion ou d'option* détenus par les membres du conseil d'administration et de la direction.

1.3.4 Transparence globale ou individuelle?

L'obligation de rendre compte implique, en premier lieu, que soit indiqué le *montant global* des rémunérations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction. Sur la base de ces indications, il est possible d'établir combien a coûté la gestion de la société durant l'exercice.

Les membres du *conseil d'administration* sont élus individuellement par l'assemblée générale. Les tâches étant en principe réparties entre les différents membres, les actionnaires ont un intérêt légitime à savoir quelle somme touche quelle personne. En outre, la fixation par le conseil d'administration des indemnités de ses membres étant une opération pour compte propre, il est opportun d'indiquer ce que touche chacun d'eux.

Un argument parfois avancé pour s'opposer à la publication individuelle des montants perçus est celui de la protection de la personnalité des membres du conseil d'administration, qui interdirait une transparence aussi poussée. Cependant, eu égard aux objectifs de la transparence (cf. ch. 1.1.3) et, notamment, à la volonté de prévenir les abus, il est indispensable de publier le montant des indemnités que chacun des membres du conseil d'administration a touché. De surcroît, la motion Leutenegger Oberholzer 01.3153 n («Transparence des salaires des cadres et des indemnités des administrateurs»; transmise sous la forme d'un postulat), tout comme l'initiative parlementaire du groupe de l'Union démocratique du Centre 02.406 n (cf. ch. 1.3.2) exigent explicitement que la transparence des indemnités soit établie au niveau individuel. De plus, selon la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹⁰, les indications relatives au revenu et à la fortune ne font pas partie des données personnelles sensibles. En outre, selon l'art. 13, al. 1, LPD, une atteinte à la personnalité n'est illicite que si elle n'est pas justifiée par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

¹⁰ RS 235.1

En revanche, s'agissant des membres de la *direction*, le risque d'un conflit d'intérêts est moins grand: il n'y a pas d'opération pour compte propre puisque leurs indemnités ne sont pas fixées par eux-mêmes, mais par le conseil d'administration; il existe un contrôle interne à la société des montants octroyés par le conseil d'administration. On peut, dès lors, renoncer à exiger la publication séparée du montant des indemnités perçues par chacun des membres de la direction. Celui des membres de la direction qui perçoit la *rémunération la plus élevée* doit, toutefois, être contraint de communiquer le montant en question pour éviter qu'une personne, dans le but de se soustraire aux règles de la transparence, préfère siéger à la direction plutôt qu'au conseil d'administration.

Il en va autrement de la transparence concernant les participations. Comme elle est liée à l'évaluation des activités de chaque personne à titre individuel (cf. ch. 1.3.3), la publication globale des participations du conseil d'administration ou de la direction n'est pas suffisante. Les participations doivent donc être indiquées *individuellement pour chaque membre du conseil d'administration et de la direction*.

1.3.5 Mise en œuvre

1.3.5.1 Contrôle du respect des principes de la transparence

La transparence des indemnités et des participations ne sera assurée que si les dispositions législatives peuvent être appliquées efficacement. L'essentiel est que les indications fournies soient correctes et complètes.

Le contrôle du respect des impératifs de la transparence est possible si les indications relatives aux indemnités et aux participations des membres du conseil d'administration et de la direction figurent dans *l'annexe au bilan*. Cette annexe faisant partie des comptes annuels, comme le précise l'art. 662, al. 2, CO, *l'organe de révision* vérifiera que les indications fournies sont conformes à la loi et aux statuts (art. 728, al. 1, CO). Il s'agira de contrôler que les transactions enregistrées sont exactes et complètes. Conformément à l'art. 729b, al. 1, CO, l'organe de révision qui constate des violations de la loi lors de la vérification devra en avertir le conseil d'administration et, dans les cas graves, également l'assemblée générale. Si les données concernant les indemnités des membres du conseil d'administration ne correspondent pas à la réalité, l'organe de révision sera, en général, tenu d'en aviser l'assemblée générale.

Le contrôle par un organe de révision externe indépendant (art. 727c CO) permettra, dans une certaine mesure, de garantir le respect des dispositions du droit de la société anonyme.

Ce mécanisme de contrôle sera renforcé par l'obligation qu'ont les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, en vertu de l'art. 697h, al. 1, CO, de publier leurs comptes annuels dans la *Feuille officielle suisse du commerce* ou d'en délivrer un exemplaire à toute personne qui en fait la demande dans l'année qui suit leur approbation. Le public aura ainsi la possibilité d'être informé des indemnités et des participations accordées aux organes de la société.

1.3.5.2

Conséquences de la violation des prescriptions sur la transparence

Le non-respect de l'obligation prévue dans le projet de rendre publiques les indemnités et les participations des membres du conseil d'administration et de la direction constituera la violation d'un *devoir imposé par le droit de la société anonyme*. Selon le droit en vigueur, cette violation entraînera donc les sanctions indiquées ci-après.

Le conseil d'administration assume un rôle important car, en vertu de l'art. 716a, al. 1, ch. 5, CO, il exerce la *haute surveillance* sur les personnes chargées de la gestion. A ce titre, il peut, par exemple, destituer un membre de la direction qui agit de manière contraire à ses devoirs ou même révoquer d'un comité un de ses propres membres (art. 726, al. 1, CO).

Les droits dont disposent les actionnaires sont les suivants:

- les *droits d'information*, en particulier les droits de renseignement et de consultation prévus à l'art. 697 CO, qui leur permettent de poser des questions ciblées lors de l'assemblée générale;
- le *droit de vote*, en particulier le droit de ne pas réélire ou de révoquer les membres du conseil d'administration ainsi que le droit de refuser de donner décharge au conseil d'administration;
- le droit d'intenter une *action en responsabilité* lorsque l'omission de la publication constitue un manquement intentionnel aux devoirs d'un membre du conseil d'administration ou de la direction et qu'il en résulte un dommage (art. 754 CO);
- le droit d'intenter, contre les membres du conseil d'administration ou de la direction, une action en *restitution* de prestations de la société selon l'art. 678, al. 2, CO; dans ce cas, cependant, il ne suffit pas que l'obligation de publication ait été violée, il faut aussi que les prestations en question soient en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société.

Enfin, il existe des dispositions *pénales* sanctionnant certains actes qui touchent au droit de la société anonyme. Mentionnons, en particulier, les infractions de gestion déloyale, visées à l'art. 158 du code pénal (CP)¹¹ et de faux renseignements sur des entreprises commerciales, visées à l'art. 152 CP.

1.4

Droit comparé et relation avec le droit européen

1.4.1

Evolution à l'étranger

Les principes du gouvernement d'entreprise prennent de plus en plus d'importance au niveau international, en particulier celui de la transparence en matière d'octroi d'indemnités et de participations.

¹¹ RS 311.0

Le 22 avril 2004, les gouvernements des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont approuvé la version révisée des *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*¹². Ces Principes énoncent également des règles sur la publicité et la transparence (titre V). L'obligation de la transparence s'applique aux informations importantes concernant la politique de rémunération des administrateurs et des principaux dirigeants (let. A, ch. 4). En outre, les actionnaires doivent pouvoir faire entendre leur voix sur cette politique de rémunération (titre II, let. C, ch. 3). La part de la rémunération des administrateurs et des principaux dirigeants qui est attribuée en actions doit, selon cette disposition, être soumise à l'approbation des actionnaires. Les *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE* n'ont pas d'effet contraignant pour les Etats membres.

1.4.2 Allemagne et Autriche

En Allemagne, l'obligation de la transparence en matière de versement d'indemnités est réglée par la loi. Ainsi, le paragraphe 285, ch. 9, du *code allemand de commerce (Handelsgesetzbuch; HGB)* du 10 mai 1897 prévoit qu'en ce qui concerne les membres d'un directoire, d'un conseil d'administration, d'un conseil consultatif ou d'un organe semblable (respectivement pour chaque groupe de personnes), l'annexe aux comptes annuels contienne les informations suivantes:

- «a. les rémunérations totales versées pour l'activité exercée durant l'exercice annuel (salaires, participations aux gains, droit de souscription et autres indemnités basées sur les actions, indemnités de frais, prestations d'assurance, commission et prestations accessoires de toutes sortes). Les rémunérations totales comprennent également les rémunérations qui ne sont pas versées, mais qui sont converties en prétentions d'un autre genre ou qui sont utilisées pour augmenter d'autres prétentions. Outre les rémunérations octroyées durant l'exercice annuel, doivent aussi être déclarées les autres rémunérations accordées durant le même exercice, mais qui ne figurent jusqu'à présent dans aucun compte annuel;
- b. les rémunérations totales (indemnités, pensions de retraite, rentes pour survivants et prestations semblables) octroyées aux anciens membres des organes précités et à leurs survivants. La let. a, 2^e et 3^e phrases, s'applique par analogie. Le montant de la réserve constituée pour les pensions actuelles et futures de ce groupe de personnes et le montant de la réserve non constituée pour ces pensions doivent également être indiqués;
- c. la totalité des avances et des crédits avec indication des intérêts, des conditions essentielles et, le cas échéant, des montants remboursés durant l'exercice annuel ainsi que les obligations contractées en faveur de ces personnes; ...»

Une réglementation similaire est prévue au paragraphe 239, al. 1, ch. 2 à 5, du *code autrichien de commerce (Handelsgesetzbuch)* du 10 mai 1897.

D'autres règles sur la transparence sont prévues par le *Deutsche Corporate Governance Kodex*, adopté par une commission gouvernementale instituée le 26 février 2002 par le Ministère fédéral allemand de la justice. Ce code recommande que la

¹² <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>

rémunération des membres du directoire et de l'organe de surveillance figure dans l'annexe au bilan du groupe, les données devant être individualisées (ch. 4.2.4 et 5.4.5, dans la version du 21 mai 2003).

1.4.3 France

Selon le droit français, les indemnités des organes doivent être publiques. Cette question est réglée par le *décret n° 83-1020 du 29 novembre 1983 pris en application de la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 et relatif aux obligations comptables des commerçants*. Selon l'art. 24, ch. 18, l'annexe aux comptes annuels doit contenir les données sur le montant des rémunérations allouées au titre de l'exercice aux membres des organes d'administration, de direction et de surveillance à raison de leurs fonctions. Ces informations sont données de façon globale pour chaque catégorie.

Selon l'art. L. 225-102-1 du *code français de commerce (art. 116 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques)*, les indemnités et les participations doivent être indiquées individuellement dans le rapport annuel.

1.4.4 Grande-Bretagne

En Grande-Bretagne, les entreprises ont l'obligation de donner des informations complètes sur les rémunérations. La réglementation déterminante à ce sujet est le *Combined Code* du London Stock Exchange, qui contient des directives et des règles standard relatives à la bonne surveillance d'une entreprise (*Principles of Good Governance, Code of Best Practice*). Le Combined Code rassemble les recommandations de trois rapports d'experts (*Cadbury Report* de 1992, *Greenbury Report* de 1995 et *Hampel Report* de 1998). Selon ce code, les rémunérations des membres du conseil d'administration doivent être mentionnées de manière détaillée dans les comptes annuels.

En outre, les *Directors' Remuneration Report Regulations* ont été adoptées le 25 juillet 2002 en complément au Companies Act de 1985; celles-ci prévoient l'établissement d'un Remuneration Report (rapport sur les rétributions) mentionnant de manière détaillée pour chaque *director* les indemnités, les droits d'option et d'autres formes de rétribution qui ont été attribués (Schedule 7A).

1.4.5 USA

Aux USA, les conditions et l'étendue de la transparence des rémunérations sont régies par la *Securities and Exchange Commission (SEC)*. La base légale déterminante est l'item 402 de la *Regulation S-K (Standard Instructions for Filing Forms under the Securities Act of 1933, Securities Exchange Act of 1934, and Energy Policy and Conservation Act of 1975)*, selon laquelle les rémunérations du *chief executive officer (CEO)* et des quatre *executive officers* les mieux payés doivent être publiées (let. a, ch. 3). Les indications doivent être détaillées conformément à la *summary compensation table* et comprendre, séparément pour chaque personne, à la fois l'*annual compensation* et la *long-term compensation*. Ces informations sont

l'objet du *proxy statement*, qui est envoyé aux actionnaires avant l'assemblée générale sous la forme d'un résumé des points essentiels qui y seront traités.

Le *Sarbanes-Oxley Act*, signé par le Président des Etats-Unis le 30 juillet 2002, qui s'applique à toutes les sociétés cotées en bourse aux USA, joue, lui aussi, un rôle essentiel en ce qui concerne la transparence des rémunérations: il prévoit, entre autres, que soient publiées toutes les transactions portant sur des titres d'une société qui ont été ordonnées par des employés occupant une fonction dirigeante dans cette société et possédant des participations de plus de dix pour cent (section 403).

1.4.6 Relation avec le droit européen

L'évolution du droit européen va également dans le sens d'un accroissement de la transparence.

La quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, datée du 25 juillet 1978 et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés¹³ et la septième directive 83/349/CEE du Conseil, datée du 13 juin 1983 et concernant les comptes consolidés¹⁴ prévoient que l'annexe comportera, entre autres, le montant des rémunérations allouées au titre de l'exercice aux membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance ainsi que le montant des crédits qui leur sont accordés (pour les réglementations des différents pays, cf. ch. 1.4.2 ss).

Afin de favoriser l'accroissement de la capacité de rendement et de la capacité concurrentielle des entreprises, de renforcer les droits des actionnaires et d'améliorer la protection des tiers, la commission des Communautés européennes a adopté un plan d'action (communication du 21 mai 2003 relative à la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne)¹⁵ qui, dans le domaine du Corporate Governance, considère, entre autres, que l'amélioration de la transparence correspond à une nécessité. La Commission a ouvert une procédure de consultation avec la publication, le 23 février 2004, d'un document destiné à promouvoir une réglementation appropriée de la rémunération des dirigeants d'entreprises¹⁶. Cette procédure a notamment pour but de déterminer s'il est opportun d'émettre une recommandation invitant les Etats membres à prendre les mesures de droit nécessaires pour assurer la transparence des rémunérations des personnes ayant des fonctions dirigeantes dans les entreprises cotées en bourse. Il est prévu qu'une telle recommandation sur la transparence des rémunérations soit adoptée d'ici au mois de septembre 2004.

¹³ JO n° L 222 du 14.8.1978, p. 11 ss.

¹⁴ JO n° L 193 du 18.7.1983, p. 1 ss.

¹⁵ http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2003/com2003_0284fr01.pdf

¹⁶ http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/directors-remun/2004-consult_fr.pdf

1.5

Classement d'interventions parlementaires

Comme le projet propose une révision du CO comprenant des dispositions régissant la transparence des indemnités perçues par les membres du conseil d'administration et de la direction, les interventions parlementaires dont le classement est proposé (motion Susanne Leutenegger Oberholzer 01.3153 n [«Transparence des salaires des cadres et des indemnités des administrateurs»; transmise sous forme de postulat] et motion Felix Walker 01.3329 n [«Société par actions. Principe de la corporate governance»; transmis sous forme de postulat]) peuvent être considérées comme ayant atteint leur objectif pour ce qui est de la transparence de la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction.

2

Partie spéciale: commentaire des dispositions

Art. 663^{bis} P-CO (nouveau)

L'al. 1 contient une clause générale qui soumet toutes les indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction au devoir de transparence (cf. ch. 1.3.3). La formule «versées directement ou indirectement» établit clairement qu'une indemnité doit être indiquée même si elle n'a pas été versée par la société elle-même, mais par une société du même groupe (art. 663e, al. 1, CO) ou par un tiers (en ce qui concerne les indemnités versées à des personnes proches aux fins d'éviter la loi, cf. infra). En outre, cette formulation souligne bien que le principe de transparence doit être appréhendé globalement à la lumière de ses objectifs et ne saurait être éludé par le choix d'une forme particulière ou de modalités spéciales de rémunération (pour ce qui est du problème des indemnités versées en rémunération de travaux supplémentaires aux fins de contourner la loi, cf. la disposition de l'art. 663^{bis}, al. 2, ch. 9, P-CO).

En réponse aux propositions qui ont été faites dans le cadre de la procédure de consultation (cf. ch. 1.2.2), il est précisé expressément dans le projet que le principe de la transparence s'applique non seulement aux membres en fonction, mais aussi aux anciens membres du conseil d'administration et de la direction. Toutes les indemnités et tous les crédits accordés aux personnes qui ont quitté le conseil d'administration ou la direction en cours d'exercice ou antérieurement devront également être publiés. On entend ainsi éviter que les dispositions sur la transparence puissent être éludées en convenant que des indemnités seront dues à long terme.

Suivant les propositions issues de la procédure de consultation (cf. ch. 1.2.2), l'application du principe de la transparence ne se limite pas aux indemnités perçues par les membres du conseil d'administration et de la direction; il s'étend aux indemnités versées aux personnes qui leur sont proches (ce qui correspond à la réglementation de la DCG).

La notion de personnes proches est aussi utilisée à l'art. 678 CO (Restitution de prestations). Selon la doctrine, cette disposition a, elle aussi, pour but d'empêcher que les règles légales ne soient éludées puisque ledit principe s'appliquera également aux prestations versées aux tiers qui ont d'étroites relations avec les actionnaires et

les membres du conseil d'administration, tenus à restitution en vertu de l'art. 678, al. 1, CO. Peu importe que la relation entre les deux personnes soit de nature personnelle, économique, juridique ou factuelle.

En complément de la clause générale de l'al. 1, l'al. 2 présente différents exemples d'indemnités qui devront être rendues publiques. Cette énumération n'est pas exhaustive.

Selon l'al. 2, devront, notamment, être indiqués:

- *Les honoraires, les salaires, les bonifications et les notes de crédit (ch. 1)*: les honoraires et les salaires visent les cas typiques d'indemnités fixes versées aux membres du conseil d'administration et de la direction. Les bonifications et les notes de crédit, en revanche, représentent des indemnités variables.
- *Les tantièmes, les participations au chiffre d'affaires et autres participations au résultat d'exploitation (ch. 2)*.
- *Les prestations en nature (ch. 3)*: il s'agit des prestations complémentaires souvent octroyées dans la pratique et qui ne consistent pas en des versements d'argent liquide ni en notes de crédit (*fringe benefits*).
- *L'attribution de participations, de droits de conversion et de droits d'option (ch. 4)*: les droits octroyés pendant l'exercice écoulé, et non leur montant total, devront être indiqués (c'est là une différence par rapport à l'art. 663c, al. 3, P-CO).
- *Les indemnités de départ (ch. 5)*: la nécessité d'une indication spécifique des indemnités de départ résulte également de la volonté d'éviter les conflits d'intérêts.
- *Les cautionnements, les obligations de garantie, les constitutions de gages en faveur de tiers et autres sûretés (ch. 6)*: ces transactions devront être indiquées parce qu'elles ont pour effet de transférer le risque économique à la société. Le libellé de cette disposition est moins restrictif que celui de l'art. 663b, ch. 1, CO, parce que le principe de transparence s'applique non seulement aux obligations potentielles contractées en garantie d'une dette, mais également à tous les engagements ayant une fonction de garantie (comme, notamment, les reprises de dettes).
- *La renonciation à des créances (ch. 7)*: la renonciation à une créance impliquant un transfert patrimonial au détriment de la société, elle devra également être indiquée.
- *Les charges qui fondent ou augmentent les prétentions à des prestations de prévoyance (ch. 8)*: dans la pratique, il est tout à fait courant que la société procède à une augmentation des prestations de prévoyance en faveur du personnel au profit des membres du conseil d'administration ou de la direction. Comme ces opérations améliorent la situation patrimoniale des bénéficiaires, il est normal qu'elles soient également signalées.
- *L'ensemble des prestations rémunérant les travaux supplémentaires (ch. 9)*: tenant compte des propositions faites lors de la consultation (cf. ch. 1.2.2), le projet mentionne de manière distincte les prestations rémunérant les travaux supplémentaires. Ce mode de procéder permettra d'éviter que l'obligation de rendre transparentes les indemnités ne soit éludée sous prétexte que ces ver-

sements n'ont pas été convenus à titre d'indemnités pour la participation aux travaux du conseil d'administration ou de la direction, mais à titre de contre-prestations pour d'autres services.

L'al. 3 exige la publication des prêts et autres crédits, qui peuvent constituer une forme particulière d'indemnités. Vu sous l'angle du gouvernement d'entreprise, les crédits alloués aux organes sont considérés, de manière générale, comme problématiques.

Quant aux *modalités de la publication des indemnités*, elles obéiront aux règles suivantes:

- *Indemnités octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction (al. 4)*: le montant global des prestations accordées au conseil d'administration et à la direction dans leur ensemble, le montant des prestations accordées à chacun des membres de ces organes ainsi que le montant le plus élevé attribué à un membre de la direction générale devront être indiqués (cf. également ch. 1.3.4). Lorsque les indemnités sont indiquées à titre individuel, il conviendra de mentionner le nom et la fonction de ce membre. Pour déterminer le montant de l'indemnité la plus élevée qui a été versée à un membre de la direction, il y aura lieu de prendre en compte les rémunérations et les crédits accordés à des personnes proches de celui-ci, dans la mesure où ces prestations représentent une indemnité pour une activité déployée au sein de la direction ou du moins en tiennent lieu au sens large du terme.
- *Indemnités versées à des personnes proches (al. 5)*: les indemnités et les crédits accordés aux personnes proches d'un membre du conseil d'administration ou de la direction devront être indiqués séparément. Il ne sera pas nécessaire d'indiquer le nom de ces personnes. En ce qui concerne les données à fournir sur les indemnités et les crédits, les dispositions relatives aux membres du conseil d'administration et de la direction seront applicables par analogie, qu'il s'agisse de la publication de montants globaux ou de montants individuels: les montants globaux des indemnités perçues par les personnes proches des membres du conseil d'administration et de la direction devront donc être indiqués. Les rétributions touchées par chacune de ces personnes devront, en outre, être publiées, le montant devant figurer en regard du membre dont elles sont proches et dont le nom sera mentionné. Enfin, il y aura lieu de publier les montants des rétributions octroyées aux personnes qui sont proches du membre de la direction qui aura bénéficié de l'indemnité la plus élevée.
- *Moment déterminant*: le moment déterminant pour l'obligation de publier les indemnités est celui où celles-ci seront comptabilisées. Les indications correspondantes devront ainsi figurer dans l'annexe au bilan de l'exercice durant lequel les indemnités sont dues.

Dans le cas des crédits, ce n'est pas le montant octroyé au cours de l'exercice qui sera déterminant. Il conviendra d'indiquer le montant total des prêts et crédits en cours puisque les avantages dont bénéficie la personne concernée découlent de l'ensemble des conditions du crédit consenti (al. 3).

Les informations relatives aux indemnités et aux crédits devront être structurées en fonction des différentes composantes de ceux-ci. Il s'agira ainsi de garantir que les actionnaires disposent des informations essentielles qui leur permettront d'exercer plus efficacement leurs droits de contrôle.

Art. 663c, al. 3, P-CO (nouveau)

L'actuel art. 663c CO règle la publication des participations dans les sociétés publiques. Celles-ci doivent indiquer, dans l'annexe au bilan, leurs actionnaires importants.

Le nouvel al. 3 exige, en outre, que les participations à la société des *membres du conseil d'administration et de la direction, des anciens membres du conseil d'administration et de la direction* ainsi que des personnes qui leur sont proches soient mentionnées. L'impératif de transparence s'étendra aussi aux droits de conversion et d'option qui peuvent également, dans certaines circonstances, influencer la manière dont leur détenteur s'acquitte de ses tâches de gestion (cf. ch. 1.3.3).

L'obligation de la publication ne se limitera pas aux droits acquis durant l'exercice écoulé mais comprendra l'ensemble des participations détenues. Pour qu'une évaluation de la gestion de la société soit possible, les participations de chacun des membres du conseil d'administration et de la direction devront être indiquées séparément.

Les participations de personnes proches d'un membre du conseil d'administration ou de la direction seront indiquées avec celles du membre dirigeant de l'entreprise.

Autres dispositions du code des obligations

Pour les art. 663b, 663d, 663e, 663h et 664 CO, seul le titre marginal ou la numérotation du titre marginal est modifié.

Art. 6a, al. 6, LPers

Afin de garantir l'égalité de traitement entre les entreprises liées à la Confédération cotées en bourse et les autres entreprises dont les actions sont cotées en bourse, il est nécessaire de modifier l'art. 6a, al. 6, LPers (cf. ch. 1.1.2), en renvoyant uniquement aux dispositions prévues par le présent projet.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

Pour la Confédération, les cantons et les communes, la réglementation sur la transparence en matière d'indemnités octroyées aux membres du conseil d'administration ou de la direction n'a en principe pas de conséquences financières ni d'effets sur le personnel.

3.2

Conséquences économiques

La réglementation concernant la transparence des indemnités est indispensable pour assurer le bon fonctionnement du marché des capitaux ainsi que pour protéger les intérêts des actionnaires et des investisseurs sur ce marché. En outre, pour consolider la place financière suisse, il est nécessaire de renforcer la confiance des investisseurs et du public dans les entreprises dont les actions sont cotées en bourse.

Les dispositions législatives proposées ne se rapportant qu'aux sociétés dont les actions sont cotées en bourse (cf. ch. 1.3.1), elles ne toucheront pas les PME. La nouvelle réglementation prévue concerne, d'une part, les membres du conseil d'administration et de la direction des entreprises dont les actions sont cotées en bourse. Celles-ci sont tenues de rendre publiques les indemnités touchées et les participations détenues par lesdits membres. Les nouvelles dispositions visent, d'autre part, à protéger les intérêts des actionnaires et des investisseurs sur le marché des capitaux.

Garantir un fonctionnement sans faille du marché des capitaux en instaurant la transparence nécessaire revêt un grand intérêt pour l'ensemble de l'économie, dans la mesure où ce marché, lorsqu'il est dynamique, est propre à assurer une allocation efficiente des capitaux, ce qui ne peut qu'influer positivement sur la croissance. D'aucuns font cependant valoir que la transparence pourrait, le cas échéant, entraîner une augmentation du montant des indemnités. La validité de cette thèse n'est nullement prouvée. Il existe, en revanche, des indices plaidant en faveur de la thèse opposée, à savoir que la publication des indemnités freinerait, à long terme, la «spirale ascensionnelle». Au surplus, les entreprises dont les actions sont cotées en bourse ont déjà l'obligation, en vertu de la DCG, de fournir des informations sur les indemnités et les participations accordées aux membres du conseil d'administration et de la direction. En conséquence, la réglementation proposée n'instaure pas le principe de la transparence; elle en améliore les modalités de mise œuvre et permet, en particulier, de prendre des mesures à l'encontre des personnes qui ont perçu des indemnités d'un montant «prohibitif».

Dans le cadre de la procédure de consultation, certains participants ont proposé des réglementations alternatives, les unes statuant une obligation de la transparence plus large que le présent projet, les autres définissant cette obligation de manière plus restrictive (cf. ch. 1.2.2). La réglementation préconisée ici est issue d'une pesée soigneuse des principaux intérêts en présence. Enfin, l'opportunité d'une limitation à l'autorégulation a été examinée de manière approfondie (cf. ch. 1.1.4).

La DCG obligeant, d'ores et déjà, les entreprises dont les actions sont cotées en bourse à appliquer le principe de la transparence, la nouvelle réglementation proposée ne devrait guère se traduire pour ces entreprises par un surcroît de coûts d'ordre administratif ou organisationnel.

4 Programme de législation

Le projet de loi est inscrit comme objet des grandes lignes dans le Programme de législation 2003 à 2007, dans l'objectif 1¹⁷.

5 Constitutionnalité et conformité avec la loi

L'avant-projet se fonde sur l'art. 122, al. 1, de la Constitution (Cst.)¹⁸, qui donne à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil.

La réglementation de la transparence sur les indemnités et les participations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction ne viole pas le principe de la protection de la sphère privée consacré par l'art. 13 Cst. Même si on ne peut nier que l'obligation légale de transparence est de nature à porter atteinte à la sphère privée, cette restriction est justifiée par l'intérêt public (protection des actionnaires et du marché des capitaux) et doit être considérée comme conforme au principe de la proportionnalité. Quant à l'obligation de la transparence à laquelle seront soumises les personnes proches des membres du conseil d'administration et de la direction, elle ne constitue nullement une atteinte à la sphère privée puisque ces personnes ne devront pas être nommément citées (art. 663^{bis}, al. 5, 2^e phrase P-CO).

¹⁷ FF **2004** 1035 1049

¹⁸ RS **101**